



TESIS DOCTORAL

El nuevo Derecho de la UE: las medidas anticorrupción en la contratación pública

Doctorando: Javier Miranzo Díaz

Director:

Dr. D. José Antonio Moreno Molina Catedrático
de Derecho Administrativo de la Universidad de
Castilla-La Mancha (España)

Doctorado en Derecho

Universidad de Castilla-La Mancha

Cuenca, junio de 2018

Agradecimientos

A los que ya no están, especialmente a mis abuelos, Emilio y Manolo, por lo que dejaron.

A mis padres, a mi familia y amigos, y a Marta, por el tan necesario apoyo brindado durante estos años.

A mis compañeros del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, por los momentos compartidos, por su eterna disponibilidad y por, de diferentes maneras, haber contribuido a dar forma a esta tesis doctoral.

A todos los que, de una forma u otra, en actos académicos o en conversaciones informales, han contribuido, con nuevas ideas o puliendo las existentes, al proceso. En especial, a mis amigos Óscar y Vidal, por escucharme siempre, a mi padre, José Javier, y a mi tía Stella, por sus desinteresadas revisiones, a los que fueron mis primeros compañeros de despacho durante estos años, Alejandro, Enrique y Rodolfo, por sus consejos, y muy especialmente al profesor José Mondéjar, por haber sido un incomparable apoyo y un verdadero guía en la universidad.

A Christopher Bovis, por su cálida acogida y sus valiosos consejos durante mi estancia en Hull.

A José Antonio Moreno Molina, por confiar en mí, por ser mi mentor en el más noble sentido de la palabra, tanto a nivel académico como personal, y por acercarme al Derecho desde los valores de la ética y la humildad.

ÍNDICE

RESUMEN	15
---------------	----

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO	18
2. JUSTIFICACIÓN.....	21
3. ESTRUCTURACIÓN DEL CONTENIDO	22
4. LIMITACIONES DEL ESTUDIO	26

CAPÍTULO I

ESTADO DE LA MATERIA: EL MARCO NORMATIVO Y ORGANIZATIVO EN MATERIA DE CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. BREVE HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN: LOS ORÍGENES DEL FENÓMENO HASTA NUESTROS DÍAS.....	30
1.1. LA CORRUPCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD Y HASTA EL S. XIX.....	30
1.2. LA CORRUPCIÓN TRAS EL SURGIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN MODERNA	39
2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	44
2.1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN	45
2.2. CONVENCIÓN DE PALERMO: LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA INTERNACIONAL ORGANIZADA	54
2.3. LA CONVENCIÓN DE LA OCDE CONTRA LA CORRUPCIÓN.....	56
2.4. LAS ACTUACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA	59
2.5. LA FIGURA DEL GRECO	63
2.6. MENCIÓN ESPECIAL A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN	64
3. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SU PAPEL EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN	67
3.1. EL PAPEL DE TRANSPARENCIA INTERNACIONAL	67
3.2. EL BANCO MUNDIAL.....	71
3.3. EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL.....	73
4. PREVISIONES NORMATIVAS INTERNACIONALES PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	74
4.1. EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.....	74
4.2. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	77

4.3. LAS NORMAS DEL BANCO MUNDIAL SOBRE ADQUISICIONES Y SOBRE LOS CONSULTORES	79
5. EL MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LA UE EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	81
5.1. LA PRIMERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS (LAS DIRECTIVAS DE LIBERALIZACIÓN): ¿UN PRINCIPIO DE INTEGRIDAD SUBYACENTE?	81
5.2. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS	90
5.3. LA INTEGRACIÓN DE LA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN LA ESTRATEGIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE Y LA APROBACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE 2004.....	93
5.4. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS Y EL MARCO JURÍDICO VIGENTE.....	98
6. EL MARCO LEGAL EN ESPAÑA	99

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. LA CORRUPCIÓN: UN CONCEPTO POR DETERMINAR ...	106
1.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO DEL TÉRMINO.....	108
1.2. LAS DIFERENTES NOCIONES DE CORRUPCIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS	114
1.2.1. <i>La definición de corrupción en la Convención de las Naciones Unidas.....</i>	<i>114</i>
1.2.2. <i>El concepto de UNODC como muestra de la falta de consenso</i>	<i>116</i>
1.2.3. <i>Los conceptos utilizados por Transparencia Internacional.....</i>	<i>118</i>
1.2.4. <i>Las definiciones de USAID, el FMI, INTERPOL y el Banco Mundial.....</i>	<i>119</i>
1.2.5. <i>El concepto en la Unión Europea.....</i>	<i>122</i>
1.2.6. <i>La corrupción según el Consejo de Europa</i>	<i>125</i>
1.2.7. <i>La definición de corrupción en el Estado Español.....</i>	<i>126</i>
1.3. UNA VISIÓN DE LAS DEFINICIONES DE CORRUPCIÓN ELABORADAS POR LA DOCTRINA	130
1.3.1. <i>La concepción de la corrupción como un fenómeno del sector publico.....</i>	<i>131</i>
1.3.1.1. <i>Las definiciones basadas en la ilegalidad del acto.....</i>	<i>133</i>
1.3.1.2. <i>El concepto del “sistema normativo relevante” como alternativa a la ilegalidad del acto corrupto</i>	<i>138</i>
1.3.1.3. <i>La definición basada en la ética.....</i>	<i>141</i>
1.3.1.4. <i>Las definiciones basadas en el interés público.....</i>	<i>143</i>
1.3.1.5. <i>La concepción económica de la corrupción y su cercanía con la noción de soborno</i>	<i>146</i>
1.3.2. <i>La defensa de una corrupción privada.....</i>	<i>148</i>
2. HACIA UNA DEFINICIÓN CONCLUSIVA	152
2.1. EL FRAUDE COMO FENÓMENO DIFERENCIADO DE LA CORRUPCIÓN Y EL CARÁCTER PÚBLICO DE ÉSTA	157
2.2. LA NOCIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO	162
2.3. LA NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PODER ADJUDICADOR.....	167
2.4. EL CONCEPTO DE LEGALIDAD	171
2.5. EL BENEFICIO DEL ACTO CORRUPTO.....	173
2.6. LA DEFINICIÓN DE CORRUPCIÓN	175
3. LAS CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN	176
3.1. LAS CAUSAS SUBJETIVAS O PSICOLÓGICAS DE LA CORRUPCIÓN	177

3.1.1. Sensación de impunidad	177
3.1.2. El fortalecimiento moral de actitudes individualistas y pérdida de confianza en la función pública	178
3.1.3. La envidia.....	180
3.1.4. Imitación o aprendizaje.....	180
3.1.5. Irracionalidad	181
3.2. CAUSAS DE CARÁCTER OBJETIVO O EXTERNO AL SUJETO.....	182
3.2.1. La debilidad de los marcos legales	182
3.2.2. La debilidad de los procedimientos y mecanismos institucionales.....	183
3.2.3. Banalización del cargo público	184
3.2.4. Baja profesionalización del sector público.....	185
3.2.5. Falta de independencia de los gestores y organismos de control.....	186
3.2.6. Descentralización del gasto público.....	187
3.2.7. El monopolio en la toma de decisiones y la discrecionalidad.....	189
3.2.8. La oscuridad de los canales de comunicación entre sector público y privado.....	190
3.2.9. La globalización de la economía.....	190
4. LAS CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS	193
4.2. EFECTOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SISTEMA POLÍTICO	194
4.3. EL IMPACTO ECONÓMICO DE LA CORRUPCIÓN	197
5. ALGUNOS DATOS SOBRE LA CORRUPCIÓN	203
5.1. LA PERCEPCIÓN DE LA CIUDADANÍA.....	203
3.2. DATOS OFICIALES SOBRE LA CORRUPCIÓN.....	206
6. LA COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO.....	208

CAPÍTULO III

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN ACTO EMPRESARIAL ENVUELTO EN UN PROCESO DE BUENA GOBERNANZA

1. INTRODUCCIÓN.....	212
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NÚMEROS.....	216
3. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	221
3.1. LA MAGNITUD DEL PROBLEMA	222
3.2. SOBRE LA APERTURA DEL MERCADO, EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA Y LA CORRUPCIÓN.....	226
3.3. LOCALIZANDO LA CORRUPCIÓN: UN DIAGNÓSTICO.....	229
3.3.1. Sectores de contratación expuestos a la corrupción.....	229
3.3.2. Los tipos de contratos más propensos a la corrupción	231
3.3.3. Las fases del contrato más proclives a la corrupción y las prácticas corruptas más comunes	239
3.4. LAS RED FLAGS: IDENTIFICANDO LOS SÍNTOMAS.....	249
3.5. LAS AFUERAS DE LA CORRUPCIÓN: INFRACCIONES RELACIONADAS.....	256
3.5.1. El fraude y los delitos económicos	256
3.5.2. Actos colusorios y delitos de la competencia.....	257

3.5.3. <i>La financiación de los partidos políticos</i>	258
4. LIMITACIONES, OPORTUNIDADES Y RETOS FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.....	259
CAPÍTULO IV	
EL CONFLICTO DE INTERÉS Y SU CONTROL COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN	
1. INTRODUCCIÓN.....	268
2. EL CONFLICTO DE INTERESES Y SU NATURALEZA: RELACIONES CON LA TEORÍA DE AGENCIA	271
3. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA DE CONTRATOS PÚBLICOS.....	276
3.1. LA DEFINICIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES Y SUS IMPLICACIONES.....	279
3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA DEFINICIÓN Y POSIBLES LIMITACIONES.....	283
3.3. <i>LOS OTROS</i> CONFLICTOS: EL CONFLICTO DE INTERÉS DEL ARTÍCULO 58.4	292
4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN	294
4.1. EL CONFLICTO DE INTERÉS COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN.....	296
4.2. LAS MEDIDAS AUTOCORRECTORAS O SELF-CLEANING Y SUS (IM)POSIBILIDADES DE APLICACIÓN.....	301
5. DETECCIÓN Y CONTROL DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS POR PARTE DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS	304
5.1. CUESTIONES DE FONDO: LA IMPORTANCIA DEL <i>TIMING</i> EN LA DETECCIÓN Y REPARACIÓN DE CONFLICTOS.....	305
5.2. SOBRE LA INEXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXCLUSIÓN EN BASE A CONFLICTO DE INTERÉS Y SU NECESIDAD PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	312
5.3. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS ANTE LOS TRIBUNALES: CUANDO LA ENTIDAD ADJUDICADORA FALLA EN SU CONTROL Y OTROS LICITADORES RECURREN	319
5.3.1. <i>La prueba de existencia del conflicto de interés</i>	320
5.3.2. <i>Sobre la prueba de la parcialidad en las actuaciones o ventaja indebida y sus efectos</i>	323
6. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS ANTE UNA FALTA DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	329
6.1. LA RELACIÓN ENTRE NULIDAD E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS	330
6.2. REQUISITOS PARA CONDENAR A RESARCIR POR RAZÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR ACTUACIÓN DEFICIENTE ANTE UN CONFLICTO DE INTERÉS.....	331
6.2.1. <i>La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares</i>	332

6.2.2. <i>La necesidad de un perjuicio real y cierto y la necesidad de una relación causal</i>	334
--	-----

**7. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS PRECEPTOS REGULADORES
DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN ESPAÑA 336**

7.1. EL ARTÍCULO 64: ÁMBITO Y SISTEMAS DE DENUNCIA	336
7.2. DEFICIENCIAS EN LA TRANSPOSICIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN	339

**8. DIVERGENCIA EN LAS RAÍCES: LAS DIFERENCIAS DE
APROXIMACIÓN 352**

**CAPÍTULO V
HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE PREVENCIÓN DE
LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
(I): ASPECTOS ESTRUCTURALES Y POLÍTICA DE
INCENTIVOS**

**1. CUESTIONES PRELIMINARES: POSIBILIDADES Y LÍMITES
DE LAS HERRAMIENTAS DE PREVENCIÓN DE LOS
CONFLICTOS DE INTERÉS 357**

1.1. LA CORRECCIÓN DE LA ASIMETRÍA INFORMATIVA	357
1.2. EL CONTROL DE LOS FLUJOS PARALELOS DE CAPITAL E INFLUENCIAS EXTRA CONTRACTUALES	363
1.3. LA PREVENCIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS A TRAVÉS DE LIMITACIONES SOBRE LOS PARTICIPANTES.....	366
1.3.1. <i>La despolitización de los contratos públicos</i>	366
1.3.2. <i>La rotación de personal</i>	369
1.3.3. <i>Las incompatibilidades</i>	370
1.4. LAS IMPLICACIONES PARA LA INTEGRIDAD DE LA SOLUCIÓN DE ALGUNOS PROBLEMAS ESTRUCTURALES EN EL SISTEMA ESPAÑOL	371

**2. EL AUTOCONTROL: LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE
INCENTIVOS Y MOTIVACIONES 375**

2.1. LOS INCENTIVOS AL SECTOR PRIVADO: CAUSAS DE EXCLUSIÓN Y MEDIDAS DE <i>SELF- CLEANING</i>	381
2.1.1. <i>La causa de exclusión por razón de corrupción</i>	384
2.1.2. <i>Las medidas de self-cleaning</i>	387
2.2. LOS INCENTIVOS AL SECTOR PÚBLICO: LAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LA INTEGRIDAD	391
2.2.1. <i>Los códigos éticos o de conducta: naturaleza, utilidad y limitaciones</i>	392
2.2.2. <i>La profesionalización de la gestión de contratos: capacitación del personal</i>	398
2.2.3. <i>La utilización de los avances tecnológicos: la dotación de herramientas</i>	403
2.3. SISTEMAS DE AUTOCONTROL MIXTO O PACTADO: LOS PACTOS DE INTEGRIDAD	406

CAPÍTULO VI

HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (II): SUPERVISIÓN, CONTROL Y EVALUACIÓN

1. CLAVES PARA UN CONTROL MULTINIVEL FUNCIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	414
2. EL LICITADOR COMO SUPERVISOR Y DELATOR EN EL PROCEDIMIENTO.....	418
2.1. LA TRANSPARENCIA Y LA COMPETENCIA COMO ELEMENTOS DE GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA DE RECURSO.....	419
2.2. EL TRASCENDENTAL PAPEL DEL JUEZ EN EL CONTROL PREVENTIVO DE LA INTEGRIDAD	434
2.2.1. <i>El principio de integridad</i>	442
2.2.2. <i>Los principios de buena administración y buena gobernanza</i>	444
2.3. LA TRASCENDENCIA DE UN ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO AMPLIO DE RECURSO Y REVISIÓN JUDICIAL	451
2.4. IMPLICACIONES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RECURSOS	456
3. LA VIGILANCIA POR PARTE DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE	458
4. LA SOCIEDAD CIVIL COMO SUJETO ACTIVO DEL SISTEMA	464
5. LA EVALUACIÓN <i>EX POST</i> Y LA CORRECCIÓN DE POSIBLES DEFICIENCIAS.....	471
CONCLUSIONES	484
BIBLIOGRAFÍA	515

LISTA DE SIGLAS

ACFE:	Association of Certified Fraud Examiners
ACP:	Acuerdo de Contratación Pública
AG:	Abogado General
AICPA:	American Institute of Certified Public Accountants
ANAS:	Azienda Nazionale Autonoma delle Strade
AP:	Administración Pública
APP:	Asociación Público Privada
BERD:	Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo
BIRF:	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CCAA:	Comunidades Autónomas
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE:	Comunidad Europea
CEs:	Constitución Española
CED:	Comunidad Europea de Defensa
CEE:	Comunidad Económica Europea
CIS:	Centro de Investigaciones Sociológicas
CNMC:	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNUCC:	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción
CNUDMI o UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (<i>United Nations Commission for the Unification of International Trade Law</i>)
CP:	Código Penal Español
CPV:	<i>Common Procurement Vocabulary</i> (Vocabulario Común de Contratación Pública)
CTBG:	Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.
EBEP:	Estatuto Básico del Empleado Público
EEUU:	Estados Unidos de América
ESADE:	Universidad Ramón Llull
EuroPAM:	European Public Accountability Mechanisms
FCPA:	Foreign Corrupt Practices Act

FEDER:	Fondo Europeo de Desarrollo Regional
FGE:	Fiscalía General del Estado
FMI:	Fondo Monetario Internacional
FSE:	Fondo Social Europeo
GRECO:	Grupo de Estados Contra la Corrupción
INTERPOL:	Organización Internacional de Policía Criminal
JCCPE:	Junta de Contratación Administrativa del Estado
LCSP:	Ley de Contratos del Sector Público 3/2007
LCSP17:	Ley de Contratos del Sector Público 9/2017.
LO:	Ley Orgánica
LRJSP:	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
LTAIBG:	Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
MESICIC:	Convención Interamericana contra la Corrupción
OAC:	Oficina Antifrau de Catalunya
ObCP:	Observatorio de Contratación Pública
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA:	Organización de Estados Americanos
OECE:	Organización Europea de Cooperación Económica
OIRSC:	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
OLAF:	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y la Corrupción.
OMC:	Organización Mundial de Comercio
ONG:	Organización No Gubernamental
ONE:	Oficina Nacional de Evaluación
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PANAP:	Poder Adjudicador No Administración Pública
PE:	Parlamento Europeo
PIB:	Producto Interior Bruto
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PRG:	Plan de Regeneración Democrática
PYMES:	Pequeñas y Medianas Empresas
RAE:	Real Academia Española
RDL:	Real Decreto Legislativo
RSC:	Responsabilidad Social Corporativa

SARA:	[contratos] Sujetos a Regulación Armonizada
SME:	Sistema Monetario Europeo
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TCuE:	Tribunal de Cuentas Europeo
TI:	Transparencia Internacional
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP:	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
UE:	Unión Europea
UNODC:	Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito
UNOPS:	Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos
USAID:	Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

RESUMEN

La corrupción se ha demostrado como uno de los grandes males de las democracias occidentales del siglo XXI. Sus raíces se hunden en los mismos cimientos de la actividad pública y lastran la economía y la calidad democrática de las instituciones, afectando especialmente a aquellos sectores que por sus especiales características o por el volumen de negocio que representan un espacio proclive a dichas prácticas, como es el caso de la contratación pública, que, entre otras particularidades, representa entorno a un 20% del PIB europeo.

La UE ha convertido la estrategia hacia la integridad en la ejecución de fondos públicos en una de sus principales obsesiones durante los últimos años, y fruto de ello, las directivas de contratos de 2014 recogen por primera vez preceptos destinados al cumplimiento sectorial de este nuevo fin comunitario.

El presente trabajo realiza una aproximación a la integridad basada en la nueva articulación de obligaciones que la regulación del conflicto de interés y las medidas de self-cleaning proponen para el sistema de contratación pública. Partiendo de esas nuevas realidades, el presente estudio lleva a cabo un intento de sistematización del sistema anticorrupción en los contratos públicos que aborda la depuración conceptual del conflicto de interés y la corrupción y un profundo estudio de la magnitud del problema, su alcance y las formas en que se manifiesta en la contratación pública.

A ello se le suma un análisis crítico de las novedades que introduce la legislación europea y nacional en la materia, prestando especial atención al conflicto de interés y a sus implicaciones, y la proposición de una nueva forma de aproximación al problema que permita, basándose en la instrumentalización de los actores y en la distribución de incentivos, la creación de un entorno íntegro de contratación a todos los niveles y en todos los tipos de contratos.

ABSTRACT

Corruption has been revealed as one of the greatest vices of modern democratic societies. It sinks its roots in the very foundations of public activity and hampers the economy and the democratic essence of public institutions. It, however, affects especially certain sectors of action which present specific features, or which generate considerable trade volume in monetary terms. It is the case of public procurement, which is estimated to represent at European level nearly 20% of GDP.

The EU has made of the integrity policy in the execution of public funds one of its main obsessions throughout the last years. As a result, the 2014 Public Procurement Directives contain for the first time explicit provisions aimed at ensuring good administration and integrity in public contracts.

The study conducts the analysis of the new legal order mainly based on the new provisions regarding conflicts of interest and self-cleaning measures in public markets. On the basis of this new reality, this research carries out a systematic study of corruption in public procurement which tackles needed conceptual refinements and a profound study of the magnitude of the problem, its extent, and the various forms it can take within a public tender.

Additionally, it presents a critic analysis of the novelties introduced by the European legislation on the field, making special attention to conflict of interest related obligations and their implications in practice. Finally, according to the results obtained, it proposes a new functional approach to the issue, focused on the instrumentalisation of the actors involved and the allocation of incentives towards the creation of an ethical contracting environment at all levels and in every kind of procedure.

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento

El presente estudio tiene como finalidad el estudio y análisis del que ha sido catalogado como uno de los principales males de la Administración pública democrática: la corrupción. En concreto, el trabajo realizado se centra en las implicaciones que el fenómeno tiene en materia de contratos públicos, área que por sus particulares características, presenta una indudable predisposición a estas prácticas. Partiendo desde el Derecho administrativo y el Derecho de la contratación pública, aunque inevitablemente incorporando análisis de otras ramas jurídicas, dado el marcado carácter transversal del fenómeno, nuestro objetivo es el de ahondar en las raíces de un problema que, aunque añejo, únicamente en tiempos recientes ha merecido la debida atención de esta emergente rama del derecho administrativo.

La contratación pública ha virado en los últimos lustros de forma decidida hacia la búsqueda de la calidad en la prestación de servicios, y, entre dichos fines, no puede eludirse el de consolidar las bases democráticas del funcionamiento de la Administración y la confianza del ciudadano en las instituciones. La corrupción representa una importante lacra para el sistema de contratos públicos, y las nuevas directrices que llegan desde Europa son conscientes de ello. Especialmente desde la publicación del *Informe anticorrupción de la Comisión Europea al Consejo y el Parlamento Europeo (2014)*, que ponía el foco en la contratación pública como uno de los sectores más expuestos a este tipo de prácticas, la integridad en las compras públicas se ha convertido en un asunto central del proceso de integridad europea.

Así, aunque todo el sistema legal de contratación está dirigido a garantizar una buena administración en el uso de los recursos públicos, durante los últimos años, en el panorama jurídico contractual –tanto nacional como europeo– se han ido tomando determinadas medidas que tienen como finalidad expresa y primera la garantía de la integridad en las actuaciones de contratación –y no únicamente como fin secundario, ligado siempre a la libre competencia, como se expresaba hasta ahora en las normas al respecto. Se trata, en concreto, de las Directivas 2014/23/UE “de concesiones”, 2014/24/UE “sobre contratación pública”, y 2014/25/UE “de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, a nivel europeo, y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a nivel nacional. Su estudio y análisis

ocupa, sin ninguna duda, un papel trascendental en el desarrollo argumental de estas páginas.

Las medidas de *compliance* o cumplimiento normativo ocupan, en este sentido, un importante papel en la lucha contra la corrupción tanto desde el sector privado como, más recientemente, desde la esfera pública. Sin embargo, este estudio no pretende ser un manual de *compliance* en materia de contratación pública. Si bien no ignoramos las virtudes de este tipo de documentos, nuestro análisis pretende acceder a las motivaciones y las raíces estructurales de la norma. El objeto del trabajo aspira a exceder el mero estudio descriptivo legal y/o jurisprudencial y abordar una construcción dogmática de la lucha anticorrupción en la contratación pública. Para ello, consideramos necesaria una sistematización y categorización científica de los fenómenos estudiados del derecho de los contratos públicos, que tendrá por objeto ofrecer un marco conceptual sólido y aportar cadenas argumentativas que puedan contribuir a la resolución de los nuevos (y viejos) problemas que presentan los actos corruptos en el mercado de contratos públicos.

En los últimos años, un gran número de expertos parece ponerse de acuerdo en que, si bien detectar y sancionar las prácticas corruptas conforman actuaciones básicas para luchar contra la corrupción, la principal causa “generadora o facilitadora” de corrupción es un sistema normativo débil y complejo, y que por tanto la principal línea de actuación para corregir y reparar de forma eficaz la corrupción debe encaminarse hacia la creación de un sistema eficiente, claro y contundente que acabe con las “zonas oscuras” y “vías de escape” en las que se desarrolla la corrupción en los contratos públicos.

La búsqueda de conceptos legales generales, que puedan complementar la labor interpretativa de la jurisprudencia y que permitan la construcción de este nuevo paradigma, se configura, así, como uno de los principales objetivos del presente trabajo. Una correcta sistematización general del fenómeno en el sector nos permitirá posteriormente analizar de forma crítica las medidas o respuestas específicas que el derecho de contratos públicos europeo ha dado al problema, así como proponer posibles nuevas vías de actuación que deben considerarse en su desarrollo futuro. Para ello, se abordará una tarea de reconstrucción de algunos conceptos esenciales en materia de

integridad pública y eficiencia contractual, que tratarán de ofrecer soluciones a algunas problemáticas que presenta la reforma que del sistema de integridad pública en materia de contratos públicos se está llevando a cabo durante los últimos años, y cuyo desarrollo desigual a nivel nacional y europeo ha provocado desajustes estructurales que ponen en riesgo la viabilidad efectiva de las medidas anticorrupción adoptadas.

A través de una aproximación deductiva, el estudio pretende construir un modelo de razonamiento legal que permita dotar de una fundamentación común ante cada caso de corrupción; desde una cognición sólida de las raíces, las implicaciones, la naturaleza y los patrones del problema, se pretende dotar de un sentido único a toda actuación hacia la probidad en el derecho administrativo de los contratos públicos.

A partir de ahí, se identifican ciertas tendencias organizativas y funcionales que parecen subyacer en la aproximación a la integridad que realiza el legislador europeo, y que trascienden la estricta normativa de contratación para alcanzar elementos transversales como los pactos de integridad, los sistemas de denuncias de empleados públicos, las formas de participación y control de la sociedad civil, la creciente responsabilidad de los jueces en el control de la actividad administrativa, etc.

La contratación pública parece dirigirse, desde el punto de vista de la integridad, y en consonancia con lo que viene ocurriendo con otras funcionalidades del sector como el impulso de aspectos ambientales, hacia una posición cada vez más activa de las entidades adjudicadoras y sus gestores en la ejecución de fondos. Ello implica, esencialmente, mayores obligaciones al respecto, mayor poder de discrecionalidad para prevenir posibles irregularidades, la necesidad de evaluación del caso concreto, y, en consecuencia, un mayor control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de buena administración, así como una mayor responsabilidad de la Administración, que puede dar lugar a condenas por falta de diligencia debida. El reparto de roles para la implicación de nuevos actores de control, la localización de la responsabilidad de actuación entre las partes del procedimiento, la generación de incentivos, o la necesidad de que el sistema de integridad alcance todos los niveles de contratación hacia la creación de un entorno íntegro, son algunas de las cuestiones que se convierten en el núcleo sobre el que pivotan las medidas estudiadas en el trabajo.

Se pretende, en definitiva, ofrecer una comprensión holística de las sinergias que operan en este ámbito de la contratación y que derivan en actividades deshonestas y de su complejidad; un análisis de las herramientas que ofrece el actual marco legal europeo y ciertas nociones estructurales que pueden contribuir a diseñar lo que en un corto plazo debe ser un entorno de compra pública íntegro y viable, y que requiere de la asunción de importantes conceptos jurídicos del derecho europeo. El nuevo derecho europeo de la contratación pública es una realidad, y los cimientos hacia un entorno íntegro son ya palpables.

2. Justificación

Resultaría absurdo negar que la atmósfera generada durante los años de crisis transcurridos hasta la fecha, a lo largo de los cuales han sido innumerables los escándalos de corrupción a nivel nacional, gran parte de ellos relacionados con la contratación pública, ha conseguido penetrar en la investigación académica, de forma que algunas de las grandes voces nacionales en materia de contratación pública han centrado importantes atenciones en el estudio de las carencias que nuestro sistema de contratos presentaba en este aspecto. Pues bien, ésta ha sido, también, uno de los elementos decisivos en nuestro caso: la voluntad de aportar siquiera una pequeña contribución a la lucha contra un mal que ha alarmado en los últimos años a todo aquel que cree en la “cosa pública”.

Sin embargo, la atención que la lucha anticorrupción merece en la actualidad no ha sido, lejos de lo que pueda entenderse por la opinión general, una mera cuestión doméstica, y en todo caso, el problema de la corrupción no puede considerarse una cuestión endémica de nuestra patria. Si bien a nivel internacional las cuestiones relacionadas con la integridad y la corrupción ya contaban con un importante desarrollo que se inicia especialmente en la década de los noventa, la realidad era que, la UE, salvando algunos gestos en ocasiones más ampulosos que efectivos de firma y adhesión de iniciativas de otras organizaciones, no había entendido la corrupción como un problema central para el funcionamiento del sistema comunitario, o al menos no había entendido oportuno regular de forma directa dichas anomalías en la ejecución del gasto público como un elemento central de la política de cohesión, y menos aún en materia de contratos

públicos –a excepción de algunas medidas como la causa de exclusión basada en una condena por corrupción.

Todas estas cuestiones cambian, como ya se ha comentado, a partir de la segunda década del presente siglo, en la que diversos informes encargados o realizados por la Comisión Europea comienzan a poner de manifiesto un verdadero problema de ineficiencia del gasto y pérdida de calidad democrática provocada por la corrupción. La UE considera, desde entonces, la probidad en la actuación pública como uno de los pilares sobre los que debe girar la política de integración europea en los próximos años. Una armonización de los sistemas legales o sectores sensibles a esta lacra debía, entonces, acometerse de manera decidida, aunque, eso sí, siempre sin violentar los principios competenciales y de subsidiariedad que deben regir la comunidad.

La “nueva” preocupación europea afecta, de manera directa, al sistema de contratos públicos, cuyo funcionamiento se ha manifestado altamente disfuncional cuando se trata de prevenir, impedir y detectar este tipo de comportamientos ímprobos. Y el cambio, aunque cuantitativamente pequeño –las medidas directamente destinadas a asegurar la integridad pueden apenas reducirse a la regulación de los conflictos de intereses y las medidas de *self-cleaning*, que se suman a la ya existente causa de exclusión por razón de corrupción– consolida la idea de un cambio de paradigma en la nueva legislación europea que requiere aún, en determinados aspectos, de una construcción dogmática y jurisprudencial y, sobre todo, de un efectivo encaje en los sistemas nacionales de compra pública.

Esta condición naciente de la política de integridad en la contratación pública europea y los retos que plantea con respecto a la situación existente hasta el momento, que se unen al anteriormente mencionado clima de concienciación social en la materia a nivel nacional, dotan, en nuestra opinión, al tema de estudio de un notable interés científico y académico, y actúan como la esencial motivación que determinó la elección de la materia objeto de estudio.

3. Estructuración del contenido

La estructura de la memoria doctoral se fundamenta, como se ha mencionado más arriba, en una aproximación deductiva, la cual articula toda la distribución del texto. La división se corresponde con los siete capítulos que componen el estudio.

En el primero de ellos se lleva a cabo un estudio del marco legal en la materia, al que precede, a modo introductorio, una breve historia de la corrupción. El objetivo en este primer capítulo es, en primer lugar, poner de manifiesto la evolución del fenómeno y su presencia a lo largo de la historia de la humanidad, lo que evidencia su carácter perenne y la dificultad que presenta su erradicación. En segundo lugar, se aborda un estudio del marco legal a dos niveles diferentes: en materia anticorrupción y en el sector de la contratación pública. El análisis del sistema legal existente contra la corrupción atiende también a los orígenes de dichas preocupaciones, especialmente en el ámbito internacional, que dieron lugar a las numerosas iniciativas supranacionales para hacer frente al problema y que, sin embargo, y salvando los innegables beneficios del *soft law* y las iniciativas no normativas de algunas de las ONG, se han visto en su mayor parte limitadas por la indeterminación o la ausencia de elementos coercitivos y su falta de incidencia práctica en materia de contratos públicos.

En el análisis de la legislación de contratos, por el contrario, se pone de manifiesto una notablemente desarrollada técnica jurídica, que con el ACP de la OMC como eje del marco internacional y las directivas de contratación pública de la UE como base esencial de aplicación en el viejo continente, conforman un entramado legal con una trayectoria y unas bases sólidas en forma de principios generales, con mecanismos de revisión, resolución de controversias y sanción efectivos, y con unas normativas, en definitiva, que pueden considerarse plenamente vigentes en la práctica diaria de los operadores jurídicos.

En un segundo capítulo se analiza, principalmente, el significado del término corrupción que se utilizará a lo largo del estudio. A pesar de lo que pueda parecer, y como se pone de manifiesto en las primeras páginas, el significado que se le atribuye al término corrupción se ha ido modificando a lo largo de la historia, y no es sino en tiempos recientes (históricamente hablando) cuando la palabra adquiere el significado del que se le dota hoy en día. Sin embargo, su uso se ha popularizado hasta el punto de que existen importantes dificultades para localizar los límites de su uso social. La corrupción se ha

convertido en un mantra contra la clase política y las oligarquías con el que se califica prácticamente cualquier acto moralmente reprochable de una persona con poder. Por ello, ante el evidente riesgo de dispersión, hemos considerado especialmente importante una correcta y exhaustiva delimitación conceptual del fenómeno que nos permitiera acotar correctamente el estudio, por un lado, y desechar posibles limitaciones artificiales basadas en formalismos que no responden a la realidad práctica, por otro.

Ahondando en el estudio sistemático del fenómeno a abordar, se lleva a cabo un análisis de las causas y consecuencias de la corrupción, que pretende poner de manifiesto la hondura de sus raíces y la ramificación de sus efectos. Se trata de un análisis eminentemente multidisciplinar, aunque siempre dentro de un marco teórico de las ciencias sociales, que analiza algunas de las complejidades psicológicas, sociales, institucionales, económicas, y demás especialidades que conforman una realidad difusa a la que resulta difícil poner freno si no se llevan a cabo políticas y estrategias globales, coherentes y transversales.

El tercer capítulo se adentra, sin dejar de lado el estudio de la corrupción, en las implicaciones y las características que el fenómeno presenta en un sector tan particular como la contratación pública. Las aristas que en esta esfera pueden presentar los actos corruptos, las nuevas formas de corrupción características de este sector, su impacto o el grado de extensión, son elementos que recogen en este capítulo mediante una amplia recopilación de datos y su análisis crítico, lo cual nos permite hacer un diagnóstico considerablemente exacto de la situación, dibujar un mapa de riesgos a lo largo del procedimiento de compra pública y comenzar a vislumbrar las características esenciales que deben dar forma a la estructura legal para acabar con la corrupción en la contratación pública.

A partir de aquí, con el capítulo cuarto, comienza lo que, en cierto sentido, podría considerarse una segunda parte de la tesis, en la que se comienzan a analizar los preceptos dirigidos a la prevención de la corrupción, así como las implicaciones, retos y oportunidades que el diseño legal de los mismos puede ofrecer en relación con lo expuesto en anteriores capítulos. Y este análisis comienza, paradójicamente o no, abordando un fenómeno diferente, aunque estrechamente ligado, a la corrupción: los conflictos de interés.

Todo acto de corrupción viene precedido, inevitablemente, de un conflicto de interés que motiva la posterior actuación del sujeto. Es por ello que, de cara a lograr un control efectivo y preventivo sobre las actuaciones en los contratos públicos, una correcta regulación del conflicto de interés, que permita dotar de visibilidad a estas anomalías subyacentes, se antoja un elemento esencial en la estrategia anticorrupción, ya que, posteriormente, las irregularidades *per se* con en ocasiones más difíciles de detectar. Y de hecho, como se pone de manifiesto a lo largo del trabajo, las principales disposiciones introducidas en el sistema de contratos en materia de integridad –artículo 24 de la Directiva 2014/24 y artículo 64 de la Ley 9/2017– se encuentran de manera casi exclusiva dedicados al conflicto de interés. Su estudio, por tanto, ocupa un importante lugar en el presente trabajo, de manera que en el capítulo cinco se ha tratado de llevar a cabo un examen exhaustivo de los conflictos de interés en todas sus diferentes implicaciones: naturaleza, características, regulación, alcance de las obligaciones impuestas y destinatarios de las mismas, posibles incongruencias de la transposición española, o potenciales consecuencias de un incumplimiento, entre otras.

En este capítulo cuarto comienza a dibujarse la nueva distribución de roles hacia la que parece encaminarse el derecho europeo de la contratación pública, y que implica, entre otros, un papel considerablemente más activo en las entidades adjudicadoras.

Posteriormente, los dos últimos capítulos desarrollan un sistema de herramientas de lucha contra la corrupción, algunas contenidas en los preceptos legales y otras que están a disposición de las entidades adjudicadoras, que pretende dirigirse a la instrumentalización de los diversos actores hacia un control efectivo de la buena administración en la contratación pública. Por ello, desde un punto de vista crítico, en un primer lugar, el capítulo quinto se llevan a cabo un estudio de las posibilidades de autorregulación, el autocontrol y de la introducción de medidas estructurales en el sistema de contratos. Los mecanismos de incentivos al sector privado, como las medidas de *self-cleaning* o los sistemas pactados de control, ocupan un lugar central en este punto.

El sexto y último capítulo se destina al estudio de un posible sistema de control integral que se articularía esencialmente a tres niveles: (1) el control mutuo entre licitadores a

partir de un sistema de recursos efectivo, (2) la vigilancia individual por parte de los empleados públicos (denunciantes o *whistleblowers*) y (3) la articulación de mecanismos de participación civil en el control de los contratos. Este control multinivel, que puede desarrollarse contrato por contrato incluso en aquellos celebrados por entidades adjudicadoras de reducido tamaño debido a su alcance y reducido coste, se complementa, en forma de cláusula de cierre, con un control *ex post* en el cual la debida implementación de redes electrónicas de *big data* y la utilización racional, adecuada a los fines deseados, de la publicidad y la transparencia, juegan un papel trascendental.

Finalmente, la tesis contiene unas conclusiones que recogen los principales aportes del trabajo.

4. Limitaciones del estudio

El propio sistema de contratos públicos tiene como fin dirigir la forma de actuación de la Administración cuando accede al mercado como consumidor, de forma que ésta no se desvíe del interés general y optimice los resultados de dichas inversiones. La corrupción no es, en este sentido, sino una desviación voluntaria del interés general. Por tanto, en esencia, toda la legislación de contratos públicos tiene, como fin intrínseco, la garantía de integridad en las actuaciones públicas: el principio de igualdad y no discriminación, el principio de libre concurrencia, el principio de transparencia, el principio de proporcionalidad... todos ellos se encuentran dirigidos a que el gestor tenga, necesariamente, que elegir la mejor opción. Y en el mismo sentido, como se pone de manifiesto a lo largo del texto, la corrupción puede materializarse en un incumplimiento de cada uno de esos preceptos en cada uno de los puntos de actuación a lo largo de la vigencia del contrato. La naturaleza cambiante y esquiva de la corrupción, las múltiples situaciones confusas que la rodean, y la complejidad del sistema de contratación, hacen que dichas prácticas puedan surgir en cualquier fase del contrato y tomar infinitas formas.

Un estudio sobre la integridad en la contratación pública que pretendiera ser fiel a su objeto hubiera debido, por tanto, de ser concebido como un verdadero estudio metódico del propio sistema de contratos públicos como un todo, evaluando la aplicación concreta

de los criterios de buena administración a cada uno de los elementos evaluables del procedimiento de contratación que podrían dar lugar a un acto de corrupción. Sin embargo, nuestra investigación ha debido, necesariamente, descartar dicha ambiciosa empresa. Entrar a analizar con el rigor que merece cada uno de esos supuestos de riesgo desbordaría, entendemos, las capacidades de este estudio.

Tampoco se abordan de manera exhaustiva en el trabajo aspectos de publicidad y transparencia, siempre tan ligados a la integridad. No porque carezcan de importancia, ni mucho menos, pero sí porque su uso y su estudio, tanto en contratación pública como en derecho administrativo, ha sido extenso durante los últimos años. El principio de transparencia, como se pone de manifiesto en diferentes partes del trabajo, se encuentra presente en el derecho europeo de contratos públicos desde la primera generación de directivas (aunque con diferentes fines), y el estudio de las bondades de la transparencia y las posibilidades de la publicidad en el ejercicio del poder público han sido extensamente abordados por numerosa doctrina y jurisprudencia. Entendimos, por ello, que difícilmente podría aportarse algún análisis novedoso y cualificado al respecto.

No ignoramos, sin embargo, que el principio de transparencia subyace de manera evidente a lo largo de todo el trabajo, pues todas las medidas propuestas o estudiadas se encaminan, de una manera u otra, a dotar de visibilidad las motivaciones más íntimas de la actuación pública. Toda la regulación de los conflictos de interés, los códigos éticos, los pactos de integridad, los canales de denuncia o la participación civil buscan, sin lugar a duda, una Administración más transparente, es decir, más comprensible, y por tanto más fácilmente controlable.

Pero, en todo caso, las referencias explícitas a la publicidad de los documentos y al modelo de transparencia formal han sido deliberadamente relegados a un segundo plano. Se abordan determinados aspectos relacionados con la transparencia en la contratación, que salpican todo el discurso de la memoria doctoral, pero no se trata de un estudio exhaustivo sobre este extremo.

Por último, es necesario reconocer las limitaciones del propio objeto principal del estudio, o, más bien, del estudio con respecto a esa finalidad originalmente marcada. Como se ha mencionado, el objetivo inicial de este estudio fue el de analizar y

contribuir a la construcción de un sistema anticorrupción en la contratación pública europea partiendo de las bases sentadas por la cuarta generación de directivas de contratos. Un objetivo quizá en exceso ambicioso que pronto topó con la problemática de sistematizar una estructura jurídica que regulara, previniera y detectara un fenómeno invisible, un fantasma que sobrevuela el ejercicio de poder público y que lastra el desarrollo de los países a todos los niveles posibles.

En el análisis en torno a la corrupción, nuestro estudio experimenta un constante choque contra esa realidad escurridiza, que quizá sea el verdadero hilo conductor del trabajo. Podría afirmarse que el presente estudio es una rebelión contra esa realidad; que es, en definitiva, el fruto de la decidida convicción de que, en efecto, se puede controlar lo impredecible, de que, a pesar de todo, es posible, en la clave jurídica de los contratos públicos, dar cuenta de lo *infraordinario*.

Lo que ocurre cada día y vuelve cada día, lo trivial, lo cotidiano, lo evidente, lo común, lo ordinario, lo infraordinario, el ruido de fondo, lo habitual, ¿cómo dar cuenta de ello, cómo interrogarlo, cómo describirlo?

Lo infraordinario, Georges Perec

Capítulo I

ESTADO DE LA MATERIA: EL MARCO NORMATIVO Y ORGANIZATIVO EN
MATERIA DE CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Et c'est parce qu'ils le savent que les hommes - qui se méfient, d'eux-mêmes - ont
inventé des lois strictes [...] pour se faire peur*

Prólogo de *Thérèse Raquin*, de Émile Zola – Françoise Xenakis

1. BREVE HISTORIA DE LA CORRUPCIÓN: LOS ORÍGENES DEL FENÓMENO HASTA NUESTROS DÍAS

1.1. La corrupción en la antigüedad y hasta el s. XIX

La corrupción es un fenómeno tan antiguo en la historia de la humanidad como la propia civilización¹. Algunos estudiosos, como HARRIS, defienden incluso que en las tribus primitivas y en las sociedades sin desarrollar, *como en cualquier grupo social, había inconformistas y descontentos que intentaban utilizar el sistema en provecho propio a costa de sus compañeros*², en lo que podían considerarse los actos más primitivos de corrupción.

Pero lo que es indudable es que estudios arqueológicos han revelado la existencia de archivos asirios de más de 3.400 años de antigüedad en los que se puede apreciar una lista de los nombres de los empleados que aceptaban sobornos, y en el mismo sentido, existen evidencias de que la primera legislación anticorrupción existente fue promulgada por el Faraón Horemheb entre los años 1342 y 1324 a.C., en la que se tipificaba como delito el acto en el que el juez aceptaba dinero de un litigante en detrimento del otro³. De igual manera, algunos textos de dichas épocas hacen referencia en repetidas ocasiones al soborno, la injusticia, o los abusos por parte de los gobernantes. Es el caso de los *Manuscritos del Mar Muerto* o *Manuscritos del Desierto de Judá*, datados entre el siglo IV a.C. y el II d.C., en los que se denuncia que los príncipes de Judá habían actuado con arrogancia en búsqueda de riqueza y beneficio⁴.

Por su parte, la Biblia contiene numerosas referencias a casos de corrupción en fragmentos del Antiguo Testamento, en los que se establecen algunas normas de conducta, como la recogida en el Deuteronomio, donde se expone:⁵ *no torcerás el*

¹ HOLMES, L. *Corruption: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.1

² HARRIS, M. *Nuestra especie*. Madrid: Alianza editorial, 1992, p. 342.

³ MARTIN, A.T. "The Development of International Bribery Law". *Natural Resources & Environment*. Edit: American Bar Association, 1999, vol. 14, n.º 2, pp. 95-102 en p. 95.

⁴ GARCÍA MARTÍNEZ, F. *Textos de Qumrán*. Madrid: Trotta, 1992, p. 85.

⁵ Otros ejemplos son los siguientes:

- El importante profeta Isaías aseguraba que "el que rehúsa ganancias fraudulentas, el que se sacude la palma de la mano para no aceptar soborno, el que se tapa las orejas para no oír hablar de sangre, y cierra

derecho, no harás acepción de personas, no aceptarás soborno, porque el soborno cierra los ojos de los sabios y corrompe las palabras de los justos. (Dt, 16, 19). De igual manera, en el Nuevo Testamento encontramos referencias a la corrupción en numerosas ocasiones, entre las que destaca corrupción –o la traición– de Judas Iscariote, pero a las que se pueden añadir otras como la historia de Ananías⁶, que en colaboración con su mujer, una tal Safira, vendió unas propiedades cuyos beneficios debían revertir en toda la comunidad, quedándose sin embargo él con parte del dinero⁷.

Los siguientes datos científicamente históricos de la corrupción nos sitúan en la Grecia Antigua. Es en esta civilización en la que la corrupción adquiere una magnitud y características similares a la que tiene hoy en día. Y es que *es un hecho histórico innegable, del que se hacen eco los grandes filósofos clásicos, que entre los elementos que propician los grandes cambios políticos [en Grecia] se halla siempre el fenómeno de la corrupción*⁸. La corrupción en la Grecia Clásica se produce de una manera muy similar a lo que hoy conocemos como tal, y se encuentra, en sus orígenes, estrechamente ligada con la aparición de los tiranos⁹, y por ende, del concepto de tiranía, que como veremos, se mantuvo ligado al de corrupción hasta, al menos, los tiempos del Renacimiento.

De esta forma, el historiador griego PAUSANIAS narra algunos casos de corrupción, así como la manera en que antes de la celebración de cada Olimpiada, los atletas, jueces y participantes hacían un juramento en el que prometían prevenir cualquier práctica corrupta durante el desarrollo de los mismos¹⁰, debido aparentemente a que era relativamente habitual que los atletas recibieran sobornos por adulterar los resultados, algo que fue en aumento hasta que finalmente el emperador Teodosio prohibió los

sus ojos para no ver el mal. Ése morará en las alturas, subirá a refugiarse en la fortaleza de las peñas, se le dará su pan y tendrá el agua segura”. (Is. 33, 15-16).

- El Deuteronomio: “maldito quien acepte soborno para quitar la vida a un inocente” (Dt 27, 25).

- También el libro de los Salmos contiene distintas referencias a esta lacra. “No morará en mi casa quien cometa fraude” (Sal. 101, 7). “No juntes mi alma con los pecadores, ni mi vida con los hombres sanguinarios, que tienen en sus manos la infamia, y su diestra repleta de soborno” (Sal. 26, 10).

- El profeta Daniel: “Envejecido en la iniquidad, ahora han llegado al colmo los delitos de tu vida pasada, dictador de sentencias injustas, que condenabas a los inocentes y absolvías a los culpables” (Dn. 13, 53).

⁶Hechos de los Apóstoles (Hch. 5.).

⁷FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la Corrupción y los Corruptos*. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario, 1999, p. 26; Sagrada Biblia. Hch. 5.

⁸CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública”. *Revista Española de Control Externo*. Volumen 4, n.º 11, 2002, pp. 37-70 en p. 39.

⁹*Ibidem*.

¹⁰MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en p. 95.

juegos olímpicos en el 394 a.C. debido –además de a su consideración de festividad pagana– a una escalada de corrupción y violencia relacionada con los mismos.

De igual manera, tanto Platón como Aristóteles, los dos pensadores de la Grecia Clásica que más han influenciado el pensamiento moderno y la configuración del Estado actual, abordan de una u otra manera la corrupción como problema del Estado al hablar de la república, la monarquía, la aristocracia, la oligarquía o la democracia¹¹. Y del mismo modo lo hicieron Plutarco y Cicerón, realizando éste último varios estudios sobre la corrupción política que hacen que dicha problemática esté presente en buena parte de sus conocidos discursos¹².

La corrupción, en definitiva, estuvo muy presente en Grecia, e incluso las raíces de la caída del imperio de Carlo Magno, al igual que ocurriría posteriormente con el Imperio Romano, han sido relacionadas con una corrupción arraigada en el seno de las funciones públicas¹³.

Ya en época del Imperio Romano, adquirió gran importancia el servicio a la *res publica*, y aunque los gestores del Imperio pueden identificarse durante muchos años como un ejemplo de servicio público, lo cierto es que el sistema romano tampoco escapó a los casos de corrupción, y así lo demuestran diferentes medidas tomadas para paliar sus efectos y evitar su proliferación¹⁴. No olvidemos, en este sentido, que una de las medidas más características que preveía el Derecho Público Romano era la Dictadura, es decir, el nombramiento de un dictador con poderes absolutos sobre el Estado por un periodo determinado, como medida extrema y excepcional para restaurar el orden público en aquellas ocasiones en las que las circunstancias los exigieran, y que bien podrían deberse a abusos corruptos por parte de los dirigentes¹⁵.

Prueba de la influencia que la corrupción de la *res publica* tuvo en el devenir de Roma son las afirmaciones del escritor romano SALUSTIO, que en su obra se afana en

¹¹FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la... op. cit.* en p. 59.

¹²*Ibidem*.

¹³CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 39.

¹⁴ ELLIOT, J. “Corrupción en Roma”. *Historia y vida*, n.º 583, 2016, pp. 28-37; GASTÁN, S. “Corrupción electoral en la República Romana: intereses del *populus* y la *nobilitas* en la lucha política”. *AFDUC*, n.º 16, 2012, pp. 757-804.

¹⁵*Ibidem* en p. 40.

explicar las razones del derrumbe de la *Respublica* (o República), y quien llega a situar al enemigo romano y principal causa del hundimiento en las propias instituciones.¹⁶ El autor afirma que cuando se dedicó al estudio de los negocios públicos, encontró que *en lugar de la modestia, de la frugalidad y desinterés, reinaban allí la desvergüenza, la profusión y la avaricia*.¹⁷

Por su parte, el emperador Teodosio muestra su preocupación por la honradez de los gestores públicos al ordenar elegir como gobernadores a *hombres que tengan una buena reputación y sean dignos de la función, y no aquellos que aspiren a este honor sólo movidos por la ambición o la codicia*¹⁸.

Por otro lado, la presencia de la corrupción puede apreciarse también en la producción normativa de la época. En este contexto histórico se aprobaron algunas de las primeras leyes anticorrupción de las que se tiene constancia. Es el caso de la *Lex Calpurnia* (149 a.C.), aprobada por Gayo Graco¹⁹, que impuso penas, entre otras, en materia de corrupción electoral y de concusión, si bien éstas consistían en la restitución de las cantidades sustraídas²⁰, y que introduce la *quaestio perpetua de repetundis*, unos tribunales permanentes para el enjuiciamiento de los delitos cometidos.

Posteriormente aparecieron otra serie de leyes y normas de vital importancia, que abordaban la problemática de la corrupción de un modo u otro, otorgándole, al igual que sucedía con la ley mencionada en párrafo anterior, una importancia capital al crimen de la concusión o cobro de impuestos de manera ilegal. Tal es el caso de: la *Lex Acilia repetundarum* o la *Lex Sempronia* (123 a.C.), *Lex Servilia Caepio* (106 a.C.), la *Lex Livia Iudiciaria* (91 a.C.), o la última ley republicana aprobada en materia anticorrupción, la *Lex Iulia* (59 a.C.). Esta última introdujo el delito de prevaricación²¹,

¹⁶SALUSTIO, C. *La conjuración de Catilina*. Madrid: Gredos SA, 1982.

¹⁷*Ibid.* en p.16

¹⁸GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, A. “De los delitos privados a los Delitos Públicos y la humanización de las penas”. *Serie Documentos de Trabajo*, n.º 6, 2014, p. 47.

¹⁹SÁNCHEZ FRANCO, A. *El delito de la concusión: cobro ilegal de impuestos*. México: OGS Editores, 2001, pp. 5-6.

²⁰BARBATI, S. “Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi”. *Rivista di Diritto Romano* - XII – 2012, p. 6 y ss.

²¹ El articulado relativo a la prevaricación rezaba:

1. *Como ejemplo de castigo, por el temor que inspira y para contener a otros que puedan verse tentados a la imitación, ordenamos que el magistrado prevaricador que sea acusado de expoliar la provincia que haya administrado, sea enviado a esta misma provincia y constreñido a restituir el cuádruplo. (...)*

además de incrementar la cantidad que debía ser restituida hasta el cuádruple de lo sustraído²², lo que supuso un paso más en la configuración de una serie de crímenes públicos que darían lugar a lo que hoy en día denominamos corrupción.²³

Posteriormente, tras la caída del Imperio Romano –en buena parte provocada por la extendida corrupción existente en todas las provincias del Imperio²⁴– y la llegada de la Edad Media, la debilidad de las instituciones, producto del sistema feudal imperante, resultó en una concepción muy débil de la *res publica* (la existencia de la propia idea de Estado en la Edad Media más allá de la figura del monarca es puesta en duda por un buen número de investigadores²⁵) y un entramado de poder por sectores, estamentos y feudos hacían que los líderes (reyes, nobles, etc.) actuaran de manera despótica, con poderes cuasi absolutos y con una mínima o nula seguridad jurídica²⁶. Durante esta época fueron comunes los abusos económicos de la Corona, la Nobleza, o la Iglesia, que en muchas ocasiones se confundían con la propia legalidad²⁷.

No puede hablarse, por tanto, de una verdadera corrupción durante esta etapa histórica, ya que no existía una auténtica noción de un interés público que pudiera sentirse lesionada; al contrario, el Estado estaba compuesto por una variedad de intereses particulares que *competían* y se interrelacionaban entre sí. Esto provoca que, en la mayor parte de las ocasiones, prácticas que hoy en día serían consideradas como corrupción, no se considerasen como tal dependiendo de quién fuera su autor²⁸. Únicamente puede hablarse de un límite moral impuesto a los dirigentes a la hora de cometer abusos, procedente de la moral y los cánones de la religión cristiana, la cual

2. *Que los jueces sepan que, en lo que concierne a sus prevaricaciones, se les puede exigir no sólo a ellos mismos las correspondientes penas pecuniarias, sino también a sus propios herederos*”.

3. *Que los árbitros y todas las especies de jueces sepan que no deben recibir ningún dinero de las partes ni apropiarse de sus bienes. (...) Aquellos que conviertan el proceso en un comercio serán castigados con todo el rigor de la ley.*

Véase GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, A. “De los delitos...” *op. cit.* p. 57.

²²*Ibid.* en p. 60.

²³ ARGÜELLO, L.R. *Manual de derecho romano*. Editorial Astrea, 2000.

²⁴ Para más detalle, véase: MACMULLEN, R. *Corruption and the decline of Rome*. New Haven and London: Yale University Press, 1988; GASTÁN, S. “Corrupción electoral en...” *op. cit.* en pp. 757-804.

²⁵ GROSSI, P. *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 41 y ss.

²⁶ CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 40.

²⁷*Ibid.* en p. 41.

²⁸ Sí que se regulaba, sin embargo, el fraude hacia el patrimonio real, como muestra el Fuero de León de Alfonso V. Véase. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia: medidas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwers, 2016, p. 27.

ejercía de contrapeso a estas prácticas abusivas, si bien en la mayoría de las ocasiones su efecto disuasorio era limitado²⁹.

Esta situación de ausencia de conciencia de corrupción (que no de ausencia de corrupción) comienza a cambiar hacia finales de la Edad Media. Así, a modo de ejemplo podemos destacar algunas medidas en España, donde tras la creación de un sistema parlamentario que representaban las Cortes hacia el siglo XII, se limitaron las posibilidades del monarca a la hora de disponer del erario público³⁰. Del mismo modo, aparecen los primeros órganos de control de la gestión de los fondos públicos, como la Contaduría Mayor de Cuentas, que con el paso de los siglos acabaría convirtiéndose en lo que hoy es el Tribunal de Cuentas Español³¹.

Asimismo, en el pensamiento político-filosófico se comienzan a atisbar, desde finales del siglo XIII, algunas características jurídicas que intentan dar forma al concepto de corrupción que conocemos hoy en día, si bien durante esta época puede corresponder con el término tiranía. SANTO TOMÁS DE AQUINO rescata de los pensadores clásicos la idea del deber público o del bien común, de forma que al expresar su definición de tiranía, la define como el poder ejercido por un gobernante que no persigue como fin el bien común, sino su propio provecho³², una concepción que se asemeja, como veremos, a las utilizadas hoy en día para definir el término corrupción por buena parte de la doctrina y organismos internacionales. Y en esta misma línea se pronuncian otros pensadores pre-renacentistas como DANTE ALIGHIERI, quien basa en gran parte su teoría del Estado en razonamientos agustinos, incluyendo el concepto de tiranía y de bien público, como decimos muy asimilable al de corrupción actual:

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ BALLESTEROS, A. *Las Cortes de 1252*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Fortanet, impresor de la Real Academia de la Historia, 1911. pp. 114 y ss.; véase también CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 41.

³¹ TRIBUNAL DE CUENTAS. “La institución y sus antecedentes”. Tribunal de Cuentas. p.1 [consulta el 12 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://www.tcu.es/export/sites/default/content/pdf/LA-INSTITUCION-Y-SUS-ANTECEDENTES.pdf> ; Véase a su vez CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 41.

³² DE AQUINO, S. *Del gobierno de los príncipes*. Edit. Create Space Independent Publishing Platform, 2014 p. 6 y ss.; ALZAMORA VALDEZ, M. “El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino”. *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 7, 1987, pp. 11-12 en p.11; BEUCHOT, M. “Santo Tomás de Aquino: del gobierno de los príncipes. *Revista Española de Filosofía Medieval*, 12, 2005, pp. 101-108 en p. 105; FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* *op. cit.* en p. 63.

*Quienes se equivocan han de ser tratados como tiranos, que no observan el Derecho público para el bien común, sino que procuran desviarlo para el suyo propio...*³³

Ya en el Renacimiento, con las nuevas ideas del humanismo revolucionando el pensamiento filosófico, político y social de la época, uno de los politólogos más representativos de la época, NICOLÁS MAQUIAVELO, trató la problemática de la corrupción en diferentes de sus trabajos, e introdujo ideas innovadoras sobre la materia, algunas de las cuales podrían incluso tener vigencia hoy en día. Así lo aseveran sus diferentes exégetas, como por ejemplo GARCÍA, que afirma que Maquiavelo *concibe el declive —o decadencia— como fenómeno asociado a la corrupción, entendida a su vez como proceso sociológico colectivo de degradación de la regulación: en esta perspectiva, «aquél que abandona lo que hace por aquello que debería hacer se precipita a su ruina en lugar de a su provecho». Por último, la historia de Florencia es, para Maquiavelo, el ejemplo de lo que es necesario evitar: un anti-ejemplo. Florencia no era libre porque estaba corrompida, tanto en lo interior (en lo civil), como en lo exterior (lo militar), lo cual le impedía practicar un autogobierno en el que estuviera involucrada toda la sociedad civil*³⁴.

El embrión de la idea actual de corrupción comienza, pues, a gestarse durante estos siglos, y seguirá desarrollándose a lo largo de los siglos siguientes. No obstante, en estas épocas la incidencia de la corrupción en las políticas de los Estados y en la legislación es aún más bien escasa. Como excepción podría señalarse, quizá, la Reforma luterana protestante del s.XVI, que es desencadenada, en buena medida, por las numerosas acusaciones de corrupción eclesiástica³⁵ y demás escándalos que salpicaban a la Iglesia Católica, y más concretamente al Papado, que por aquel entonces, además de su potestad religiosa y moral, ejercía también una importante jurisdicción territorial que lo convertía en un jefe de Estado significativo.

³³KELSEN, H. *La teoría del Estado de Dante Alighieri*. Oviedo: KRK, 2007, p. 214; Además, cabe señalar que el propio Dante otorga una gran importancia a la corrupción en su Divina Comedia, en la que en el infierno hay reservado un lugar para los dirigentes corruptos.

³⁴GARCÍA, E. "Istorie Fiorentine de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción". *Quaderns d'Italià*, n.º 15, 2010, pp. 117-126.

³⁵Como ejemplo de la corrupción a la que había llegado el Papado, véase el texto de la Taxa Camarae, una bula atribuida al Papa León X (1513-1521) donde el Sumo Pontífice daría los precios que se deben pagar a fin de obtener el perdón de los pecados por los crímenes más aberrantes, precio que se pagará siempre "a las arcas papales".

De manera paralela, todo un nuevo Mundo, inexplorado y fértil para la proliferación de prácticas corruptas, había sido descubierto por Cristóbal Colón en 1492 para los Reyes Católicos. La cantidad de riquezas y materias primas por explotar, una ingente mano de obra inocente y sumisa, la falta de un régimen institucional y legislativo fuerte y las múltiples oportunidades que ofrecía el Nuevo Mundo a los radiantes conquistadores, unido a la dificultad de control por parte de los monarcas debido a la distancia y a los escasos medios de la época, provocaron un buen número de conflictos de poder y tramas corruptas en todas las áreas colonizadas de América Latina.

Ya en plena Edad Moderna, la corrupción siguió siendo objeto de estudio (si bien nunca adquirió un carácter principal en su obra) de los principales pensadores de la época. Es el caso de HOBBS, para quien *la corrupción es una patología social, y para explicarla se vale de la metáfora de compararla con una enfermedad física—en concreto la pleuresía—, y se refiere a ella afirmando que cuando un caudal público, apartado de su cauce propio, va a parar a manos de unos cuantos particulares, se produce una infección en el Estado acompañada de fiebre y de dolorosas punzadas*³⁶.

Por su parte, JOHN LOCKE atisbó el concepto de corrupción al hablar de la elaboración de las normas jurídicas, afirmando:

*And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society*³⁷.

³⁶CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 45.

³⁷Y porque puede ser una gran tentación para la fragilidad humana, agarrada al poder, por las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes, tener el poder también de ejecutarlas, ya que pueden excluirse a sí mismos del campo de aplicación, y amoldar la Ley, tanto en su elaboración como en su implementación, a sus propios beneficios personales, y por tanto llegar a tener un interés diferente al del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad. Traducción personal. Texto original extraído de LOCKE, J. *Two Treatises of Government*. Edited by Peter Laslett. New York: Mentor Books, New American Library, 1965. En Second Treatise, párrafo 143.

Sin embargo, la mayor parte de los estudiosos no abordaron la corrupción sino de manera tangencial en su obra, y cuando se referían a ella de manera expresa, como es el caso de BLAISE PASCAL³⁸, la corrupción no dejó de ser un vicio moral o social, y no llegó a conceptualizarse como problema político-legal que consideramos en el presente trabajo.

Durante esta etapa, si bien como hemos afirmado no puede destacarse una influencia del fenómeno de la corrupción en los asuntos político-jurídicos, y ni siquiera en los grandes pensadores de la época, sí que puede señalarse algún escándalo de corrupción que tuvo notable repercusión. Es el caso de la especulación urbanística llevada a cabo por el Duque de Lerma bajo el reinado de Felipe III, que trasladó la Corte de Madrid a Valladolid durante un breve periodo de escasos 5 años con el único fin de hacer negocio con unas tierras que previamente había adquirido en la localidad castellana y que, evidentemente, triplicaron su valor con la llegada de la monarquía a la ciudad, para volver a Madrid pocos meses después de venderlas. El escándalo le costó el cese como valido y el rechazo de la sociedad española en general y de la madrileña en particular³⁹.

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XVIII, con la llegada de las revoluciones burguesas y la irrupción de la Edad Contemporánea, cuando por primera vez comienzan a incluirse aspectos anticorrupción de manera expresa en legislaciones occidentales modernas, y el problema empieza a ser considerado por las teorías políticas y jurídicas. Durante estos años se introduce en los sistemas normativos el antecedente histórico inmediato de lo que hoy conocemos como corrupción, siendo una de las primeras iniciativas modernas la que tuvo lugar con la independencia de los Estados Unidos de América, cuando los padres fundadores abordaron el problema de la corrupción a la hora de elaborar la Constitución estadounidense, incluyéndola como acto enjuiciable y castigable por la Ley; un esfuerzo inicial que sin embargo se demostró insuficiente, y

³⁸ PASCAL llegó a relacionar la corrupción con el pecado original, en una clara conceptualización moral y religiosa del término y catalogándola como corrupción de la naturaleza: *Vous n'êtes pas dans l'état de votre création. Ces deux états étant ouverts il est impossible que vous ne les reconnaissiez pas. Suivez vos mouvements. Observez-vous vous-même et voyez si vous n'y trouverez pas les caractères vivants de ces deux natures. Tant de contradictions se trouveraient-elles dans un sujet simple?* PASCAL, B. *Apology for Religion*. Cambridge: Cambridge University Press, 1942, pp. 64-83.

³⁹ Para más información sobre el tema, véase ALVAR EZQUERRA, A.: *El Duque de Lerma. Corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2010, pp. 166 y ss.

que derivó, en la práctica, en el casi total abandono del problema de la corrupción durante los primeros 150 años de existencia del país norteamericano⁴⁰.

Del mismo modo, las ideas de ROBESPIERRE, que inspiraron la Revolución Francesa, no dejan de lado los problemas de corrupción, y así lo muestra el propio autor –no en vano se ganó el apelativo de incorruptible– en su discurso de 5 de febrero de 1794 en el que afirma que *en el sistema instaurado por la Revolución Francesa, todo lo inmoral es contrario a la política, todo acto corrupto es contrarrevolucionario*⁴¹. Asimismo, otros pensadores que inspiraron estas revoluciones, como MONTESQUIEU⁴² o RUSSEAU⁴³, también se ocuparon en sus trabajos del estudio de la corrupción política de una forma más directa que sus predecesores.

Paralelamente, en Iberoamérica, comenzaron a darse las primeras revoluciones independentistas que desembocarían en la descolonización total del continente a lo largo del s.XIX. En ellas, Simón BOLÍVAR, líder de la revolución independentista venezolana, firmó en 1813 un decreto en el que preveía la pena de muerte para quienes fueran hallados culpables de corrupción en la primera República de Venezuela, y posteriormente, ya dictador del Perú y la Colombia, firmó un segundo decreto en 1826, en el que definía la corrupción como *la violación del interés público* y establecía la pena de muerte para *todo funcionario público culpable de robar diez pesos o más*⁴⁴.

1.2. La corrupción tras el surgimiento de la Administración moderna

A lo largo del siglo XIX, la Revolución Industrial, el auge de los nacionalismos, la variedad de regímenes existentes en Europa (desde autoritarios a democráticos), los continuos cambios políticos en la mayoría de los países europeos (y especialmente en

⁴⁰ MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en pp. 96-97.

⁴¹ ROBESPIERRE, M. *La Revolución Jacobina*. Barcelona: Ediciones Península, 1973, p. 140.

⁴² FERNÁNDEZ DÍAZ, A. “Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca”. Documento de trabajo disponible en *E-Prints Complutense*. Repositorio de la producción académica en abierto de la UCM. p. 4 [consulta el 13 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://eprints.ucm.es/25080/>; SAAVEDRA WEISE, A. “Montesquieu y la corrupción de la democracia”. Página web personal de Agustín Saavedra Weise [consultado el 13 de diciembre de 2016] Disponible en http://www.agustinsaavedraweise.com/art-2012/montesquie.php#_MONTESQUIEU_Y_LA

⁴³ RUBIO CARRACEDO, J. “La fuente de la corrupción política: la teoría de Rousseau sobre las tres voluntades del ciudadano”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). n.º 141, Madrid, julio-septiembre, 2008, pp. 105-132.

⁴⁴ CORONEL, G. “Corrupción, administración deficiente y abuso de poder en la Venezuela de Hugo Chávez”. *Cato Institute Development Policy Analysis*, n.º 2, p. 12.

España), y la consecuente inestabilidad y debilidad a la que fueron avocadas las leyes y las instituciones, volvieron a ser terreno fecundo para la proliferación de la corrupción. Algunos historiadores llegan a afirmar que, en España, en aquella época: *En el caso de las capitales de provincia se puede hablar de la existencia de un sistema liberal con frecuentes casos de corrupción . En el campo la situación es mucho más grave : la corrupción está tan generalizada que constituye, por sí misma, el sistema*⁴⁵.

La noción de *res publica* estaba ya plenamente reinsertada en la sociedad, debido principalmente al asentamiento de las ideas democráticas liberales impulsadas por la Revolución Francesa y los pensadores que la sustentaron ideológicamente, lo que unido a los sentimientos nacionalistas, que facilitaban una mayor identificación del ciudadano con sus instituciones, provocaron que incluso se pudiera hablar de una ética pública y un verdadero sentimiento de servicio público⁴⁶. Como consecuencia, los casos de corrupción como el del *marqués de Salamanca*, por ejemplo, hicieron época, al politizarse en el contexto de su enfrentamiento personal con Narváez y el estallido de la revolución del 54, si bien es verdad que debido a la magnitud y grado de generalización que adquirió el problema de la corrupción en esta época, en la que el caciquismo se encontraba ya institucionalizado, muchos casos pasaron desapercibidos, convirtiéndose en regla general que banqueros y contratistas viviesen de las relaciones especiales con los políticos y el Estado⁴⁷.

Paralelamente a todos estos acontecimientos históricos, durante el siglo XIX las ideas que triunfaron en la Revolución Francesa fueron gradualmente modificadas por los diferentes autores de las ramas filosóficas, economicistas y políticas que guiaron las corrientes de pensamiento. Fue el caso de BENTHAM, JOHN STUART MILL, BAKUNIN, MARX, o ENGELS, que en sus diferentes trabajos, que marcaron el devenir ideológico del siglo XIX y de la primera parte del XX, abordaron de una u otra manera la problemática de la corrupción pública⁴⁸.

⁴⁵ MORENO LUZÓN, J. “Caciquismo y política de clientelas en la España de la Restauración”. (working paper) *Seminario de Historia celebrado en el Instituto Ortega y Gasset*. 2 de noviembre de 1993, p. 13 [consultado el 14 de diciembre de 2016] Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/297-2013-07-29-5-95.pdf>

⁴⁶PRO RUIZ, J. “Estadística y hacienda en una sociedad de patronazgo: la España rural del siglo XIX”. *BROCAR*, n.º 24, 2000, pp. 243-263 en pp. 254-255.

⁴⁷*Ibidem*.

⁴⁸FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la... op. cit.* en p. 66 y ss.

La actitud crítica fue *in crescendo* hacia finales del siglo XIX, en el que el caciquismo fue ampliamente *criticado por los nacionalistas de todo tipo como una lacra de la sociedad española, que se manifestaba en la corrupción e ineficacia de las instituciones del Estado*⁴⁹.

Durante la primera mitad del siglo XX, después de la II Guerra Mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo, los principales casos de corrupción a nivel mundial se dieron relacionados con los numerosos sistemas autoritarios, totalitarios o dictatoriales⁵⁰. Así, en la Italia fascista, la Unión Soviética⁵¹, China, y en el resto de numerosos regímenes de esta tipología en África, Asia, y en menor medida, América Latina, fueron numerosos los escándalos que ponían de manifiesto una corrupción sistémica fuertemente arraigada en el sistema público⁵². Esta situación afectó a la doctrina, y provocó que la práctica totalidad de los estudios desarrollados sobre la materia y los esfuerzos de las ONG y organismos internacionales existentes durante el siglo XX abordaran el problema en dichos países, extendiéndose una opinión generalizada de que la corrupción constituía una característica de los países totalitarios y/o en vías de desarrollo, y que por tanto era una problemática completamente ajena a la vida pública diaria de las grandes economías occidentales⁵³ –y que de existir en los estados occidentales democráticos, se trataba de *un mínimo de corrupción que sirve como un lubricante benéfico para el funcionamiento de la máquina de la democracia*, como llegó a afirmar el expresidente británico Winston CHURCHILL⁵⁴.

⁴⁹PRO RUIZ, J. “Estadística y hacienda...” *op. cit.* en p. 257; sobre el caciquismo en general, véase FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* p. 76 y ss.

⁵⁰MEYER, L. “La Corrupción”. En: *Diario La Reforma: Argentina Ciudadana*. México, 16 de marzo del año 2000. [consulta el 15-04-2016]. Disponible en: http://www.lorenzomeyer.com.mx/www/lo_mas_reciente.php?id=989

⁵¹FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* *op. cit.* en p. 75.

⁵²Para el caso de China, véase MEYER, L. “La Corrupción...” *op. cit.* en p. 4.

⁵³A modo de ejemplo de esta tendencia, podemos citar las siguientes publicaciones : ROBINSON, M (edit.). *Corruption and development*. Londres/Portland: Frank Cass, 1998; PLESKOVIC, B. y STIGLITZ, J.E. *Annual World Bank Conference on Development Economics 1997*. Wasington D.C.: The World Bank, 1998; ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

⁵⁴Esta célebre cita es atribuida a Winston CHURCHILL por diferentes estudiosos, entre los que destaca el profesor argentino Miquel BASSOLS. Véase BASSOLS, M. “Gozar con impunidad”. Artículo de prensa publicado el 7 de abril en *Página 12*. [Consulta el 8 de febrero de 2017]. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/21-54061-2016-04-07.html> ; o CHACÓN, P.E. “Nada bueno hay que esperar de los intentos de restauración de la figura de un padre”. Entrevista realizada a Miquel BASSOLS PUIG para el diario *Télam*. [Consulta el 8 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201402/53387-nada-bueno-hay-que-esperar-de-los-intentos-de-restauracion-de-la-figura-de-un-padre.html>

Esta corriente de pensamiento, denominada revisionismo de los estudios de corrupción, que atribuía determinados beneficios a la existencia de una corrupción institucional⁵⁵, y que tuvo su periodo de esplendor en los años sesenta⁵⁶, perduró, aunque cada vez de manera más residual, en el tiempo, llegando hasta finales del siglo XX e incluso principios del XXI. En este sentido, GARZÓN VALDÉS señala cómo estas ideologías que defendían la vertiente benigna –o útil– de la corrupción, se encontraban presentes en sociedades como la mexicana⁵⁷. Y del mismo modo puede apreciarse en España y en la esfera internacional, donde desde algunas perspectivas economicistas de la corrupción, se defendía, ya en el nuevo siglo XXI, que la corrupción es útil cuando el Estado no es capaz de asegurar servicios públicos eficientes a los ciudadanos,⁵⁸ e incluso que *tenía un efecto positivo en algunas fases del ciclo económico, permitiendo superar obstáculos burocráticos, estimulando inversiones y fomentando la creación de empresas*⁵⁹.

Sin embargo, estas teorías utilitaristas o funcionalistas de la corrupción, que supusieron un repunte sectorial de una teoría de la creación de políticas y la administración de justicia (el utilitarismo) ya desechada desde mediados del siglo XX por los más prestigiosos filósofos del derecho y politólogos, como RAWLS⁶⁰ o, más recientemente, SANDEL⁶¹, fue, como no podía ser de otro modo, paulatinamente relegada a un papel residual dentro de las políticas y estudios sobre lucha anticorrupción, aceptándose el carácter perverso del fenómeno, independientemente del grado de desarrollo económico

⁵⁵HUNTINGTON, S.P. *Political order in changing societies*, New Haven: Yale University Press, 1968.

⁵⁶En este sentido, como ejemplo de las tesis que defendieron la utilidad de la corrupción, puede verse LEYS, C. “What is the problem about corruption?”. *The Journal of Modern African Studies* Vol. 3, n.º 2 (Aug., 1965), pp. 215-230; BRAGUINSKY, S. “Corruption and Shumpeterian Growth in Different Economic Environments”. *Contemporary Economic Policy*, n.º 14, julio 1996, pp. 14-25.

⁵⁷GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca de la calificación moral de la corrupción: tan sólo una propuesta.” En: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 21, octubre de 2004, pp. 9-21 en p.11. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v5>

⁵⁸RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. “Introducción al análisis económico de la corrupción”. En: FABIÁN CAPARRÓS, E. (Org.). *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 21-26 en p. 21; LEFF, N.H. “Economic Development through Bureaucratic Corruption”. *The American Behaviour Scientist*, n.º 2, 1964, pp. 8-14; HUNTINGTON, S.P. “Modernization and Corruption”. En: HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Edit. Transaction Publishers. 1989.

⁵⁹DELLA PORTA, D. “Los actores de la corrupción : políticos de negocios en Italia” . *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, mayo-agosto 2001, p. 23; véase a su vez DE BARROS FILHO, C., PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa*. Sao Paulo: Papirus 7 mares, p. 81 y ss.

⁶⁰RAWLS, J. *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2004.

⁶¹Véase SANDEL, M.J. *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Madrid: Debate, 2011.

del país o de su régimen político y jurídico.⁶² La corrupción, como se estudiará más adelante en el presente trabajo, tiene efectos negativos evidentes,⁶³ pero más allá de ello, como afirman LEVEL y POAMA, el fenómeno tiene un fuerte componente ético, ya que viola las normas de convivencia, que hace que deba ser considerado, desde una perspectiva kantiana, pernicioso independientemente de sus consecuencias.⁶⁴

Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX y de forma gradual, el fenómeno de la corrupción comienza a ser estudiado por algunos investigadores como problemática presente en los estados democráticos, occidentalizados y desarrollados, aceptándose paulatinamente que la de corrupción no es únicamente endémica de los regímenes no democráticos o de países subdesarrollados⁶⁵, y afirmándose *quecualquier sistema político, independientemente de la naturaleza de su régimen, presenta algún nivel de corrupción.*⁶⁶

Ese cambio de conciencia por parte de los intelectuales dio pie a un proceso de concienciación contra la corrupción en las grandes potencias mundiales, que sin embargo no se asentó en las políticas públicas hasta finales de los años 90 e incluso durante el primer decenio del siglo XXI⁶⁷, por lo que podemos afirmar que, en definitiva, las primeras legislaciones y medidas modernas para actuar contra la corrupción en los países desarrollados son, como veremos con más detalle a lo largo de la presente investigación, tremendamente recientes si las comparamos con la referida historia y evolución del fenómeno.

⁶² Véanse a modo de ejemplo las argumentaciones de MAURO, P. “The Persistence of Corruption and Slow Economic Growth”. *IMF Staff Papers*, 2004. Vol. 51, n.º 1.

⁶³ Véase pp. 193 y ss.

⁶⁴ CEVA, E. y FERRETTI, M.P. “The Ethics of Anti-Corruption Policies”. En: LEVER, A. y POAMA, A. (eds), *The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*. Nueva York: Routledge, 2018.

⁶⁵ SCHIAVI, P. “El combate contra la corrupción en materia de contrataciones pública en Iberoamérica-Especial referencia al derecho uruguayo”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 191-222.

⁶⁶ WATERBURY, J. “Endemic and planned corruption in a monarchical regime”. En: HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Edit. Transaction Publishers, 1989, pp. 339-361 en p. 342.

⁶⁷ SZAREK-MASON, P. *The European Union’s Fight Against Corruption: the Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 5.

2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Cuando hablamos de corrupción, es inevitable enfocar el problema desde un punto de vista globalizado. Si bien es cierto que las prácticas más comunes y la intensidad del problema varían de unos países a otros, lo cierto es que la existencia de redes clientelares y sistemas de corrupción que generan sus efectos y actúan en varios países de forma simultánea y organizada hacen que la corrupción necesite ser abordada desde una perspectiva global, constituyéndose así en uno de los principales problemas a los que debe hacer frente la comunidad internacional⁶⁸.

En este sentido, el FCPA estadounidense (1977) puede ser señalado como el germen en la materia y antecedente inmediato de toda la legislación anticorrupción internacional actual.⁶⁹ De hecho, según algunos investigadores, las raíces de la convención de la OCDE se encuentran íntimamente ligadas al FCPA, que como hemos dicho, constituyó la primera iniciativa moderna de lucha contra la corrupción. Y es que el FCPA recibió copiosas críticas basadas no sólo en que era incapaz por sí solo de hacer frente a la corrupción internacional, sino en que lejos de mejorar los intereses de EEUU, resultó ampliamente dañina para las empresas norteamericanas que pretendían afrontar negocios en el exterior, al dificultar el pago de sobornos y otros actos corruptos, lo que las situaba en una posición de desventaja con respecto a las empresas del resto de países.⁷⁰ Debido a esta situación, EEUU realizó fuertes presiones a la OCDE para la implantación de algún tipo de norma o política global anticorrupción que concluyó finalmente en la aprobación de la Convención de la OCDE Contra la Corrupción en 1997.⁷¹

Ya en la década de los 90, el denominado Informe Nolan, realizado por un comité de expertos británicos a petición de su Primer Ministro a finales de 1994, tuvo un gran impacto en las políticas nacionales e internacionales en la materia, convirtiéndose en un

⁶⁸ LIZCANO ÁLVAREZ, J. “El horizonte internacional de la corrupción”. *Temas para el Debate*, n.º 183, 2010, pp. 42-44.

⁶⁹ WILLIAMS-ELEGBE, S. *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012, p. 17.

⁷⁰ BIELGELMAN, M.T. y BIELGELMAN, D.I. *Foreign Corrupt Practices Act: Compliance Guidebook*. Nueva Jersey: Wiley, 2010; MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en pp. 96-97.

⁷¹ SZAREK-MASON, P. *The European Union's...* *op. cit.*

referente para cualquier gobierno o institución que quisiera avanzar en materia de ética pública. En el citado informe se elaboraban unas normas de conducta para la vida pública que pretendían acabar con *un clima generalizado de degeneración ética, en el que los escándalos de tipo económico, político y sexual aparecen mezclados*, y en el que se daban recomendaciones para guiar a los gestores y legisladores hacia la creación de códigos de conducta, programas educativos o auditorías independientes, y se ponía especial énfasis en la transparencia, el control de los conflictos de intereses o la responsabilidad del empleado público.⁷²

Debido a estas y otras iniciativas, desde el último lustro del siglo XX y especialmente desde la entrada en el nuevo siglo, la comunidad internacional ha dado un paso al frente en cuanto a lucha anticorrupción se refiere, y un considerable número de organismos internacionales han emprendido diversas iniciativas para tratar de sofocar el que representa uno de los mayores problemas de la sociedad actual⁷³.

2.1. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción representa el máximo exponente legislativo a nivel internacional, y se conforma como el principal marco legal para la prevención y la lucha contra la corrupción, así como una referencia de apoyo y de base para las regulaciones nacionales y regionales en materia anticorrupción⁷⁴. Hoy en día la Convención ha sido firmada por 140 países y ratificada por 178, lo que supone una inmensa mayoría de los países que componen el tercio terrestre de nuestro planeta⁷⁵.

⁷² MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. “Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública)”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (GAPP), n.º 5-6, enero-agosto 1996, pp. 209-214 en p. 209.

⁷³ Además de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo impacto y relevancia se desarrolla a continuación, podemos señalar otras medidas e iniciativas que se llevaron a cabo durante el primer lustro del siglo XXI, y que de una forma más o menos directa abordan el tema de la corrupción como son las siguientes: la Extractive Industries Transparency Initiative (2002), los Principios del Ecuador para las instituciones financieras (2005), los Wolfsberg Anti-Money-Laundering Principles for private banking (2000), el FIDIC Code of Ethics and Business Integrity Management System (2002), los Business Principles for Countering Bribery, o el World Economic Forum’s Partnership Against Corruption Initiative (2004).

⁷⁴ UNODC. *Action against corruption economic fraud & identity related crime (2012-2015)*. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 3 de septiembre de 2012, p. 7. Consultado el 23 de noviembre de 2015. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/corruption/Thematic_Programme/Thematic_Programme_on_Corruption_-_2012-2015_sept12.pdf

⁷⁵ Sitio web de UNODC <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>

La CNUCC es fruto de un proceso que se inició en abril del año 2000 a partir de la Declaración de Viena, adoptada en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁷⁶, la aprobación de la Resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000 –por la que se *estableció un comité especial encargado de negociar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción y [se] pidió al Secretario General que constituyera un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a fin de que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación de ese instrumento*⁷⁷– y la Resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000 –por la que *[se] invitó al Grupo Intergubernamental de Expertos de composición abierta [...] a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos a sus países de origen*⁷⁸.

Posteriormente, una serie de resoluciones, entre las que podemos destacar la resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, en la que se pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que concluyera su labor para fines de 2003 con el fin de obtener una convención amplia y eficaz que acogiera un criterio amplio y multidisciplinario⁷⁹, o la resolución 57/169, de 18 de diciembre de 2002, *en la que se aceptó el ofrecimiento del Gobierno de México de ser anfitrión de una conferencia política de alto nivel con objeto de firmar la convención*⁸⁰, incidieron también, en mayor o menor medida, en la redacción final de la Convención⁸¹.

⁷⁶ ARGANDOÑA, A. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales”. Edit. IESE Business School – Universidad de Navarra, 2006, p. 3. Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>

⁷⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Cfr. A/RES/58/4

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ Otras resoluciones que la propia ONU señala como relevantes en la elaboración del texto definitivo de la Convención contra la Corrupción son:

- Resoluciones 56/186, de 21 de diciembre de 2001, y 57/244, de 20 de diciembre de 2002, relativas a la prevención de las prácticas corruptas y de la transferencia de fondos de origen ilícito, la lucha contra ellas y la repatriación de esos fondos a sus países de origen.

- Resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”.

- Consenso de Monterrey, aprobado por la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey (México) del 18 al 22 de marzo de 2002, en el que se subrayó que la lucha contra la corrupción a todos los niveles era una cuestión prioritaria.

El Comité Especial encargado de negociar la Convención se reunió por primera vez, de manera oficiosa, en Buenos Aires, del 4 al 7 de diciembre de 2001. Posteriormente, entre enero de 2002 y octubre de 2003 tuvieron lugar una serie de periodos oficiales de sesiones y seminarios técnicos en Viena, en la sede de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), con la participación de representantes de los Estados, observadores de distintas oficinas, institutos de investigación y organismos especializados de las Naciones Unidas, y otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales⁸².

Finalmente, todo este proceso culminó con la aprobación del proyecto de Convención por el Comité Especial el 1 de octubre de 2003, siendo aprobado por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003⁸³, y siendo presentado a su vez a la conferencia política de alto nivel organizada por el gobierno de México, que tuvo lugar en Mérida los días 9 a 11 de diciembre de 2003, y en la que 95 países firmaron la Convención⁸⁴. España, por su parte, lo firmó el 16 de septiembre de 2005,⁸⁵ siendo por tanto considerado parte del ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 96 CE. La Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, constituyéndose en el primer instrumento realmente global y vinculante para prevenir y luchar contra la corrupción, basado en un amplio consenso internacional que ha tenido en cuenta las legislaciones y los sistemas legales de un gran número de países alrededor del globo⁸⁶.

- Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, en particular su párrafo 19, en el que se declaró que la corrupción re presentaba una amenaza para el desarrollo sostenible de la población.

⁸² ARGANDOÑA, A. “La Convención de...” *op. cit.* en pp. 3-4.

⁸³ MEDINA ARNAIZ T., “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderes from Public Procurement Contracts”. En: THAI, K.V. *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009, pp. 105-130.

⁸⁴ *Ibid.* en p. 4.

⁸⁵ INSTRUMENTO de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

⁸⁶ NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, A. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Edit. Ratio Legis. Salamanca. 2004, pp. 13-14; Véase a su vez: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 241-275 en p. 254; TERZANO BOUZÓN, M.B. “Corrupción: concepto, realidad y reflexiones”. Pontificia Universidad Católica Argentina, p. 4. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo3/vc/files/segunda%20parte/03-Terzano.pdf>

A pesar de las limitaciones a las que se enfrentaba la Convención por su propia naturaleza de regulación internacional, como son la soberanía de los Estados, las diferencias legales, socioculturales y políticas entre los diferentes Estados Parte, etc., pronto se configuró como un instrumento armonizador, funcional, eficaz y efectivo, que tiene en cuenta las múltiples facetas del fenómeno de la corrupción y que establece un lenguaje y unas guías comunes para la homogeneización de la legislación internacional sobre el tema⁸⁷, estableciendo un equilibrio entre las indispensables medidas de prevención y las no menos necesarias medidas de retribución del delito a través de la tipificación de conductas irregulares⁸⁸.

Se trata de un texto notablemente ambicioso, que trataba de homogeneizar y guiar la lucha contra la corrupción a nivel mundial en una determinada dirección, proporcionando los medios y las bases especialmente a aquellos países en los que las leyes y medidas anticorrupción se encontraban en una fase más arcaica, y creando un clima internacional de cooperación hacia el impedimento de la corrupción.⁸⁹ Además, la CNUCC hace una importante innovación para la época al considerar la lucha contra la corrupción como una política de estado que debe ser desarrollada por los gobiernos, ya que su artículo 5 afirma que los Estados *formularán, aplicarán y mantendrán en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción*⁹⁰.

Conviene señalar como una observación interesante el hecho de que la Convención no recoja un listado o enumeración de los principios legales y morales en que se inspira, aunque, analizando su articulado sí que podemos encontrar referencias a diferentes

⁸⁷ OLIVARES TRAMÓN, J.M. “Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional”. En: ROMERO GUZMÁN, J.J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES TRAMÓN, M. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2009, pp. 313-340; ARGANDOÑA, A. “La Convención de...” *op. cit.* en p. 5.

⁸⁸ NÚÑEZ GARCÍA-SAUICO, A. “La Convención de...” *op. cit.* p. 14.

⁸⁹ En su artículo 1, la Convención expone sus propios objetivos, diciendo lo siguiente:

- a) *Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;*
- b) *Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;*
- c) *Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.*

⁹⁰ LOPEZ, J. “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”. Edit: Probidad, CREA Internacional de El Salvador y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2003, p. 17. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf

principios como el de eficacia (artículo 7), integridad, transparencia o la rendición de cuentas (artículos 7 y 10)⁹¹.

En cuanto a su estructura, la CNUCC cuenta con un Preámbulo, seguido de ocho capítulos: el primero, sobre “Disposiciones Generales” (artículos 1-4); el segundo, que trata las “Medidas Preventivas” (artículos 5-14); el tercero se titula “Penalización y aplicación de la ley” (artículos 15-42); el cuarto se refiere a la “Cooperación Internacional” (artículos 43-50); el quinto se centra en la “Recuperación de activos” (artículos 51-59); el sexto trata la “Asistencia Técnica e intercambio de información” (artículos 60-62); el séptimo desarrolla los “Mecanismos de Aplicación” (artículos 63-64) y, finalmente, un octavo que contiene “Disposiciones finales” (artículos 65-71)⁹².

De entre las diferentes medidas anticorrupción, la Convención pone énfasis en las medidas preventivas que se encargan de crear un terreno baldío para la corrupción, y creemos que es preciso exponer algunos de los puntos tratados en este sentido, por considerarlos de especial relevancia para el presente estudio de investigación.

Fiel a los principios de universalidad sobre los que se creó, en su artículo 7 la CNUCC establece que cada estado firmante tendrá libertad para adoptar las medidas anticorrupción de carácter preventivo que considere oportunas. No obstante, ello no significa que la norma de la ONU deje totalmente al arbitrio de los Estados Parte la elaboración de las medidas anticorrupción. Así, en primer lugar, cabe destacar que en su artículo 6 se insta a los Estados Parte a *garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción*, algo que en el caso de España no ocurrió hasta el año 2008, siendo una de sus regiones y no el Estado quien se erigió como pionera en el cumplimiento de este mandado que por otra parte es de carácter vinculante para los Estados. Así la primera norma que dio cumplimiento al citado artículo fue la Ley catalana 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifrau de Catalunya⁹³.

⁹¹ ARGANDOÑA, A. “La Convención de...” *op. cit.* en p. 5.

⁹² TERZANO BOUZÓN, M.B. “Corrupción: concepto, realidad...” *op. cit.* en pp. 3-4.

⁹³ CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho Administrativo y el Derecho Penal”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Número 4, 2013, pp. 29-56 en p. 34.

Asimismo, la norma establece una serie de principios y requisitos mínimos que deben seguir los Estados a la hora de desarrollar una política anticorrupción efectiva, estableciendo por ejemplo en su apartado 1.a), como ya se ha mencionado, el respeto a los principios de eficiencia y transparencia. De igual manera, se hace especial hincapié en consolidar una forma adecuada, basada en la meritocracia, de acceso a los cargos públicos vulnerables a la corrupción (artículo 7.1.b) y 7.2), en su correcta remuneración (artículo 7.1.c)) y profesionalización (artículo 7.1.d)), así como en promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses (artículo 7.4).

Otro punto interesante de las medidas preventivas de la CNUCC es el recogido en su artículo 7.3, relativo a la transparencia en la financiación de los partidos políticos y otras candidaturas a cargos electos, un aspecto clave en la lucha contra la corrupción que esta norma ya regulaba en el año 2003 –que, recordemos, tenía aplicación efectiva en nuestro país desde 2005–, pero al que en España no se ha dado la debida atención hasta años recientes, tras diversos escándalos sobre financiaciones irregulares de partidos políticos. Pues bien, la CNUCC ya advertía a los Estados Parte sobre la necesidad de *adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas [...] para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos* (artículo 7.3).

Otros puntos de prevención de la corrupción regulados por la CNUCC son los códigos de conducta de los funcionarios y cargos públicos (artículo 8), incluyendo medidas como la publicidad de su patrimonio, y medidas disciplinarias; el deber de tomar medidas dirigidas a preservar la integridad en áreas particularmente críticas, como el sistema judicial y el ministerio público (artículo 11); la prevención del blanqueo de dinero (artículo 14); o las medidas de prevención en el sector privado (artículo 12); y el papel de control y participación que debe tener la sociedad civil en la lucha contra la corrupción (artículo 13), con la necesaria transparencia para que aquella sea efectiva (artículo 10).

En cuanto a la contratación en la contratación pública, en su artículo 9 la CNUCC establece, en primer lugar, que si bien las legislaciones nacionales en contratación

pública se basarán en los principios fundamentales de cada Estado Parte, en todo caso dichas regulaciones deberán respetar los principios de transparencia, competencia y eficacia (art. 9.1), para a continuación establecer una serie de premisas básicas que deberán cumplir las normativas de contratos públicos en aras de un proceso de contratación íntegro:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación , incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Como se puede observar, la CNUCC logró con considerable éxito sintetizar en unas pocas líneas los componentes básicos de los que debe partir una legislación de contratación pública para lograr ser una reglamentación íntegra y eficaz, mostrando a los Estados Parte determinadas líneas de actuación en materia anticorrupción, que van desde la publicidad y la transparencia durante todo el procedimiento de adjudicación del contrato, hasta las declaraciones de interés para evitar conflictos de interés en contratos más vulnerables, pasando por unos pliegos y especificaciones técnicas claros y

detallados, que permitan una decisión objetiva, o unas adecuadas medidas de control durante el proceso de licitación.

En una segunda parte, el artículo 9 se centra en las bases para construir un sistema de responsabilidad, rendición de cuentas, y buena gobernanza, para que las actuaciones de las administraciones puedan ser controladas y juzgadas a fin de detectar con mayor facilidad los casos de corrupción. Un sistema que el legislador europeo ha tardado, como se verá a lo largo del estudio, casi diez años en exigir a los contratos públicos europeos. Las medidas que se proponen son las siguientes: *a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.*

Así, en principio, podemos concluir que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción supone un salto cualitativo en la lucha contra la corrupción a nivel internacional, siendo, como se ha señalado, el primer instrumento global vinculante anticorrupción que auna medidas de penalización y sobre todo de prevención contra las irregularidades, marcando un antes y un después en la esfera internacional anticorrupción desde su aprobación.

Pero a pesar de sus virtudes, la CNUCC padecía determinadas dolencias que tampoco debemos pasar por alto. Una de las principales viene sin duda marcada por sus propios objetivos de Convención como norma internacional perseguidora de universalidad, y es que algunos de los artículos contienen un lenguaje impreciso, lo que da lugar a diferentes interpretaciones ambiguas⁹⁴. Probablemente esta ambigüedad fue en parte intencionada por parte el Comité encargado de su elaboración, con el objetivo de que la Convención pudiera ser adoptada por el mayor número de estados posibles, estableciendo únicamente determinadas líneas generales y requisitos básicos que prácticamente todo Estado pudiera cumplir, y que pudieran ser interpretados de una u otra forma, de manera conforme a las Constituciones y los principios fundamentales de

⁹⁴ ARGANDOÑA, A. “La Convención de...” *op. cit.* en p. 10.

cada estado que se adhiriese. Pero lo que es cierto, fuera intencionada o no, es que la vaguedad de determinados artículos de la Convención resta eficacia a la norma y tiende a facilitar la impunidad o su inaplicación efectiva.

A la indeterminación del lenguaje utilizado hay que añadir el hecho de que determinadas conductas, aun calificadas como delito de corrupción en el texto de la propia Convención, no son de obligatoria tipificación para los Estados Parte. Y es que en la CNUCC se debe distinguir entre disposiciones en las que “cada Estado Parte adoptará”, “deberá adoptar”, “considerará la posibilidad de adoptar”, o “puede adoptar”. Esta falta de obligatoriedad en cuanto a la tipificación de delitos de corrupción afecta, por ejemplo a conductas como el soborno pasivo de un funcionario público extranjero, el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas, el enriquecimiento ilícito, el soborno y la malversación en el sector privado, o la corrupción en la financiación de los partidos políticos⁹⁵.

Otro punto débil de la CNUCC viene dado en lo relativo a su puesta en práctica, debido, en primer lugar, a la ausencia de mecanismos sancionadores para aquellos casos en que un país que ha ratificado la Convención no cumpla con lo que en ella se exige, y en segundo lugar a la deficiencia en los sistemas de monitorización y seguimiento del cumplimiento de la norma⁹⁶.

Sin embargo no son pocos los esfuerzos realizados de cara a su correcta implementación, y el impacto y la repercusión de la CNUCC no se detiene en el propio texto. Así, desde su aprobación se han ido celebrando, de manera más o menos regular, conferencias internacionales de los Estados Parte de la Convención en las que se han debatido temas y adoptado nuevos compromisos relativos a la correcta aplicación de la Convención. Hasta ahora, las conferencias celebradas han sido las de: Amman, Jordania (10-14 diciembre 2006), Nusa Dua, Indonesia (28 enero- 1 febrero 2008), Doha, Dubai (9-13 de noviembre 2009), Marrakech, Marruecos (24-28 octubre 2011), Panamá (25-29 de noviembre 2013) y San Petersburgo, Rusia (2-6 de noviembre 2015).

⁹⁵*Ibidem* en p. 9.

⁹⁶*Ibidem* en p. 10.

Probablemente no debemos ser especialmente críticos con la falta de aplicación efectiva de la CNUCC a corto plazo, pues como ha ocurrido con otras ambiciosas normas internacionales, para su correcta aplicación se necesita una impregnación de los principios en todas las escalas y niveles de la población de un Estado, algo que en determinados lugares requiere de una reforma en profundidad de las instituciones, la sociedad civil, el sistema legal y los comportamientos ético-sociales.⁹⁷ Así ocurrió con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ejemplo, que precisó del transcurso del tiempo para que las medidas adoptadas de manera gradual por los estados firmantes fueran, poco a poco, haciéndose visibles.

La CNUCC ha tenido importantes beneficios para la lucha contra la corrupción a nivel internacional, sentando las bases para el desarrollo de legislaciones regionales y nacionales más precisas a partir de las premisas recogidas en su articulado, y ejerciendo en especial una importante labor garantista y de guía en aquellos países menos desarrollados que no disponían aún de una legislación anticorrupción propiamente desarrollada. La penalización de la corrupción tanto activa como pasiva –desde la vertiente pública y la privada–, la combinación de medidas de represión con medidas preventivas, o el sistema de recuperación de activos supusieron una importante novedad en la comunidad internacional de la época en cuanto a lucha contra la corrupción se refiere; pero no debemos obviar, como ya se ha puesto de manifiesto, que la CNUCC tiene sus limitaciones, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar su alcance y repercusión.

2.2. Convención de Palermo: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada

Si bien la CNUCC es el máximo exponente internacional en la lucha contra la corrupción, no es el único medio que elaboró la ONU para combatirla. Otro documento legislativo a tener en cuenta para un correcto estudio del marco legal global contra la corrupción es la conocida como Convención de Palermo: la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Internacional Organizada. Esta convención, aprobada el 15 de noviembre del año 2000 –es decir, con anterioridad a la CNUCC–,

⁹⁷ MUNGIU-PIPPIDI, A. *Contextual Choices in Fighting Corruption: Lessons Learned*. Oslo, Noruega: Norwegian Agency for Development Cooperation (Norad), p. 16.

supuso un importante paso adelante en la lucha contra la corrupción, ya que aun no tratando de manera directa el problema político, sino en relación con el crimen organizado, puede considerarse el precedente inmediato a la CNUCC. El Convenio es ratificado por España el 21 de febrero de 2002 y entra en vigor el 29 de septiembre de 2003.

Se trata de un texto legal vinculante que compromete a su cumplimiento a los Estados Parte, y aunque como hemos mencionado, no está dedicado en exclusiva a la corrupción, sí que tiene algunas implicaciones en la materia, al regular la sanción y la tipificación de determinados tipos de corrupción. Concretamente en lo regulado en en sus artículos 8 y 9.

El artículo 8.1 se establece como acto corrupto el soborno de funcionarios a nivel transnacional, tanto por parte de la parte privada o “sobornante”, como por la parte pública o “sobornado”. Esta regulación coincide esencialmente con la que ya había establecido la OCDE en su Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que había sido aprobada con anterioridad, y la cual comentaremos más adelante en el estudio.⁹⁸ Sin embargo, aunque en cuanto al fondo de lo enunciado el artículo 8 no reviste una gran novedad con respecto de la Convención de la OCDE, lo cierto es que el gran logro de la Convención de Palermo con respecto a la de la OCDE fue el mayor alcance de aquella, al comprender a la mayor parte de los países democráticos del planeta.

Por su parte, el artículo 9 recoge unos compromisos en materia de integridad que, aun siendo de carácter muy general, no deben ser minusvalorados, ya que suponen una importante obligación para los estados al exponer que *además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención , cada Estado Parte , en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico , adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos*. De esta manera, los Estados Parte contraen la obligación de impulsar y adoptar medidas y políticas eficaces en la lucha contra la corrupción, pero no sólo eso, sino que en base a su

⁹⁸ Véase p. 56.

apartado segundo, también se obligan a adoptar *medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación*. La cuestión de la independencia de las instituciones encargadas de controlar la integridad del sistema es algo totalmente esencial en la lucha contra la corrupción, y la Convención de Palermo, ya desde el año 2003 la impone a un buen número de países.

Cabe destacar, por último, que la Convención ya recogía la posibilidad de exigir responsabilidades penales a las personas jurídicas por actos de corrupción (art.10), algo que en España no entró en vigor hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, casi siete años después de la entrada en vigor del Convenio de Palermo.

En definitiva, se trata de un importante documento que debe ser tenido en cuenta al elaborar el marco legal de la lucha anticorrupción, pues introduce, de forma muy precoz, algunas de las cuestiones que han demostrado ser fundamentales en materia anticorrupción, y especialmente cuando el delito proviene de una red organizada.

2.3. La Convención de la OCDE Contra la Corrupción

Aunque la CNUCC es hoy en día el principal referente global en materia de lucha contra la corrupción, lo cierto es que no fue la primera norma internacional en la materia. En este sentido, podemos considerar a la OCDE, en cierto sentido, como pionera cuando aprobó, ya en 1997, la *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*. Y es que, en efecto, hasta la aprobación de la CNUCC, la Convención de la OCDE suponía el documento anticorrupción internacional de mayor proyección⁹⁹.

⁹⁹FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Edit. Ratio Legis. Salamanca. 2004, pp. 227-229, en p. 227.

Como comentamos, fue aprobada y firmada el 17 de diciembre de 1997, retrasándose su entrada en vigor hasta el 15 de febrero de 1999¹⁰⁰. Basada por un lado en los *Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales* de 1976,¹⁰¹ y recogiendo los avances en la investigación y prevención de la corrupción que la propia OCDE había llevado a cabo en los años anteriores a través de mecanismos de “Soft Law”, y por otro, en el FCAP americano, la Convención de la OCDE se convirtió, como decimos, en el primer documento internacional vinculante con verdadero alcance en materia de lucha contra la corrupción¹⁰².

Además, como señala RODRÍGUEZ GARCÍA, la relevancia de este instrumento jurídico radica, en parte, en que los países firmantes conforman los principales exportadores de bienes y servicios del mundo, y muy probablemente, de corrupción¹⁰³. Hoy en día la Convención se encuentra firmada y ratificada por 41 países: todos los miembros de la OCDE y siete Estados externos a la Organización: Argentina, Brasil (en adhesión y cooperación reforzada), Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia (candidato a la adhesión), Sudáfrica (en adhesión y cooperación reforzada)¹⁰⁴. España, por su parte, ratificó la Convención el 14 de enero del año 2000, casi un año después de su entrada en vigor, dos días después de la publicación en el BOE de la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, y por la que se viene a introducir en nuestro sistema normativo las conductas delictivas tipificadas en la Convención de la OCDE¹⁰⁵, es decir, el soborno de agentes públicos extranjeros por parte de empresas y personas españolas. De esta forma se introdujo el artículo 445 bis en el Código Penal¹⁰⁶ (hoy

¹⁰⁰Página web oficial de la OCDE: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

¹⁰¹OTERO GONZÁLEZ, P. “La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”. *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 12, 2016, pp. 199-260 en p. 204.

¹⁰²FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de...” *op. cit.* en p. 227.

¹⁰³RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización...” *op. cit.* en p. 255.

¹⁰⁴Página web oficial de OCDE. Consultado el 26 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>

¹⁰⁵Artículo 1 de la Convención de la OCDE: “Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.”

¹⁰⁶Artículo 445 bis del CP, introducido por la mencionada reforma del año 2000, rezaba: “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona

recogido, tras diversas modificaciones, en el artículo 286 ter¹⁰⁷), que supuso en aquella época una importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico, al implantar como conducta sancionable el soborno, por parte de empresas españolas, de funcionarios públicos extranjeros en sus actividades en el exterior¹⁰⁸, algo que hasta el momento no se había regulado en nuestro país y cuya entrada en vigor originó un cierto debate político, jurídico, y doctrinal¹⁰⁹.

Adicionalmente, la Convención recoge otras importantes medidas como la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 2) y, a diferencia de lo que ocurría con las Convenciones de las Naciones Unidas, cuenta con unos estrictos procedimientos de supervisión del cumplimiento, a través de procedimientos de evaluación continua (artículo 12).¹¹⁰

Así, la Convención supuso un gran avance en la lucha contra la corrupción, al obligar a los Estados Parte a expandir las miras en cuanto a lucha anticorrupción se refiere, y exigirse a los estados no sólo prestar atención a los sobornos a sus cuerpos públicos sino también a los sobornos realizados por sus ciudadanos en el extranjero, tres años antes de que lo hiciera la Convención de Palermo de la ONU. Fue la confirmación de que la

interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.”

¹⁰⁷El artículo 286 ter, tras las últimas modificaciones del CP efectuadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda como sigue:

Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años.

¹⁰⁸En este sentido, se consideran funcionarios cualquier cargo electo o no designado para ejercer funciones administrativas, judiciales o legislativas en un país extranjero. MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en pp. 96-97.

¹⁰⁹FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de...” *op. cit.* en p. 227.

¹¹⁰RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización...” *op. cit.* en p. 255.

corrupción no suponía un problema nacional, sino un mal que trascendía cualquier frontera, y que debía ser combatido desde una perspectiva global.

2.4. Las actuaciones del Consejo de Europa

Ya a nivel regional, el Consejo de Europa creó en 1994, en Malta, el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción, a partir de cuyos trabajos en 1999 se aprobaron dos Convenciones: el 27 de enero la Convención penal contra la corrupción, y el 4 de noviembre la Convención europea sobre Derecho Civil contra la corrupción.

España ha demorado en el tiempo de manera considerable su firma y ratificación. Así, ninguna de las dos convenciones fue firmadas por nuestro país hasta el 10 de mayo de 2005, prorrogándose su ratificación hasta el 16 de diciembre de 2009 en el caso de la Convención civil y el 28 de abril de 2010 para la Convención penal, y no produciéndose su entrada en vigor hasta el 1 de abril de 2010 y el 1 de agosto de 2010, respectivamente¹¹¹. España se convirtió de esta forma en el país –de entre todos los países firmantes y que hayan ratificado las convenciones actualmente– que más tarde ha ratificado, y en el que más tarde han entrado en vigor, las convenciones anticorrupción del Consejo de Europa.

Sin embargo, ambos documentos supusieron la constatación de que la corrupción comenzaba a ser una preocupación central en las políticas internacionales y regionales para un desarrollo económico, intrínsecamente democrático y sostenible¹¹². Tras la OCDE y la Organización de los Estados Americanos, la implicación del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción significó la prueba de que existía una comunidad internacional comprometida con el principio de transparencia del Estado de Derecho.

¹¹¹ Página web oficial del Consejo de Europa. Consultado el 7 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p_auth=zmouhFYR ; y http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/signatures?p_auth=W7VdsO8L.

¹¹² CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”. En. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Edit. Ratio Legis. Salamanca. 2004. pp. 213-226. En p. 213

Así, la Convención penal contra la corrupción, en sus primeros artículos, establece como delito de corrupción el cohecho de forma amplia. Otras normas anticorrupción internacionales de la misma época (por ejemplo, la Convención de la OCDE) se limitaban a exigir únicamente la tipificación de los sobornos a agentes públicos de otros países –algo por otra parte comprensible si tenemos en cuenta que su principal objetivo fue el de luchar contra la corrupción en el comercio y las transacciones internacionales. Pero la Convención penal contra la corrupción fue mucho más ambiciosa en este sentido, al establecer en sus artículos 2-11 la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo en el caso de los trabajadores públicos y miembros de las asambleas legislativas tanto nacionales como extranjeros, trabajadores del sector privado, miembros de organizaciones internacionales, de asambleas legislativas internacionales, y de jueces u órganos colegiados de justicia y de cualquier trabajador público de las cortes de justicia¹¹³. Y lo que es más, tipifica no sólo el soborno, sino el tráfico de influencias de todos los cargos anteriormente mencionados (art.12), el blanqueo de dinero procedente de actos corruptos (art.13), las falsedades contables destinadas a ocultar la corrupción (art.14), y la complicidad y el encubrimiento de actos corruptos (art.15)¹¹⁴.

La Convención introduce también una jurisdicción territorial, es decir que será competente para decidir sobre el acto corrupto el país en el que se haya cometido la irregularidad (art. 17.1.a), ya sea total o parcialmente, lo que amplía considerablemente las posibilidades de actuar; además, se unen dos criterios jurisdiccionales más: si el corrupto es nacional, trabajador público o miembro de una asamblea del Estado (17.1.b), el acto corrupto afecta a uno de sus nacionales (art.17.1.c). Sin embargo, estos dos últimos criterios son opcionales para los Estados Miembros, que pueden prescindir de ellos.

En su artículo 18 la Convención establece la responsabilidad penal para las personas jurídicas por casos de corrupción, una medida que, como hemos mencionado, no fue

¹¹³ DEOP MADINABEITA, X. “La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 2, 2001, pp. 3 y ss.

¹¹⁴ DE BENITO LANGA, J. “Corrupción: convenio penal sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 10, 2010, pp. 988-992.

adoptada en España hasta la reforma del CP de 2010, que se realizó apenas a un mes de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país¹¹⁵.

Por último, cabe destacar que la Convención recoge procedimientos y medidas de cooperación internacional entre países –información, comunicación, etc.– y lo que constituye uno de sus puntos más importantes: establece un sistema de monitoreo y control de la implementación del Convenio, creando el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), que ha realizado una importante actividad desde su creación a través de informes, códigos de conducta y recomendaciones a lo largo de su algo más de una década de vida.

Por su parte, la Convención civil contra la corrupción presenta también algunas importantes medidas. La primera, que aunque pueda parecer una cuestión menor, supone una importante medida que otras normas internacionales no introducen introducir en su articulado es la definición de corrupción que recoge su artículo 2:

Corrupción es el requerimiento, ofrecimiento, dación o aceptación, directa o indirectamente, de un soborno o cualquier otra ventaja ilegítima o posibilidad de ella, que distorsione la correcta ejecución de una obligación o comportamiento requerido por el aceptante del soborno, ventaja ilegítima o posibilidad de ella.

Otras medidas planteadas por la Convención son, por ejemplo: la obligatoriedad para los Estados de reconocer acciones legales de reparación a víctimas y perjudicados por la corrupción, con un periodo para reclamar que no podrá ser menor de tres años desde que se recibe el daño (art.3-7); la invalidez de los contratos que contengan cláusulas corruptas (art.8); la protección del denunciante o whistleblower (art.9); el establecimiento de procedimientos de auditoría (art.10)¹¹⁶.

¹¹⁵ GIL NOBAJAS, M.S. “Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho al titular de la empresa y a la persona jurídica?”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 239-256 en pp. 251 y ss.; DEOP MADINABEITA, X. “La lucha contra...” *op. cit.* en p. 8.

¹¹⁶ Véase, a su vez, los comentarios de DE BENITO LANGA, J. “Corrupción: convenio civil sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5, 2010, pp. 492-494; DEOP MADINABEITA, X. “La lucha contra...” *op. cit.* en pp. 9 y ss.

Algunas medidas, como la de la protección de los denunciantes, suponía en aquella época una verdadera novedad en materia anticorrupción, ya que dichas medidas no estaban implantadas en la mayoría de los países que posteriormente firmaron la Convención. Al igual que la Convención penal contra la corrupción, la civil plantea un monitoreo y control del cumplimiento que se realizará a través del GRECO.¹¹⁷

Sin embargo, existe un tercer texto en materia anticorrupción, anterior a las dos convenciones, y que no depende de su ratificación o no por parte de los países miembros para su aplicabilidad. Se trata de los Veinte Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, aprobados a través de la Resolución (97) 24 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre cuyos principios se encuentran algunos de total actualidad hoy en día, más de veinte años después de su aprobación.

Así, por ejemplo, encontramos: tomar medidas para la prevención de la corrupción y la concienciación pública con el comportamiento ético (1); asegurar la independencia e imparcialidad de aquellos que deben perseguir y enjuiciar la corrupción (3); limitar las inmunidades en los casos de corrupción (6); promover la especialización y la profesionalización y dotar de medios suficientes para que la lucha anticorrupción sea efectiva (7); el principio de transparencia y de acceso a la información como objetivos a seguir de manera transversal en todas aquellas ramas jurídicas que sean susceptibles de corrupción (9 y 16); la elaboración de códigos de conducta para los trabajadores públicos (10); fortalecer los procedimientos de auditoría (11 y 12); tomar medidas anticorrupción en cuanto a las formas de financiación de los partidos políticos (15).

Por último, presenta para nuestro estudio una especial relevancia el principio número 14, que recoge que se deberán *adoptar las necesarias medidas de transparencia en los procedimientos de contratación pública*.

Aun no tratándose de preceptos de directa aplicación sobre los estados miembros, sino de meras guías o directrices a seguir, lo cierto es que, al tratarse de un texto en vigor, los

¹¹⁷ MONTESINOS PADILLA, C. “Corrupción y transparencia en España: diagnóstico a la luz de las directrices del Consejo de Europa y la Unión Europea”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 79-100.

Estados Miembros del Consejo de Europa deben velar por su implementación nacional a la hora de elaborar nuevas leyes o políticas, y al mismo tiempo, para que las normas ya aprobadas sean interpretadas en base a los mencionados principios.

2.5. La figura del GRECO

El GRECO (Group of States Against Corruption), cuya creación se autorizó a través de una Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año 1998, se configura como un instrumento de evaluación continuada clave para la correcta implementación de las dos convenciones mencionadas en el párrafo anterior, aunque finalmente sus competencias se han extendido más allá del mero control legal de las anteriores disposiciones.

Se trata de un instrumento de monitoreo que tiene como objetivo identificar las deficiencias existentes en la política anticorrupción, lo cual se traduce en la práctica en que cada uno de los Estados reciben visitas de equipos de investigación externos que analizan el marco nacional de lucha contra la corrupción.¹¹⁸ Aunque se trata de un instrumento dependiente del Consejo de Europa, lo cierto es que su membresía no se limita a los integrantes de dicho organismo. Así, cualquier estado firmante del Convenio Civil contra la Corrupción se encuentra bajo los controles del GRECO, siendo actualmente 49 los estados miembros (48 europeos y EEUU).¹¹⁹

Este grupo, que tiene representantes de todos los países miembros y que actúa como observador en otras organizaciones internacionales como la OCDE o UNODC, monitoriza las políticas de integridad de los estados miembros en ciclos temáticos de dos o tres años.¹²⁰ Estas valoraciones se realizan a través de dos vías: una evaluación mutua a través de cuestionarios y reuniones sobre la percepción con actores clave en la política anticorrupción nacional; y un procedimiento de evaluación del cumplimiento con las medidas propuestas o recomendadas en anteriores estudios e informes.¹²¹

¹¹⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización...” *op. cit.* en p. 257.

¹¹⁹ Página web del GRECO. Consulta el 10 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.coe.int/en/web/greco/about-greco/what-is-greco>

¹²⁰ “GRECO: the Council of Europe Anti-Corruption Body”. Council of Europe. Consulta el 10 de septiembre 2017. Disponible en: <https://rm.coe.int/16806fd621>

¹²¹ Sobre la incidencia real que estas recomendaciones han tenido en nuestro país, puede verse OLAIZOLA NOGALES, I. “La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP

El GRECO, con un depurado sistema de evaluación y un considerable alcance, se configura así como uno de los principales órganos supervisores a nivel internacional en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, se debe mencionar que la implantación en la mayoría de los países europeos de las recomendaciones elaboradas por parte del GRECO y otros órganos dependientes del Consejo de Europa no ha sido satisfactoria, y por tanto un mayor esfuerzo debe concentrarse en la aplicación práctica de las medidas.¹²²

2.6. Mención especial a la Convención Interamericana Contra la Corrupción

Aunque como resulta evidente, la Convención Interamericana contra la Corrupción no es de aplicación directa en España ni en la Unión Europea, sí que consideramos conveniente hacer mención de la misma en nuestro estudio de investigación, pues se trata del primer instrumento jurídico internacional dedicado de manera monográfica a la corrupción, siendo aprobado por la Organización de Estados Americanos en 1996 en una Conferencia Interamericana Especializada en Caracas, Venezuela¹²³, un año antes de que lo hiciese la OCDE.

El objetivo de la Convención, similar al de los textos internacionales estudiados en los apartados anteriores fueron los de: *en primer lugar, promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y, en segundo, promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio*¹²⁴. Como medida adicional, y de cara a su correcta implementación, el 4 de junio de 2001, en el marco de la Asamblea General de la OEA celebrada en San José, Costa Rica, se adoptó el Mecanismo de Seguimiento de

español". En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 55-78.

¹²² NICOLETTI, M. *Corruption as governance regime: a barrier to institutional efficiency and progress*. Informe Committee on Political Affairs and Democracy. Consejo de Europa, 14 de junio 2017, p. 16.

¹²³ Página oficial de la Organización de los Estados Americanos. Consultado el 1 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/faq_ac_sp.htm

¹²⁴ *Ibidem*.

la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), en los términos previstos en el denominado “Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, el cual comenzó a operar en enero de 2002¹²⁵.

Además de una descripción considerablemente precisa de lo que serían considerados actos de corrupción en base a la Convención (art. 6)¹²⁶, así como medidas de cooperación internacional, como las que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (art.3.10) igual que –como ya se ha estudiado– harían con posterioridad la OCDE y la ONU, la Convención Interamericana contenía algunos preceptos realmente interesantes, como lo recogido en su artículo 3.1 que incide sobre la importancia de las medidas anticorrupción de carácter preventivo, que en muchos países han sido marginadas en favor de las medidas sancionadoras y disuasorias¹²⁷; importancia y prioridad sobre la que investigadores como el profesor GIMENO FELIÚ vienen advirtiendo en los últimos años¹²⁸.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Artículo 6.1 de la Convención: 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. *El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

b. *El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;*

c. *La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;*

d. *El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y*

e. *La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.*

¹²⁷ BOERSMA, M. *Corruption: a violation of Human Rights and Crime Under International Law?*. Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 64 y ss.

¹²⁸ Véase GIMENO FELIÚ, J.M. “Novedades del anteproyecto de ley de contratos del sector público. La transposición de las directivas de contratación pública en España.” En *Congreso Internacional de Contratación Pública*. Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016. p.12; KAUFMANN, D. “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”. *Revista de Finanzas y Desarrollo*. Septiembre, 2005. pp. 41-43; GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. En: GIMENO FELIÚ *et al.Las Nuevas Directivas de Contratación Pública (X Jornadas AEPDA)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 37-105 en p. 48; GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España.” En: Facultad de Derecho de la Universidad Católica

También recoge aspectos importantes como son los relacionados con la información y formación del personal de las entidades públicas, así como la existencia de códigos éticos de conducta que guíen sus actuaciones *que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades*, recogido en los apartados segundo y tercero del artículo 3, y que del mismo modo, suponen uno de los principales objetivos a seguir marcados por la doctrina y organismos internacionales en los últimos años¹²⁹.

Otras importantes medidas anticorrupción que recoge la Convención, y que se encuentran muy presentes aún hoy en día en el combate contra la corrupción, son las siguientes:

- Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda (art.3.4).
- Publicidad, transparencia y equidad: sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (art.3.5).
- *Whistleblowing*: Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno (art.3.8).

Portuguesa. Curso de verano sobre “Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea”. Oporto, 7 de septiembre de 2015. p. 97

¹²⁹ Véase, a modo de ejemplo: MARTINEZ MARTINEZ, M. “Capítulo de Cataluña”. En European Anti-Corruption Office (OLAF) Y ESADE. *HERCULE II PROGRAMME. TRAINING, SEMINARS AND CONFERENCES PROPOSAL. Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*. Julio de 2015. pp. 83-85; ODCE. *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z. OCDE*. Traducción: Instituto Nacional de Administración Pública. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública. 2009. pp. 61-98. ; GIMENO FELIÚ, J.M. “Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”. En OBSERVATORIO CONTRATACIÓN PÚBLICA, *V Seminario de contratación pública*. Formigal, septiembre de 2014. p. 19; BERNAL BLAY, M.A. “Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos”. En *Observatorio de Contratación Pública*. 16 de febrero de 2015.

- Órganos de control y participación ciudadana: Creación de órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas (art.3.9); y mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (art.3.11).

La Convención Interamericana contra la Corrupción se configura así, a pesar de ser la primera en ser aprobada, como una de las normas legales internacionales más completas y avanzadas en materia anticorrupción, ya que las medidas en ella recogidas se han constituido, casi veinte años después de su aprobación, en algunas de las más útiles medidas anticorrupción de carácter preventivo. Es de destacar, a su vez, que el documento ha sido firmado por 34 países de los 35 que conforman la Organización de Estados Americanos, siendo Cuba el único de los integrantes que aún no la ha ratificado¹³⁰.

3. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y SU PAPEL EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN

3.1. El papel de Transparencia Internacional

Aunque TI no ha desarrollado legislación vinculante en la materia, es conveniente resaltar su papel en el desarrollo de las diferentes políticas de integridad en todo tipo de países a lo largo del planeta, siendo además el único organismo internacional dedicado de manera exclusiva a la promoción de la ética y la lucha contra las prácticas corruptas. Fundada en 1993 y con sede en Alemania, actualmente tiene presencia en más de cien países en los que lleva a cabo labores de asesoramiento, guía, consulta y apoyo para el desarrollo de legislaciones y políticas anticorrupción.¹³¹

En este sentido, TI ejerce una importante función de instrucción y difusión de los avances en materia de integridad, a través de conferencias, anuncios, clases y publicaciones, tanto a nivel global como a través de estudios focalizados en casos

¹³⁰Página oficial de la Transparencia Internacional. Consultado el 1 de marzo de 2016. Disponible en: http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/convenciones/convencion_oea

¹³¹MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en p. 100.

nacionales particulares, proporciona a los Estados herramientas de acceso a la información, entre otras, mediante la colaboración con la Iniciativa para Transparencia de las Industrias Extractivas,¹³² al tiempo que realiza otro tipo de herramientas prácticas como los *toolkits* en los diferentes sectores o situaciones críticas en las que con mayor facilidad emerge la corrupción como en el lanzamiento de una licitación pública, empresas que inician operaciones en el extranjero, partidos políticos que buscan financiación para campañas electorales, etc.¹³³

Entre las principales aportaciones que realiza TI, además de los numerosos estudios temáticos y sectoriales destinados a avanzar en la lucha contra la corrupción, cabe destacar las que realiza anualmente a través de la publicación de cuatro informes de carácter internacional, y a cuyas diferentes ediciones haremos referencia a lo largo de toda nuestra investigación:

- El *Índice de Percepción de la Corrupción*, a través del cual se lleva a cabo un estudio sobre casi 180 países, midiendo el nivel de corrupción que los ciudadanos perciben en dichos países¹³⁴.
- El *Barómetro Global de la Corrupción*, que al igual que el anterior, mide la percepción que se tiene de la corrupción en cada uno de los países analizados, pero en este caso dividido y pormenorizado en los distintos sectores sociales, económicos y políticos¹³⁵.
- El *Índice de Fuentes de Soborno*, en el que se evalúa el nivel de sobornos existente a nivel transnacional según el país de origen y el sector empresarial en el que se desarrolle¹³⁶.
- El *Informe Global sobre la Corrupción*: se trata del informe más exhaustivo realizado por Transparencia Internacional sobre la corrupción, analizando la

¹³² Sitio web. Acceso el 2 de octubre de 2017. Disponible en: <https://eiti.org/es>

¹³³ Sitio web de TI. Acceso el 2 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.transparency.org/whatwedo/tools/>; véase a su vez O'LEARY, D. "The Role of Transparency International in Fighting Corruption in Infrastructure". *Annual Bank Conference on Development Economics*, Tokio, 2006. p. 11.

¹³⁴ LIZCANO ÁLVAREZ, J. "El horizonte internacional..." *op. cit.* en p. 43.

¹³⁵ *Global Corruption Barometer*. 2013. Disponible en: http://webantigua.transparencia.org.es/barometro_global/barometro_global_2013/global_corruption_barometer_2013.pdf

¹³⁶ *Índice de fuentes del soborno de Transparencia Internacional*. 2011. Disponible en: http://webantigua.transparencia.org.es/indices_fuentes_de_soborno/indice_de_fuentes_de_soborno_2011/bpi2011_informe_final_en_espanol.pdf

situación y la evolución de la corrupción en el último año en un buen número de países, centrado cada año en un sector o un tipo de corrupción específico¹³⁷; este informe es realizado por expertos de cada país en el tema de la corrupción seleccionado¹³⁸.

Además, a lo largo de la última década, TI está llevando a cabo en Europa diferentes programas de cooperación con los territorios comunitarios, apoyando y lanzando iniciativas como el control y la regulación de los Lobbies, el control de la corrupción en el deporte, la habilitación de canales de denuncia, o el desarrollo de un programa de implantación de Pactos de Integridad en aquellos países en los que, como en España, estos instrumentos son ajenos a la tradición jurídica nacional.

En la actualidad, es de destacar, en materia de contratación pública, el proyecto que, de manera conjunta con la UE, está desarrollando TI para la implantación de los pactos de integridad en aquellos países que no cuentan con estos mecanismos en su tradición jurídica. Así, en Italia y en Letonia se está llevando a cabo un programa anticorrupción en el sector de los transportes,¹³⁹ en la promoción del desarrollo urbano en Sicilia,¹⁴⁰ o un programa específico para eliminar la corrupción del ciclo de contratación pública en Hungría.¹⁴¹

Además, este proyecto se desarrolla de diferentes maneras en hasta 11 Estados Miembros de la UE con el objetivo de acercar posturas e implicar en la lucha anticorrupción a todos los sectores inmersos en la contratación pública, como son el gobierno, el sector privado, y la sociedad civil y los ciudadanos:

¹³⁷ Página web de Transparencia Internacional: <https://www.transparency.org/research/gcr/>

¹³⁸ LIZCANO ÁLVAREZ, J. “El horizonte internacional...” *op. cit.* en p. 43.

¹³⁹ Sitio web de TI. Consulta el 27 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwedo/activity/keeping_training_and_transport_corruption_free_in_italy ; para el caso de la ciudad de Riga (Letonia) véase: https://www.transparency.org/whatwedo/activity/the_latest_upgrade_to_rigas_tram_system

¹⁴⁰ Sitio web de TI. Consulta el 27 de septiembre de 2017. Disponible en: - https://www.transparency.org/whatwedo/activity/supporting_urban_development_for_a_sustainable_future_in_sicily

¹⁴¹ Sitio web de TI. Consulta el 27 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwedo/activity/hungary_two_projects_to_break_the_cycle_of_corruption_in_public_procurement



Fuente: Sitio web de TI. Consultado el 27 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.transparency.org/programmes/overview/integritypacts>

A través de estas iniciativas se pretenden crear precedentes de buenas prácticas, de forma que devuelva la confianza a los ciudadanos en las instituciones y facilite la futura implantación de pactos de integridad y medidas similares de manera autónoma por parte de las entidades adjudicadoras con el objetivo de prevenir y detectar de manera efectiva los casos de corrupción.

En España, TI lleva a cabo una labor igualmente fundamental en los principales sectores expuestos a la corrupción, y, concretamente en contratación pública, pueden destacarse dos iniciativas que se estudiarán en profundidad en otras partes del trabajo: el impulso y la firma de pactos de integridad –no en vano en 2017 se firmó el primer pacto de integridad en España entre TI España y el Ayuntamiento de Madrid¹⁴², y la creación, en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública, de una plataforma de

¹⁴² Véanse pp. 406 y ss.

seguimiento y monitorización de contratos sencilla e intuitiva para el uso del público en general, denominada *Contratos Públicos Transparentes*¹⁴³.

Por último, es de destacar el proyecto *Open Governance Project: Helping Citizens Engage With Government*, que tiene por objetivo fortalecer las instituciones democráticas en países en vías de desarrollo a través de la transparencia y el acercamiento de la sociedad civil a la Administración Pública a través de la participación en la toma de decisiones, y así asegurar una mayor eficiencia en el uso de fondos públicos y la persecución del interés general.¹⁴⁴

3.2. El Banco Mundial

El Banco Mundial es una organización internacional dependiente de la ONU, que sin embargo ha adquirido una independencia y especialización considerable y que juega un papel de relevancia en las políticas de integridad internacionales, especialmente en los procedimientos de contratación pública.

Derivado del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) creado en 1944 para la reconstrucción de la Europa de posguerra, el Grupo Banco Mundial pronto amplió sus competencias, dedicándose a la lucha contra la pobreza a través de la cooperación para el desarrollo y la financiación de proyectos que promuevan el bienestar social y la prosperidad económica.¹⁴⁵

En las actividades de la organización, que actualmente cuenta con 189 países miembros, juega desde mediados de los años noventa un papel central la política anticorrupción a distintos niveles: local, regional, e internacional. Así, en los diferentes proyectos financiados por el Banco Mundial, en su mayor parte a través de contratos públicos o concesiones de gran envergadura, el organismo ha desarrollado una serie de estándares de integridad destinados a asegurar la probidad y la máxima eficiencia de los proyectos financiados, así como un escrutinio riguroso y multinivel de los proyectos a través de

¹⁴³ Véanse pp. 464 y ss.

¹⁴⁴ Sitio web de TI. Consulta el 27 de septiembre de 2017. Disponible en https://www.transparency.org/whatwedo/activity/open_governance_project_helping_citizens_engage_with_government

¹⁴⁵ Página web del Banco Mundial. Consulta el 11 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/about/history>

una promoción de las denuncias y supervisores externos.¹⁴⁶ Para ello, el Banco ha desarrollado unas directrices anticorrupción (*Anti-corruption Guidelines*), dirigidas a evitar que en los préstamos otorgados por la institución existan escándalos de corrupción.¹⁴⁷ De este modo, un caso de corrupción, si implica a funcionarios públicos de manera suficientemente grave, puede derivar en la suspensión o anulación de la financiación del proyecto con la institución pública en cuestión e incluso con el Estado.¹⁴⁸

En esta misma línea, una de las medidas más remarcables y reconocidas en esta materia implantadas por el Banco Mundial, y que ha sido adoptada con posterioridad por otros organismos internacionales, es el sistema de las “listas negras”. Esta política se inició en 1996, cuando se impuso la obligatoriedad de investigar las denuncias por corrupción dentro de los proyectos financiados, y se preveía que las empresas inmersas en dichos escándalos fueran incluidas en las denominadas “listas negras” con el fin de excluirlas de futuros procedimientos de contratación.¹⁴⁹ Estas medidas, que tienen carácter legal de sanción administrativa,¹⁵⁰ tienen como objetivo disuadir a las empresas licitadoras de incurrir en actos de corrupción. Así, el Banco Mundial cuenta con una base de datos accesible públicamente en la que se enumeran todas las empresas que no pueden contratar en proyectos financiados por la entidad por haberse declarado, de acuerdo a los procedimientos legales establecidos por el propio Banco Mundial, envueltos en casos de corrupción o fraude de acuerdo a las normas recogidas en las *Procurement Guidelines* o las *Consultant Guidelines*.¹⁵¹

No obstante, estas “listas negras” adolecen aún, veinte años después de su creación, de una efectividad únicamente parcial, ya que las sanciones impuestas, aunque tienen una

¹⁴⁶ Página web del Banco Mundial. Consulta el 11 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>

¹⁴⁷ BANCO MUNDIAL. *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*. 15 de octubre de 2006.

¹⁴⁸ MARTÍN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en p. 101.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ SELVAGGI, N. “Las listas negras del Banco Mundial: ¿hacia un sistema global de sanciones?”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 115-127 en p. 121.

¹⁵¹ Sitio web del Banco Mundial. Consulta el 12/09/2017. Disponible en: <http://web.worldbank.org/external/default/main?theSitePK=84266&contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984>

indudable repercusión en los contratos financiados por el Banco Mundial, no han sido aún asumidas por las legislaciones nacionales como generadoras de efectos legales – debemos mencionar que toda la normativa del Banco Mundial se aplica únicamente de forma vinculante a las actividades por él financiadas–, de forma que no tienen ninguna consecuencia jurídica a nivel doméstico.¹⁵²

3.3. El Fondo Monetario Internacional

El FMI surge, al igual que el Banco Mundial, en el seno de la ONU en el año 1944. Su principal función fue la de llevar a cabo un control monetario a nivel internacional, que evitase fluctuaciones o devaluaciones de moneda excesivas que desembocasen en una crisis como la acaecida en el periodo de entreguerras.¹⁵³

Actualmente, sus funciones se han extendido y también otorgan colaboración, en forma de asistencia técnica y financiera, a países en vías de desarrollo en ámbitos tales como inteligencia financiera, redacción de leyes, estrategias nacionales, evaluaciones de riesgos, y supervisión y regulación de bancos e instituciones financieras no bancarias.¹⁵⁴ Y es en esta faceta en la que el papel del FMI en la lucha contra la corrupción se hace más evidente. Así, especialmente desde principios del siglo XXI, la institución comenzó a dar prioridad al problema, como ponen de manifiesto diferentes informes y estudios realizados,¹⁵⁵ y más recientemente comenzó a restringir sus operaciones en territorios en los que el nivel de corrupción se considera elevado.¹⁵⁶

Para ello, el FMI lleva a cabo de forma anual un estudio de las políticas económicas de diferentes países y realiza recomendaciones en cuestiones de gestión de gobierno y de caudal público. Según su informe anual de 2016, el FMI había publicado hasta la fecha

¹⁵²SELVAGGI, N. “Las listas negras...” *op. cit.* en p. 121.

¹⁵³ Sitio web del FMI. Consulta el 12/09/2017. Disponible en: <http://www.imf.org/es/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>

¹⁵⁴FMI. *Informe Anual 2016 del FMI: juntos buscando soluciones*. Washington: Fondo Monetario Internacional, 2016, p. 116.

¹⁵⁵Véase SHAH, A. y SCHACTER, M. “La lucha contra la corrupción: mire antes de dar el salto”. *Finanzas & Desarrollo*, 2004; ABED, G.T. y GUPTA, S. *Governance, Corruption, & Economic Performance*. International Monetary Fund, 2002.

¹⁵⁶SCHLOSS, M.J. “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo: Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”. Documento de Trabajo, Transparencia Internacional. Consulta el 12/09/2017. Disponible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/03/miguel_schloss-gobernabilidad_corrupcion.pdf; MARTIN, A.T. “The Development of...” *op. cit.* en p. 100.

11 evaluaciones específicas sobre transparencia fiscal, entre otros países para Finlandia, Filipinas, Bolivia o Irlanda.¹⁵⁷

4. PREVISIONES NORMATIVAS INTERNACIONALES PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Si bien las políticas y legislaciones anticorrupción internacionales supusieron un primer paso para acabar con este tipo de comportamientos, lo cierto es que una aproximación generalista al problema se comenzó a dibujar ineficiente para hacer frente a un problema que, como se estudiará en los próximos capítulos, permea en todos los sectores y estratos de las sociedades democráticas actuales.

Por ello, las medidas específicas en aquellos sectores especialmente vulnerables a la corrupción, como la contratación pública,¹⁵⁸ comenzaron a transformarse en aspectos esenciales para una política de integridad efectiva. De este modo, hoy en día las principales normas de contratos públicos a nivel internacional, comunitario y nacional contienen preceptos específicos dirigidos a asegurar un comportamiento ético a lo largo de todo el procedimiento de contratación.

4.1. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio

El ACP es un acuerdo plurilateral internacional, negociado dentro del marco de la OMC. Su origen data del año 1979, cuando se adoptó el *Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público*, que entró en vigor en el año 1981, aunque los orígenes de las negociaciones se remontan al año 1947¹⁵⁹. Sin embargo, no es hasta el año 1994 cuando, al mismo tiempo que se establece la OMC, se aprueba un nuevo texto legal con el nombre de *Acuerdo de Contratación Pública* que es, con la importante revisión llevada a cabo en el año 2012 –y que entró en vigor el 6 de abril de 2014–, el

¹⁵⁷FMI. *Informe Anual 2016... op. cit.* en p.116.

¹⁵⁸ Véase TREPTE, P. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations.” *Document prepared for the OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*. OECD Document No: Unclassified - GOV/PGC/ETH, 2005.

¹⁵⁹ MOLINA, J.A. *Derecho global de la contratación pública*. México DF: Ubijus, 2011, p. 9.

texto vigente actualmente en la materia.¹⁶⁰ Este acuerdo, sin embargo, no obliga a todos los Estados Parte de la OMC, siendo actualmente 47 los miembros de la OMC parte del ACP.

El objetivo del ACP es el de sentar las bases para la creación de un marco internacional de derechos y obligaciones en materia de contratación pública. Entre los principios sobre los que se sustenta el texto legal, cabe destacar el de no discriminación, el cual es considerado básico para el objetivo de liberalizar el acceso a los contratos públicos, a la que se suman, tras la última revisión, otras prioridades como la implementación de medios electrónicos, la lucha contra la corrupción o la promoción del desarrollo de los países económicamente más débiles.¹⁶¹

El ACP, especialmente tras la reforma aprobada en 2012, se ha consolidado como la principal norma reguladora de la contratación pública a nivel internacional, y su incidencia sobre la elaboración de normas regionales o domésticas es considerable. En el caso de las cuarta generación de Directivas de contratación de la Unión Europea esta influencia es evidente, apreciándose en el texto legal europeo a lo largo de su articulado. Así, la Directiva 2014/24 prevé, por ejemplo, que los umbrales sean revisados cada dos años para adaptarlos a aquellos estipulados por el ACP,¹⁶² y en su artículo 25 la norma europea prevé de manera expresa que *en la medida en que se les apliquen los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP [...] los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.*

El ACP revisado incluye, como una de sus prioridades, la lucha contra la corrupción, y en su preámbulo reconoce *la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma*

¹⁶⁰ Sitio web de la OMC. Consulta el 12/09/2017. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm

¹⁶¹ ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la contratación pública en la jurisprudencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015, pp. 40-41; ANDERSON, R. “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”. *Public Procurement Law Review*, 26, 2007, p. 5; BOVIS, C. *Public Procurement in the European Union*. Houndmills (Reino Unido) Palgrave Macmillan, 2005, pp. 163.

¹⁶² ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la... op. cit.* en p. 48.

transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas. En este mismo sentido, una de las principales novedades del ACP es su inclusión, entre los principios de la contratación pública, del de integridad, al establecer en su artículo IV, letra b) del apartado 3, que las entidades adjudicadoras *mantendrá[n] mecanismos que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado.* Se trata de toda una declaración de intenciones frente a la corrupción que puede observarse a lo largo de todo el articulado de la norma, pero que probablemente encuentra su materialización de forma más evidente en las obligaciones recogidas en su artículo IV.4, que en su apartado c), exhorta a las entidades adjudicadoras a evitar las prácticas corruptas.¹⁶³

Por su parte, el artículo XVI, titulado *transparencia de la información sobre la contratación* recoge las obligaciones en materia de publicidad e información activa que debe respetar la entidad adjudicadora, los plazos para realizarla, las obligaciones en materia estadística y de recopilación y transferencia de *big data* de los Estados Parte. En el mismo sentido de promoción de la integridad se encuentran el artículo XVII (Divulgación de información), XVIII (Procedimientos internos de revisión), o la previsión de exclusión de un licitador del procedimiento económico cuando se considere que existe *falta de ética profesional o actos u omisiones que pongan en entredicho la integridad comercial del proveedor* (artículo VIII.4.e).

De vital importancia es la inclusión de este precepto regulatorio del conflicto de interés en la contratación pública al incluir en su artículo IV.4 la obligación, para las autoridades de contratación, de conducir los procedimientos de contratación de manera que eviten la aparición de conflictos de intereses. Conviene resaltar, aunque se incidirá sobre este aspecto en los siguientes capítulos del trabajo, que aunque el ACP no incluye una definición de lo que considera un conflicto de intereses, diferencia claramente entre la obligación de prevenir los conflictos de interés (IV.4.b) y la corrupción (IV.4.c), entendiéndolos por tanto como dos realidades completamente diferenciadas. Este precepto y los matices que de él pueden derivarse influenciaron notablemente la

¹⁶³ ANDERSON, R.D. y ARROWSMITH, S. “The WTO regime on government procurement: past, present and future”. En: ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 3-58 en p. 25.

elaboración final del articulado de las directivas de contratación, que finalmente incluyeron una regulación del conflicto de interés más extensa que la contenida en el ACP en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE.

Como afirman algunos autores, la referencia a la corrupción, a la integridad y al conflicto de intereses en el ACP reviste una gran importancia, no sólo por la influencia y las implicaciones que sus preceptos han tenido en el desarrollo de las legislaciones regionales, sino por la novedad que supone su mención expresa tanto en la normativa internacional de los contratos públicos como en el marco legal de la OMC, que hasta entonces no había incluido en ninguno de sus Acuerdos vinculantes referencias expresas a la corrupción.¹⁶⁴

Además, debemos recordar que el ACP es legalmente vinculante para la UE y todos los Estados Miembros, ya que la institución comunitaria es parte del Acuerdo desde la aprobación de la Decisión 94/800/CEE (en España, por su parte, ya se encontraba en vigor desde el 1 de enero de 1996)¹⁶⁵.

4.2. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública

La Ley Modelo sobre la Contratación Pública fue aprobada en el seno de la CNUDMI¹⁶⁶ en 1993, situándose, junto con el ACP, como la norma principal en materia de contratación pública a nivel internacional, si bien es cierto que, a diferencia de ésta, la Ley Modelo carece de fuerza legal.¹⁶⁷

¹⁶⁴ ANDERSON, R.D.; KOVACIC, W.E. y MÜLLER, A.C. “Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance”. En: ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 681-718.

¹⁶⁵ MOLINA, J.A. *Derecho global de... op. cit.* en p. 19; la ratificación del acuerdo de produjo a través del Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, publicado en el BOE núm. 20, de 24 de enero de 1995, pp. 2206-2206. Sin embargo, el ACP no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1996, como se expone en la Corrección de errores del instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, publicada en el BOE núm. 33, de 8 de febrero de 1995, pp. 3934-3935.

¹⁶⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966. Véase CNUDMI. *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas, 2013, p. 1.

¹⁶⁷ El proceso de creación de la Ley Modelo se remonta al año 1986, cuando la CNUDMI decidió, tras su decimonoveno periodo de sesiones, dar un papel principal a la contratación pública. Tras ello, en 1988 se

Al igual que la norma de la OMC, la Ley Modelo no ha sido ajena al proceso de renovación vivido por las políticas de contratación pública durante el último lustro, y el texto original fue revisado y reemplazado por una nueva norma (con el mismo nombre) aprobada en el año 2011. Si bien el nuevo texto no modifica los principios y las bases que constituían la esencia de la normativa de 1994, lo cierto es que la revisión apuesta, como no podía ser de otra forma, por armonizar y modernizar la contratación pública internacional, de forma que en su producción se tuvieron muy presentes los procesos de modificación que también estaba sufriendo normas principales en la materia, como el ACP o las directivas de la UE.¹⁶⁸

En el nuevo texto, se otorga un papel preponderante a la integridad, la transparencia, la equidad y la igualdad de trato,¹⁶⁹ y se impone la obligación a la entidad adjudicadora de adoptar las medidas adecuadas para asegurar la integridad en las comunicaciones durante la licitación (artículo 7.5) y en la presentación de ofertas (artículo 40.2). Adicionalmente, la reforma de 2011 de la Ley Modelo introduce el conflicto de intereses como causa de exclusión (artículo 21), algo que no se recoge, al menos de forma expresa, en el ACP. Sin embargo, aunque al igual que ocurría con la norma de la OMC, la Ley Modelo carece de una definición de lo que considera conflicto de interés, dejando un amplio margen a interpretaciones en este sentido.

Cabe destacar, por último, que en su artículo 26, la Ley Modelo prevé la creación de un código de conducta de los empleados al servicio de las entidades adjudicadoras, en el que además se prevé la regulación de los conflictos de intereses y la realización de declaraciones de bienes y de intereses en determinadas circunstancias, así como se garantiza su carácter público y su revisión periódica.

creó un Grupo de Trabajo que desarrolló los trabajos de investigación y elaboración del texto. ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la...* op. cit. en p. 48; MORENO MOLINA, J.A. y CANCINO GÓMEZ, R. *La contratación pública internacional: Unión Europea México*. Oxford: Oxford Chartridge Books, 2018, pp. 17 y ss.; MOLINA, J.A. *Derecho global de...* op. cit. en p. 23.

¹⁶⁸ Sitio web del CNUDMI. Acceso el 13/09/2017. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

¹⁶⁹ Resolución 66/95 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011. p. 2; MORENO MOLINA, J.A. y CANCINO GÓMEZ, R. *La contratación pública...* op. cit. en pp. 17 y ss.

En definitiva, el texto de la Ley Modelo aprobado en 2011 apuesta, en consonancia con la tendencia de la contratación pública internacional, por otorgar un papel principal a la integridad en la política de contratación.

No obstante, su utilidad se encuentra parcialmente debilitada por su carácter no vinculante. Y es que la Ley Modelo es concebida como una muestra que sirva de ejemplo especialmente a aquellos países que carecen de medios para elaborar una legislación consistente en una materia tan compleja como la contratación pública, reducir sus ineficiencias, incrementar la inversión internacional en dichos territorios y, en definitiva, colaborar a un mejor desarrollo económico y social en aquellos Estados que lo precisen. Nunca, hasta el momento, ha aspirado a convertirse en un Tratado Internacional o en cualquier otra norma de carácter obligatorio, y por tanto su aplicación en zonas jurídica y económicamente desarrolladas como la UE puede considerarse accesoria.¹⁷⁰

4.3. Las normas del Banco Mundial sobre adquisiciones y sobre los consultores

El 1 de julio de 2016 entró en vigor todo un nuevo marco de adquisiciones aprobado por el Consejo del Banco Mundial, que incluía la aprobación de diversos documentos legales e informes dirigidos a modernizar el sistema de contrataciones exigido por la institución para los proyectos que financia,¹⁷¹ entre los que cabe destacar la *Política de adquisiciones del Banco Mundial*,¹⁷² las *Regulaciones para los Prestatarios*,¹⁷³ y la *Directiva sobre contratación pública*.¹⁷⁴ Estos –junto con el resto de documentos que componen el nuevo marco– recogen una serie de preceptos que son de obligado cumplimiento para aquellas entidades adjudicadoras prestatarias de fondos de la

¹⁷⁰No obstante lo expuesto, conviene señalar que la Ley Modelo de la CNUDMI sí que se aplica en Europa a través de un acuerdo entre el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y CNUDMI para fomentar del reglamento la contratación pública, si bien es cierto que su aplicación se limita a Moldavia y Rusia. “EBRD and UNCITRAL initiative on enhancing public procurement regulation in the CIS countries and Mongolia”. Sitio web del BERD. Consulta el 13/09/2017. Disponible en: https://www.ppi-ebdr-uncitral.com/images/stories/Files_repository/EBRD-UNCITRAL_Factsheet_EN.pdf

¹⁷¹Sitio web del Banco Mundial. “New Procurement Framework and Regulations for Projects After July 1, 2016”. Consulta el 13/09/2017. Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#overview>

¹⁷²BANCO MUNDIAL, *Bank Policy: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*. 28 de junio de 2016. En vigor desde 1 de julio de 2016. p. 5

¹⁷³BANCO MUNDIAL. *Procurement Regulations for IPF Borrowers*. Julio 2016.

¹⁷⁴BANCO MUNDIAL. *Bank Directive: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*. 28 de junio de 2016. En vigor desde el 1 de julio de 2016.

institución para la realización de contratos públicos. Y en esta apuesta por la renovación en los contratos públicos, el Banco Mundial ha puesto un especial hincapié en la creación de un marco legal que garantice una contratación pública e íntegra¹⁷⁵.

Así lo pone de manifiesto el Banco Mundial en su política de adquisiciones al establecer de manera expresa, además del principio de transparencia, el principio de integridad – algo que, como veremos, no ocurre en la Directiva 2014/24/UE–, y al definirlo como el uso de fondos, recursos, activos o autoridad de acuerdo a los intereses pactados y en una manera en la que se asegure la información, esté en línea con el interés público y con los más amplios principios de buena gobernanza.¹⁷⁶ Para garantizar su cumplimiento – continúa el precepto– todas las partes involucradas en el procedimiento de contratación, incluyendo cualquier beneficiario de los recursos del banco, los licitadores, consultores, asesores, contratistas, sub-contratistas, proveedores, o cualquier tipo de agente, así como todos los trabajadores dependientes de estas entidades deben cumplir con los más altos estándares éticos y abstenerse de incurrir en corrupción.¹⁷⁷

En este mismo sentido, se contempla la corrupción como causa de exclusión¹⁷⁸ y en los documentos se hace especial hincapié en la necesidad de implantar una buena gobernanza que evite la aparición de conflictos de interés en las partes envueltas en el procedimiento, y que, en caso de que exista, pueda resolverlo de forma satisfactoria,¹⁷⁹ y a diferencia de los textos legales comentados hasta la fecha, ofrece una definición (detallada) del concepto de conflicto de intereses utilizado en los contratos.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Véase DUMAS, L.J., WEDEL, J.R. y GALLMAN, G. *Confronting corruption, building accountability: lessons from the World of International Development Advising*. Nueva York: Palgrave MacMillan, 2010.

¹⁷⁶ BANCO MUNDIAL, *Bank Policy: Procurement...* op. cit. en p. 5.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ BANCO MUNDIAL. *Procurement Regulations for...* op. cit. en p. 6.

¹⁷⁹ *Ibidem* en p. 6; Véase a su vez BANCO MUNDIAL. *Bank Directive: Procurement...* op. cit. en p. 6.

¹⁸⁰ “A firm shall be considered to have a conflict of interest if the firm:

- a. is providing Goods, Works, or Non-consulting Services resulting from, or directly related to, Consulting Services that it provided for the preparation or implementation of a project, or where such services were provided by an affiliate that directly or indirectly controls, is controlled by, or is under common control with that firm. This provision does not apply to the various firms (Consultants, contractors, or suppliers), which together are performing the contractor's obligations under a turnkey or design and built contract;
- b. including its personnel, has a close business or family relationship with a professional staff of the Borrower, or of the project implementing agency, or of a recipient of a part of the Bank's financing, or any other party representing or acting on behalf of the Borrower who:
 - i. is directly or indirectly involved in the preparation of the Procurement Documents or contract specifications, and/or the evaluation process of such contract;

Por último, cabe destacar que en sus *Regulaciones para los Prestatarios*, el Banco Mundial incluye un Anexo IV dedicado a la corrupción en la contratación pública, en el que, entre otras medidas, se incluye un glosario de los términos corrupción, fraude y colusión, se reitera la exclusión de licitadores corruptos, se prevé la denegación de fondos a aquellas instituciones que hayan sido condenadas por corrupción, así como sanciones para los prestatarios que incurran en corrupción, y la aplicación a todos los contratos financiados de las *Anti-Corruption Guidelines* del Banco Mundial.¹⁸¹

El Banco Mundial ha demostrado una decidida intención de garantizar la integridad con una legislación notablemente desarrollada y actualizada en la materia, pero sin embargo, como ya se ha mencionado anteriormente, su alcance queda limitado por el hecho de que su normativa únicamente es de aplicación a aquellos contratos que el propio organismo financia. Si bien su regulación puede servir de guía para muchos países a la hora de elaborar leyes nacionales, lo cierto es que su carácter generalmente no vinculante restringe considerablemente su alcance.

5. EL MARCO JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LA UE EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

5.1. La primera generación de Directivas (las Directivas de liberalización): ¿un principio de integridad subyacente?

El mercado de los contratos públicos no comienza a tratarse como un asunto de interés comunitario hasta la década de los sesenta, cuando comienza un proceso de conversaciones que culminarían con la aprobación de las conocidas como directivas de coordinación, que tenían como principal objetivo la armonización de los sistemas y

ii. *would be involved in the execution or supervision of such contract, unless the conflict stemming from such relationship has been resolved in a manner acceptable to the Bank throughout the procurement process and execution of the contract; or*

c. *does not comply with any other conflict of interest situation as specified in the Bank's Standard Procurement Documents relevant to the specific procurement process.*"

BANCO MUNDIAL. *Procurement Regulations for...* op. cit. en p. 6.

¹⁸¹*Ibidem* en pp. 70-71.

estándares de compra en los mercados públicos de suministros y de obras.¹⁸² Los primeros trazos de una intención de regular el mercado de los contratos públicos pueden verse en 1962, cuando el Consejo de Ministros adoptó dos Programas Generales para la eliminación de barreras en el comercio entre Estados.¹⁸³ Sin embargo, no sería hasta los años setenta cuando las medidas en relación con la contratación pública adquirirían fuerza legal. Las Directivas principales fueron 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, 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. A éstas habría que sumar otras Directivas que complementaban la legislación básica en materia de contratación pública: Directiva 70/32/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, sobre suministros de productos del Estado, sus entes territoriales y personas jurídicas de Derecho público; Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales; Directiva 72/277/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1972, relativa a las modalidades y condiciones de publicación de los anuncios de contratos y de concesiones de obras públicas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El proceso de elaboración y de consultas para la redacción final de las directivas tuvo diferentes etapas, siendo las cuestiones que debían ser objeto de estudio abordadas en una primera fase por la propia Comisión, posteriormente (desde 1964) por la Asamblea del Comité Económico y Social, y finalmente por el Grupo de Cuestiones Económicas¹⁸⁴.

La Unión Europea, por entonces CE, estaba conformada únicamente por 6 países (República Federal Alemana, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda), y Europa se encontraba en una situación en la que se había dejado tiempo atrás la

¹⁸² FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M. *The EC public procurement rules: a critical analysis*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 11.

¹⁸³ BOVIS, C. *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 95.

¹⁸⁴ COMITÉ DE REPRESENTANTES PERMANENTES. *Note*. Bruselas: Communautés Européennes. 25 de febrero de 1969 262/69 (E.S.18). p. 2. Consultado el 29 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea.

posguerra y las cenizas que dejó a su paso la II Guerra Mundial, y dando lugar a un “boom” económico¹⁸⁵, pero en la que los objetivos de la organización eran esencialmente embrionarios, pues no diferían en demasía con aquellos planteados en su fundación. El desarrollo de la CE, que se encontraba en una fase inicial, distaba mucho de asemejarse al sistema burocrático y político que compone en nuestros días la UE, que persigue, más allá del desarrollo económico, un bienestar social y ambientalmente sostenible en sus territorios. El neofuncionalismo, la corriente política e ideológica que imperaba entre los políticos europeos de la época, y que condicionó en gran parte la formación y el desarrollo de los primeros años de la CE¹⁸⁶, identificaba la eliminación de barreras comerciales como la principal *raison d'être* de cooperación entre estados soberanos. Así, a una primera fase dirigida principalmente a la erradicación de las barreras “visibles”, esencialmente aranceles (1968), le seguiría una segunda fase consistente en la supresión de las barreras “invisibles”, entre las que se encontraban ciertas prácticas proteccionistas en la contratación pública¹⁸⁷.

Esta política funcionalista desechaba, en cierto modo, los beneficios de una cooperación diferente a la económica de mercado, y por tanto, hacía que las consideraciones de cooperación democrática y política estuviesen relegadas a un segundo plano en la CE¹⁸⁸, entre las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, la corrupción y las medidas para atajarla. Y es que, si bien la corrupción tiene un trasfondo económico de dimensiones transcendentales¹⁸⁹, la naturaleza del problema es esencialmente de carácter político-ético, y no económico, lo que ha provocado que, debido a lo expuesto, en los primeros

¹⁸⁵ Aunque países como Italia encontraban mayores dificultades económicas, lo cierto es que puede hablarse de un *boom* económico generalizado en Europa en esos años. Véase MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea: directivas 4.0*. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015. p. 30

¹⁸⁶ HAAS, E. *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957*. Stanford University Press, 1958.

¹⁸⁷ MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo Derecho... op. cit.* en p. 30; HARROP, J. *The Political Economy of Integration in the European Community*. Elgar, 1989, p. 41.

¹⁸⁸ CRAIG, P. “The nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy”. En: CRAIG, P. y BÚRCA, G. *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp.1 -54 en p. 7.

¹⁸⁹ La UE ha cuantificado el impacto de la contratación pública en el PIB europeo en un 19% del mismo, es decir, alrededor de 2.450 millones de euros, o incluso alcanzando el 20%. Véase COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. Bruselas, 27 de enero de 2011. COM (2011) 15 final; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*. Bruselas: PwC EU services, 13 de junio 2013 p. 4 [consulta el 03-05-2016] Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf

años de existencia de la CE, y hasta bien entrados los años 90¹⁹⁰, no existiera ni una conciencia, ni una política definida, ni una legislación en materia anticorrupción a nivel europeo.

La formulación de las primeras directivas de contratación pública no es sino el resultado de la aplicación de las anteriores políticas generales y circunstancias históricas al sector de la contratación pública a través de la supresión de todas las barreras nacionales y posibles discriminaciones en los procedimientos¹⁹¹. De ahí por otro lado, que por ejemplo a la Directiva 70/32, que constituye el precedente inmediato al resto de Directivas relacionadas con la contratación pública que se aprobarían en los años siguientes, fuese conocida como “de liberalización”¹⁹². Estas primeras Directivas de contratos, tenían como fin principal “liberalizar” la contratación pública europea, a fin de asegurar la participación de empresas de otros estados miembros en los mercados públicos de obras y suministros, y la viabilidad económica de las propuestas y sus efectos en los mercados eran sus principales preocupaciones¹⁹³. Entre otras características, cabe destacar que estas Directivas encontraban su regulación limitada a la fase de adjudicación de los contratos –característica que se ha mantenido en las sucesivas legislaciones de contratación europeas hasta el año 2014.¹⁹⁴

Sin embargo, no toda la legislación y la política de contratación pública en las primeras Directivas puede reducirse a la limitación de las barreras de mercado, pues constituiría una simplificación excesiva, de igual modo que no puede simplificarse la función de la CE en aquellos años a la supresión de aranceles. El objetivo del mercado común

¹⁹⁰ Como se ha expuesto, no fue hasta 1999 cuando se dio un paso definitivo de manera oficial en materia de lucha contra la corrupción, con la creación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). COMISIÓN EUROPEA. *Comprender las políticas de la Unión Europea: La Lucha de la UE contra el fraude y la corrupción*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014.

¹⁹¹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 6ème réunion du Sous-Comité “Marchés-Publics” tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 13 novembre 1964*. Bruselas, 2 de diciembre de 1964, pp. 14-15. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia; COMMUNAUTÉS EUROPÉENES. *Parlement Européen: Documents de séance 1972. Rapport complémentaire fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission de Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*. 18 de Abril de 1972 DOC 16/72, p. 5.

¹⁹² MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo Derecho... op. cit.* en p. 29.

¹⁹³ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 1ère réunion du Sous-Comité “Marchés-Publics” tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 24 juin 1964*. Bruselas, 10 de julio de 1964, p. 5. Consultado el 16 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M. *The EC public... op. cit.* en p. 12.

constituye, sin lugar a dudas, la base central sobre la que pivotan ambas realidades (CE y la primera generación de Directivas de contratación), pero no puede obviarse que otras razones, medidas, circunstancias y argumentos jugaron un papel igualmente determinante, aunque de forma complementaria, en la confección de la legislación europea de contratos.

En este sentido, para comprender el peso o el papel que pudieron jugar las medidas anticorrupción en la formación de las primeras directivas de contratación pública, es importante distinguir entre *lo que estaba realmente impreso en el Tratado y las mucho más ambiciosas y en ocasiones confusas aspiraciones que reinaban en las mentes de muchos de los autores del Tratado*¹⁹⁵. O, trasladado al caso de la contratación pública, en lo que realmente está escrito en las Directivas y las aspiraciones que pudiera haber en su redacción (o en las personas que lo redactaron). Así, para concluir esta ambientación institucional a la aprobación de las directivas de contratos de los años 70, debemos advertir que, si bien la unidad política de la UE no se alcanzó, al menos en términos maduros, hasta hace escasos años¹⁹⁶, lo cierto es que desde los inicios de la CEE y la CE ya existían voces divergentes¹⁹⁷ que exigían una unión política¹⁹⁸, que en parte debido a los fracasos de experimentos previos todavía recientes como la Comunidad Europea de Defensa (CED), se vieron sin embargo relegadas a un segundo plano en favor de las corrientes funcionalistas, entre cuyos defensores destacaba el general De Gaulle.

Entre estas ideologías minoritarias que anhelaban una unión política, entre todas esas *confusas y ambiciosas aspiraciones* a las que hace alusión MARJOLIN, podría haber encontrado su fundamento la inclusión de medidas anticorrupción en la contratación pública, que al igual que le ocurrió a la unión política, tendrían que esperar varias décadas para ser incluidas de manera oficial en la agenda política europea.

Sin embargo, como venimos diciendo, más allá de lo que podría considerarse como las políticas oficiales o principales de la CE, se encontraban ciertas políticas e intenciones

¹⁹⁵ MARJOLIN, R. *Architect of European Unity: memoirs 1911-1986*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1989, p. 310.

¹⁹⁶ A nuestro juicio, no puede considerarse que existiera realmente una unión política real antes del Tratado de Maastricht en 1992.

¹⁹⁷ Éstas se pusieron de manifiesto de manera “oficial” en los Compromisos de Luxemburgo en 1966

¹⁹⁸ McALLISTER, R. *From EC to EU: an historical and political survey*. Londres y Nueva York: Routledge, 1997, pp. 22-26.

secundarias, latentes bajo la literatura jurídica, pero cuyos trazos pueden, sin embargo, seguirse a través de los diferentes documentos europeos disponibles. En materia de corrupción, las alusiones concretas al término son escasas, pero sin embargo, muestran una preocupación existente entre los integrantes de las instituciones europeas en esta materia. Del mismo modo, otros términos y medidas, hoy en día estrechamente ligados a la lucha anticorrupción en contratación, venían ya siendo citados y utilizados, tanto en el proceso de elaboración y redacción de las directivas, como los propios textos legales.

Conviene destacar, sin embargo, como, si bien la legislación en contratación pública aprobada en la década de los 70 no hace referencia alguna a la corrupción de manera directa, ésta sí que es mencionada en algunos documentos secundarios, o sin fuerza legal, de las instituciones de la CE, que conviene señalar.

De esta forma, el fenómeno de la corrupción aparece en documentos europeos como las dos cuestiones parlamentarias interpuestas por el Sr. Calídice el 15 de julio de 1971¹⁹⁹, sobre el escándalo de la ANAS (Azienda Nazionale Autonoma delle Strade) en Italia. La cuestión parlamentaria citada se realizó tan sólo unos días antes de que fuera aprobada la Directiva 71/305, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, la primera aprobada en materia de contratación pública tras el limitado efecto de la 70/32/CEE, “de libración” de los contratos públicos.

El caso en cuestión que suscita la cuestión del parlamentario radica en un escándalo de corrupción acaecido en Italia (el escándalo ANAS), consistente en la transmisión de información por parte de un funcionario público, de dicha entidad adjudicadora, a una determinada empresa con el objetivo de facilitarle la obtención de un contrato público en licitación a través del procedimiento *della scheda segreta*, una suerte de procedimiento sin publicidad en el que la entidad adjudicadora fija, de forma secreta, un precio mínimo que deberán tener las ofertas, por debajo del cual las ofertas no podrán

¹⁹⁹ PARLAMENTO EUROPEO. Question écrite n.º 221/71 de M. Calídice a la Commission des Communautés européennes. *Marchés publics – scandale de l’A.N.A.S en Italie*. 15 de julio de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia; y PARLAMENTO EUROPEO. Question écrite n.º 222/71 de M. Calídice a la Commission des Communautés européennes. *Marchés publics – scandale de l’A.N.A.S en Italie*. 15 de julio de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia.

ser admitidas por estimarse carentes de seriedad²⁰⁰, y cuya aplicación dio algunos problemas en Italia y, especialmente, como veremos, en la elaboración y aplicación de las directivas de contratación en el país mediterráneo²⁰¹.

En ella, CALIFICE cuestiona a la Comisión, a propósito del mencionado escándalo en Italia, sobre qué medidas estaban previstas en la legislación, que debía ser aprobada de manera inminente, para asegurar la transparencia en los contratos públicos y poner fin a abusos de ese género²⁰².

A dicha pregunta, la Comisión responde que, si bien no tiene datos suficientes como para entrar a calificar el hecho que se alega (escándalo de la ANAS), la entrada en vigor de la Directiva de contratos públicos de obras tendría por efecto asegurar la transparencia de los contratos públicos y por tanto ayudaría al gobierno italiano a superar de manera gradual los problemas del procedimiento de contratación en materia de transparencia, haciendo además referencia, como una de las medidas concretas encaminadas a alcanzar dicha transparencia, a la publicación de los anuncios de licitación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que se traduciría en un aumento de la concurrencia y una reducción en los costos de contratación.²⁰³ Y en este mismo sentido, la Comisión especifica que, en lo que se refiere controvertido al procedimiento *della scheda segreta*, del texto de la Directiva debe entenderse que el Gobierno italiano está obligado a suprimir dicho procedimiento²⁰⁴.

²⁰⁰ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Note 863/70 (E.S. 77)*, en Bruselas, el 11 de mayo de 1970. p. 6. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

²⁰¹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Extrait du projet de compte rendu sommaire de la 511ème réunion du Comité des représentants permanents tenue à Bruxelles, le mardi 6 et le mercredi 7 de mai 1969*. 696/69 (RP/CRS 16) Extr. 1. Bruselas, 13 de mayo de 1969. ; CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Note 863/70 (E.S. 77)...op. cit.* p. 6; CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Note à l'attention des membres de la Commission. 511ème réunion du Comité des représentants permanents*. Bruselas, 7 de mayo 1969. pp. 10-11. Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia; CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Note 1045/69 (E.S. 66)*. Bruselas, 1 de julio de 1969. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

²⁰² La pregunta literal reza: *¿Qué medidas están previstas para asegurar la transparencia de la contratación pública y para poner fin a los abusos de este género?*. Véase PARLAMENTO EUROPEO. *Question écrite n°222/71... op. cit.*

²⁰³ COMISIÓN EUROPEA. *Réponse a la question n.º 221/71 de M. Califice*. 14 de octubre de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florence, Italy.

²⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Réponse a la question n.º 222/71 de M. Califice*. 9 de noviembre de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florence, Italy

De esta manera, aun sin ofrecer mayores especificaciones, la CEE pone de manifiesto que, siquiera de manera tangencial, cuestiones de corrupción, transparencia e integridad en la contratación pública fueron observadas, o al menos tenidas en cuenta, a la hora de elaborar los textos de las primeras directivas europeas en la materia. Si bien el objetivo principal fue la eliminación de barreras, el anhelo de una concurrencia efectiva pasaba, en efecto, por eliminar la corrupción, ya que no puede existir competencia real en entornos afectados por corrupción.

En cuanto al procedimiento italiano *della scheda segreta*, si bien fue considerado contrario al principio de concurrencia y arriesgado en materia de corrupción, conviene destacar que puede considerarse como el germen del que derivó toda la legislación actual sobre las ofertas anormalmente bajas, que no estaban previstas en la primera Directiva y que fueron introducidas con posterioridad debido a la reticencia de Italia a renunciar por completo a este procedimiento.

Y es que en efecto, la forma en que Italia derogaría el controvertido procedimiento fue objeto de numerosos debates en el seno de las reuniones del Consejo con los diferentes representantes de las delegaciones nacionales para la elaboración de la Directiva 70/32/CEE²⁰⁵. Pese a la voluntad del resto de estados y del propio Consejo de que dicho procedimiento fuera eliminado a la mayor celeridad posible, la delegación italiana insistió en la imposibilidad de acometer dicha tarea debido al extendido uso de un procedimiento que se encontraba arraigado en el país. Finalmente, tras largas negociaciones, no fue hasta algunos meses antes de la aprobación de la Directiva 70/32/CEE –concretamente el 22 de mayo de 1970– cuando se acordaron los plazos para la abolición del procedimiento *della scheda segreta* (si bien el gobierno italiano dejó constancia, pese a aceptar la solución, de su desacuerdo)²⁰⁶. Los plazos para la eliminación del procedimiento y la completa transposición de la Directiva en Italia sería de tres años para los contratos de obras superiores a dos millones de unidades de cuenta y de siete años para aquellos comprendidos entre uno y dos millones de unidades de cuenta²⁰⁷.

²⁰⁵COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: LE CONSEIL. *Note*. Bruselas: Communautés Européennes. 22 de mayo de 1970. 1008/70 (E.S.85). p. 6 Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea, European University Institute, Florencia, Italia.

²⁰⁶*Ibidem*.

²⁰⁷*Ibidem* en p. 7.

En este sentido, aunque en la respuesta mencionada del caso ANAS no se dan grandes explicaciones al parlamentario, la eliminación del procedimiento italiano sí que ocupó un importante peso en las negociaciones y procedimientos de aprobación de las directivas.

Del mismo modo, como advirtiera FERNÁNDEZ MARTÍN, la transparencia, la publicidad y la objetividad eran ya algunos de los principios fundamentales en la primera generación de Directivas, si bien su inclusión estaba dirigida a garantizar el trato igualitario a licitadores extranjeros pertenecientes a otros Estados Miembros.²⁰⁸ Así, tanto en el texto final de las Directivas como (sobre todo) en el proceso de discusión y elaboración de las mismas, puede apreciarse una notable atención por parte de los integrantes de los diferentes órganos encargados de su elaboración en cuanto a la concreción legal de dichos principios se refiere.

La publicidad de los anuncios de licitación en el DOUE representó una de las grandes preocupaciones durante los primeros años de aplicación de las directivas. Así lo pone de manifiesto el hecho de que existieran proposiciones en el seno del Subcomité de Contratos Públicos de extender los requisitos de publicidad a todos los contratos independientemente del importe,²⁰⁹ o la cuestión oral realizada por el parlamentario Spicer el 13 de mayo de 1976, en la que expone su intranquilidad por la irregular aplicación de dichos preceptos de publicación contenidos de la Directiva 71/305. En dicha cuestión, el Sr. Spicer expone su preocupación por las enormes diferencias en la

²⁰⁸ PARLAMENTO EUROPEO. *Rapport fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation de marchés publics de fournitures*. Documents de séance 1971-1972. 2 de diciembre de 1971. Doc. 177/71, pp. 8-10. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Projet d'avis de la section de l'industrie, du commerce, de l'artisanat et des services sur les "Possibilités de développement des secteurs de technologies avancées de la Communauté par la voie de la politique d'ouverture des marchés publics"*. 12 de marzo de 1976, p. 21. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

²⁰⁹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 6ème réunion... op. cit.* en pp. 14-15; CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 7ème réunion du Sous-Comité "Marchés-Publics" tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 2 décembre 1964*. Bruselas, 22 de diciembre de 1964, pp. 17-18. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia

cantidad de contratos publicados entre países *a priori* parecidos en cuanto a su capacidad contractual, como lo son Francia, Reino Unido y Alemania²¹⁰.

También se puede apreciar cierta inquietud por la posibilidad de que el procedimiento negociado pudiese convertirse en una vía de escape hacia la manipulación de contratos y adjudicaciones condicionadas,²¹¹ así como una preocupación por asegurar la objetividad de los criterios de adjudicación, especificaciones técnicas y demás aspectos técnicos del contrato.²¹²

En este sentido, si bien los fines eran otros –poner fin a la discriminación positiva hacia licitadores nacionales o locales, ampliamente extendida entre los países europeos de la época– los instrumentos y principios que inspiraron la política de contratación pública son en parte los mismos ahora utilizados como parte del concepto de integridad, como son la transparencia, la publicidad, o la objetividad en la toma de decisiones.²¹³ Estos principios, que pueden considerarse el origen de las actuales estrategias anticorrupción, ya formaban parte del núcleo legal que dotaba de sentido a la primera generación de directivas, y se encontraban, desde un inicio, unidos a la contratación pública europea.

5.2. La segunda generación de Directivas

Esta situación propició que desde la segunda mitad de la década de los ochenta la UE comenzase el proceso de aprobación de un nuevo paquete de Directivas de contratos. Cuando llega la aprobación de esta segunda generación de Directivas, las CE ya había superado todos los problemas relativos a la crisis económica del petróleo de

²¹⁰SPICER. *Quelles mesures la Commission entend-elle prendre pour garantir le respect par tous les Etats membres de la directive (CEE) 71/305 (I), relative à la publication des marchés publics de travaux au Journal officiel?*. Questions orales. Parlement Européen (H-59/76). 13 de mayo de 1976. Consultado en Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia el 16 de noviembre de 2016.

²¹¹ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 7ème... op. cit.*

²¹² PARLAMENTO EUROPEO. *Raport complémentaire fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission de Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*. Parlement Européen: Documents de séance 1971-1972. Documento 16/72, 18 de abril 1972. Consultado en Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia el 16 de noviembre de 2016; CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Note: proposition de directive du Conseil concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics de travaux*. Documento 1545/68. Bruselas, 16 de octubre de 1968, pp. 19-20. Véase a su vez el artículo 6 de la Directiva 71/304.

²¹³MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo Derecho... op. cit.* en p. 31.

1973 –que el propio Consejo de la CEE consideraba aún lejos de haberse desvanecido en 1977²¹⁴–, y los años siguientes las acciones europeas se centran en la consolidación de una unión energética que hiciera a la CE menos dependiente de las fluctuaciones del precio del petróleo en los países árabes²¹⁵, y en el desarrollo de otras grandes líneas de expansión política de la CE, como la idea de una unión monetaria –con la entrada en vigor en 1979 del Sistema Monetario Europeo (SME)–, proyectos para la unión política, o la inclusión de políticas ambientales a nivel europeo²¹⁶.

Se produce también una importante ampliación territorial durante los años ochenta con la incorporación de Irlanda, Reino Unido –tras varios vetos a su entrada por parte del presidente francés De Gaulle– y Dinamarca (1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986); y una cuarta ampliación en 1990 con la reunificación alemana, así como la celebración de las primeras elecciones directas al PE en 1979, que dotó de mayor legitimidad –al menos simbólicamente– a las instituciones²¹⁷. A eso habría que añadir una serie de cambios institucionales y políticos que se producen en la todavía CE a mediados de los ochenta, que dan lugar a la aprobación del “White Paper for the Completion of the Internal Market” en 1985 y al “Acta Única Europea” en 1986, en lo que supuso la mayor revisión del Tratado de Roma hasta la fecha, y que desembocarían con relativa rapidez en la creación de la UE en 1992.²¹⁸

Esta situación de “revolución” en el seno de la CE se coordina con la Comunicación *Public Supply Contracts. Conclusions and Perspectives*, presentada por la Comisión al Consejo en 1984, y en la que se evaluaba la aplicación de la primera generación de directivas de contratación –basándose en las publicaciones en el Diario Oficial de la CE y en el número de contratos adjudicados a empresas extranjeras– con un resultado notablemente negativo.²¹⁹ La aplicación por parte de las entidades adjudicadoras en los diferentes estados miembros fue altamente insatisfactoria, siendo las disposiciones europeas ignoradas de manera general en los procedimientos a través de

²¹⁴ McALLISTER, R. *From EC to EU... op. cit.* en p. 101 y ss.

²¹⁵ *Ibidem* en p. 104 y ss.

²¹⁶ *ibidem* en p. 108 y ss.

²¹⁷ *ibidem* en p. 128 y ss.; PAPAIOANNOU, G. “The European Union in the 90s: Fiscal Conditions and Concerns”. *European Research Studies*. Volume VII, Issue (3-4), 2004. p. 2 y ss.

²¹⁸ BOVIS, C. *EC Public Procurement: ... op. cit.* en p. 101-102.

²¹⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos*, COM (84) 717 final, 1984.

fraccionamiento de contratos, adjudicaciones directas, procedimientos no competitivos, etc.²²⁰

La situación da lugar, como afirma FERNÁNDEZ MARTÍN, a una verdadera revolución en la contratación pública en lo que se refiere a la atención que la Comisión comenzó a otorgarle a un sector que, a pesar de su regulación, desempeñó una función residual hasta dicha fecha.²²¹ A partir de 1985, la contratación pública se configuraría como una de las políticas prioritarias en la agenda de la Comisión de cara a la instauración de un Mercado Interno competitivo y eficiente, comenzando a plantearse por parte de diversos juristas la posibilidad de otorgar una papel instrumental a la compra pública.²²²

Esta situación propició que desde la segunda mitad de la década de los ochenta la UE comenzase el proceso de aprobación de un nuevo paquete de Directivas de contratos, que culminará con la adopción de: Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; Directiva 93/38/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. A estas Directivas materiales habría que añadir aquellas conocidas como “de recursos” (89/665/CEE y 92/13/CEE), que con la correspondiente reforma realizada por la Directiva 2007/66/CE en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos siguen vigentes en la actualidad.

²²⁰ FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M. *The EC public... op. cit.* en p. 21; MORENO MOLINA, J.A. *El nuevo Derecho... op. cit.* en p. 31; COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos. op. cit.*

²²¹ FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M. *The EC public... op. cit.* en p. 16.

²²² *Ibidem* en pp. 38 y ss.

Estas normas, aunque tendrán todavía una marcada visión economicista de la contratación, corrigen algunas de las deficiencias de aplicación experimentadas en las directivas de los 70 centrandose su articulado en la consolidación del sistema europeo de contratos a través de aspectos como la definición de los conceptos de poder adjudicador y operador económico que constituyen el ámbito objetivo de la normativa de contratos, la fijación de procedimientos o la aplicación de los principios rectores.²²³ En ellas, aunque no se refleja de manera directa, se abre la puerta a una instrumentalización de la contratación en pro de otras políticas de interés general de la UE como el medio ambiente o los derechos sociales, como puso de manifiesto el TJUE en diferentes sentencias²²⁴ y la Comisión Europea a través de diversos documentos de “soft law”.²²⁵

En materia de corrupción, sin embargo, no se aprecian cambios sustanciales con respecto a sus predecesoras, manteniéndose no obstante un afán de objetividad en los procesos de adjudicación que debía ser garantizado a través de una transparencia efectiva. Más allá de dichas medidas, no se puede afirmar que existiera una atención prioritaria ni específica del problema. Si bien la CE comienza a lo largo de la década de los 90 a preocuparse por el fenómeno de la corrupción, ésta es concebida como un campo de actuación propio, que es afrontado de manera general y cuyo abordaje no permea aún las políticas sectoriales como la contratación pública.

5.3. La integración de la política anticorrupción en la estrategia de contratación pública de la UE y la aprobación de las Directivas de 2004

En 1995, Austria, Finlandia y Suecia pasan a formar parte de la UE, y en este mismo año se aprueba el acuerdo de Schengen para la libre circulación de los ciudadanos europeos. Además, se firma el Tratado de Ámsterdam (1997), comienzan las

²²³ GÓMEZ RUIZ, M. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. Director: María Zambonino Pulito. Tesis Doctoral. Universidad de Cádiz, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Administrativo, 2015, p. 42. Disponible en: <http://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/18516>

²²⁴ STJUE de 17 septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, Caso C-513/99; STJUE de 4 diciembre 2003, *EVN AG and Wienstrom GmbH* Caso C-448/01 de 4 diciembre 2003.

²²⁵ Véase COMISIÓN EUROPEA. *La contratación pública en la Unión Europea : Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, Bruselas, 27 de noviembre de 1996.

negociaciones para adherir diez estados más a la UE (1997)²²⁶, y se introduce el euro en 11 países europeos en lo que se conocerá como la “zona euro”.

Las primeras medidas oficiales dirigidas a luchar contra la corrupción en la UE las encontramos en la creación de la Unidad de Coordinación Antifraude (UCLAF) en 1988, siendo el antecedente inmediato de la actual Oficina de Antifraude Europea (OLAF), que no fue creada como tal hasta 1999²²⁷. Sin embargo, conviene destacar que el fin originario de ambas instituciones no es la lucha contra la corrupción, sino contra el fraude. Ambos términos, comúnmente utilizados indistintamente, no deben ser confundidos, pues las implicaciones de uno y otro fenómeno, como veremos más adelante, difieren considerablemente.²²⁸

En el mismo sentido, influida por la corriente internacional hacia la lucha contra la corrupción, la UE da un paso firme en la lucha contra la corrupción a través de dos textos básicos: el *Convenio elaborado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas* (1995); y *Convenio elaborado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de los Estados Miembros de la Unión Europea* (1997), que tenía como fin garantizar la tipificación de todo acto de corrupción en el que estén implicados funcionarios comunitarios o de los Estados miembros, y no sólo los actos vinculados al fraude contra los intereses financieros de las Comunidades, como ocurría anteriormente.

En este mismo sentido, la corrupción comenzó a estar presente en la política diaria y en el proceso de reforma de las instituciones europeas abordado durante los años noventa, como se manifiesta en diferentes informes y documentos que apostaron por la transparencia como elemento vertebrador de la nueva red institucional europea y como

²²⁶Página web de la Unión Europea. “Una Europa sin fronteras”. [consulta el 22/09/2016] Disponible en: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1990-1999_es

²²⁷Página web de la OLAF. [consulta el 22 de diciembre de 2016] Disponible en: http://ec.europa.eu/anti-fraud/o-nama/history_en; Véase a su vez COMISIÓN EUROPEA. *Comprender las políticas... op. cit.*

²²⁸Véase p. 157.

canal democratizador de la UE.²²⁹ Durante los años siguientes se aprobaron en el seno de la UE una serie de documentos de lucha contra la corrupción como la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la corrupción en el sector privado, o la Decisión del Consejo 2008/2001, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración en nombre de la Comunidad Europea de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción.²³⁰

No obstante, conviene señalar que aún en estos textos legales *continúa subrayándose la necesidad de subordinar cualquier política de la persecución de la corrupción a los fines últimos de la UE entre los que, a pesar de la evolución progresiva de la organización y la ampliación de sus objetivos, continúa teniendo un peso especial la protección de mercado y la libre competencia*²³¹. Por tanto, la persecución de la corrupción en la UE ha estado sometida hasta fechas recientes –y en parte, sigue estándolo²³²– a la competencia y la libre competencia de mercado entre los operadores económicos y potenciales licitadores públicos.

De forma paralela, las políticas anticorrupción fueron penetrando en el sector de la contratación pública. En este sentido, si decimos que el tratamiento legal de la corrupción es una cuestión reciente, más aún parece serlo en materia de contratación pública, donde las primeras referencias en la UE a la posibilidad de incluir aspectos anticorrupción las encontramos ya a finales del siglo XX, aludiendo a ella en un principio de manera tangencial como una suerte de complemento de la política de

²²⁹ THE INDEPENDENT COMMISSION FOR THE REFORM OF THE INSTITUTIONS AND PROCEDURES OF THE UNION (ICRI). *Advancing the Union*. Londres, noviembre de 1999, pp. 21-24; “Memorandum del Gobierno svedese a José María Aznar, Presidente di turno dell’Unione, sulla riforma del consiglio dei Ministri”, Estocolmo 6 de marzo de 2002. Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

²³⁰ ARIAS RODRÓGUEZ, J.M. “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea” *Diario La Ley*, n.º 7989, Sección Doctrina, 21 de Diciembre de 2012; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. “Actuaciones normativas de la UE en torno a la gobernanza en el sector privado: medidas contra la corrupción en el sector privado”. En: ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C.R.; y ABAD CASTELOS, M. *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 71-86.

²³¹ ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Colección Marino Barbero Santos, 2006, p. 64.

²³² La disyuntiva entre transparencia y competencia sigue estando presente no sólo en la política europea, sino en la doctrina. Algunos argumentos para limitar la transparencia a favor de la competencia podemos encontrarlos en TELLES, P. “Ainda a concorrência e transparência”. Sitio web del Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigaçao de Direito Público. [consulta el 29 de diciembre de 2016] Disponible en: <https://contratospublicos.net/2016/12/22/ainda-a-concorrência-e-transparência/>

contratación pública. Así, en su Comunicación de 11 de marzo de 1998, *La contratación pública en la Unión Europea*, la Comisión Europea realiza una de las primeras referencias que encontramos a la corrupción ligada a la contratación pública, al afirmar:

*Una política eficaz en materia de contratación pública tendrá como efecto, al evitar el gasto público ineficiente y por constituir un importante medio para evitar la corrupción, el asegurar a los contribuyentes que su dinero está siendo empleado de forma óptima y, por ende, incrementará la confianza de éstos en sus gobernantes. A pesar de que la lucha contra la corrupción no sea el primer objetivo de la política de contratación pública, la mejora de los procedimientos de licitación pueden contribuir de modo eficaz a la misma*²³³.

De esta forma, en la tercera generación de directivas –compuesta por las Directivas 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios– se apreciaban ciertos preceptos que incidían en la lucha anticorrupción en el sector al establecer por primera vez, con carácter obligatorio, la exclusión de aquellos operadores económicos que hayan pertenecido a una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables en sentencia judicial firme por corrupción, blanqueo de capitales o por fraude en detrimento (artículo 45 Directiva 2004/18)²³⁴. Conviene mencionar, en este sentido, que aunque anteriormente –incluso desde las primeras

²³³COMISIÓN EUROPEA. *La contratación pública en la Unión Europea*. Bruselas, 11 de marzo de 1998, COM (98)143, p.1.

²³⁴MEDINA ARNÁIZ, T. *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*. Dirigida por José Manuel Sala Arquer. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad de Burgos. Burgos, 2016. p. 334; AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015. p. 23-24; AYMERICH CANO, C. “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos administrativos afectados por corrupción”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 291-303; MEDINA ARNÁIZ, T. “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”. *Diario La Ley*, n.º 7382, Sección Doctrina, 16 abril 2010, p. 8; WILLIAMS, S. “The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives”. *European Law Review*, n.º 31, 2006, pp. 711 y ss.; BOVIS, C. *Public Procurement in... op. cit.* en pp. 165-167.

directivas— ya se preveía la posibilidad de exclusión de los licitadores que hubieran incurrido en falta profesional grave o hubieran incumplido la ley aplicable, lo cierto es que nunca hasta entonces se había hecho referencia explícita a la corrupción como causa *obligatoria* de exclusión.²³⁵

Pero además de esta causa de exclusión por delitos de corrupción, la Directiva 2004/18 incluía nuevas medidas en materia de transparencia en cuestiones como la publicación de los porcentajes y métodos de los criterios de adjudicación, las comunicaciones entre licitador y entidad adjudicadora, o en aspectos relacionados con la información confidencial.²³⁶

Sin embargo, los aspectos relacionados con la integridad únicamente tuvieron una incidencia residual en el texto de las directivas de 2004, lo que ha provocado que la doctrina no considere que se otorgue un papel preponderante a la integridad y la lucha contra la corrupción en la contratación pública hasta 2011²³⁷, cuando la Comisión publica el significativo *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, en el que se alertaba sobre la necesidad de promover *un mayor desarrollo de la legislación de la UE sobre contratación pública para abordar cuestiones importantes que hasta ahora no han sido tratadas suficientemente, como la prevención de la corrupción*²³⁸. Esto, combinado con otros informes relacionados, entre los que destaca *La lucha contra la corrupción en la UE*²³⁹, en el que se establecía como uno de los objetivos primordiales *revisar la legislación de la UE sobre contratación pública*, marcan el inicio de una indiscutible corriente en la contratación pública europea que demanda mayores tutelas legales y jurisdiccionales en un sector especialmente expuesto a las prácticas corruptas.

²³⁵ TÁTRAI, T. “EU public procurement and probity”. En: BOVIS, C. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Elgar, 2016, pp. 482-520 en p. 504.

²³⁶ ARROWSMITH, S. (edit.) *EU Public Procurement Law: An Introduction*. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010. p. 65; TÁTRAI, T. “EU public procurement...” *op. cit.* en p. 504-505.

²³⁷ AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente: ...op. cit.* en p. 26.

²³⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre...* *op. cit.* en p. 5.

²³⁹ COMISIÓN EUROPEA. *La lucha contra la corrupción en la UE*. Bruselas, 6 de junio de 2011. COM (2011) 308.

5.4. La cuarta generación de Directivas y el marco jurídico vigente

Esta tendencia desembocaría con celeridad, en el marco de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁴⁰, en un proceso legislativo de modernización de la contratación pública, que finaliza con la aprobación de las Directivas 2014/23/UE “de concesiones”, 2014/24/UE “sobre contratación pública”, y 2014/25/UE “de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”,²⁴¹ de entre cuyas novedades se han venido destacando por parte de la doctrina las medidas relacionadas con la lucha anticorrupción como uno de los más importantes avances introducidos por el texto legal comunitario en materia de contratación pública²⁴², pudiendo afirmarse, en palabras del profesor GIMENO FELIÚ, *que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin del ciclo de la regulación en la materia*²⁴³, conformándose, de cara a su transposición a los ordenamientos nacionales, como una “nueva” oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social²⁴⁴ como es la corrupción.

Y es que, en efecto, la propia Directiva 2014/24/UE establece la lucha contra el fraude y la corrupción como una de sus prioridades al afirmar, en su considerando 126, que *la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude*. La lucha contra la corrupción en la

²⁴⁰ MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 133-161 en p. 134.

²⁴¹ RAZQUIN LIZARRAGA, M. “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, enero-abril 2015, pp. 97-135 en p. 99.

²⁴² MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALED A, J. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A. *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2016, pp. 51-53; GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para reanudar un modelo desde la perspectiva de la integridad”. En VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 247-300; AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente...* *op. cit.* p. 23.

²⁴³ GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo paquete...” *op. cit.* en p. 94; GIMENO FELIÚ, J.M. “Novedades del anteproyecto...” *op. cit.* p.10; GIMENO FELIÚ, J.M. “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”. En *Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*. 2 de mayo de 2016.

²⁴⁴ GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo paquete...” *op. cit.* p. 95; GIMENO FELIÚ, J.M. “Novedades del anteproyecto...” *op. cit.* p. 10.

contratación pública ha pasado de ser una política secundaria, potestativa y considerada de competencia únicamente doméstica,²⁴⁵ a convertirse en una cuestión prioritaria, obligatoria y de competencia comunitaria, situando el principio de integridad a la altura de los grandes principios de la contratación como el de igualdad de trato, concurrencia o no discriminación.

Por último, el marco regulatorio europeo en materia de contratación debe completarse – además de con las ya citadas directivas “de recursos” – con legislación accesoria como la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica de la contratación pública, y la todavía vigente 2008/81/CE, sobre los contratos en ámbitos de defensa y seguridad.²⁴⁶

Del mismo modo, en materia anticorrupción deben mencionarse: la Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de Blanqueo de capitales; Directiva 2014/42/UE, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea; o la Directiva 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

6. EL MARCO LEGAL EN ESPAÑA

En nuestro país se dan unas especiales coyunturas políticas. Tras cuarenta años de ostracismo democrático, el país comenzó en 1978 una etapa de regeneración en la que los esfuerzos se concentraron en el diseño de un nuevo régimen constitucional, con numerosas medidas de carácter estructural y de derechos fundamentales y civiles. Al mismo tiempo, un buen número de voluntades políticas y jurídicas estaban puestas en la adhesión a la UE, de manera que la adaptación de nuestro marco jurídico a las normas europeas consumió buena parte los primeros años de democracia española, tanto antes como después de la adhesión²⁴⁷.

²⁴⁵ WILLIAMS, S. “The mandatory exclusions...” *op. cit.* en pp. 711 y ss.

²⁴⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, M. “Las nuevas directivas...” *op. cit.* en p. 99.

²⁴⁷ MONTESINOS JULVE, V. “La adaptación de España a la Europa del mercado único en materia de información económico-financiera”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º 81, 1991, pp. 81-92; ALDECOA LUZÁRRAGA, F. “España y la Unión Europea Occidental. Condiciones para una adhesión”. *Tiempo de paz*, n.º 10, 1988, pp. 4-11.

Es por ello comprensible que las políticas anticorrupción tuvieran un papel residual en la agenda política. Sin embargo, lo cierto es que hacia finales de los ochenta y en la década de los noventa surge una verdadera conciencia anticorrupción propiciada por algunos escándalos de corrupción, relacionados especialmente con la financiación de los partidos políticos, y entre los que destaca el conocido como “caso FILESA”, y durante esos años comenzaron a aprobarse una serie de leyes destinadas a asegurar la probidad en las actuaciones en los considerados como campos de riesgo.²⁴⁸ Así:

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (vigente);
- Se aprueba la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos (derogada);
- Se aprueba la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la que se recogían, entre otras medidas, la recusación y la abstención de los empleados públicos en los procedimientos en los que existieran conflictos de intereses (artículos 28 y 29), o la plasmación del principio de transparencia en el derecho de los ciudadanos a conocer sobre los procedimientos administrativos a través de la publicidad activa y pasiva (artículos 25 y 37) (derogada);
- Se procede, en 1995, a una reforma en profundidad del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995), que entre otras cuestiones acomete la creación de la Fiscalía Antifraude como una Fiscalía Especial, integrada en el Ministerio Fiscal español y dependiente de la Fiscalía General del Estado, que *investiga y conoce de los procesos de especial trascendencia, relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción* (derogado).²⁴⁹

²⁴⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, J.A. *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGAE*. Director: Ricardo Rivero Ortega. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Área de Derecho Administrativo. 2013, pp. 60 y ss.

²⁴⁹ Sitio web del Ministerio Fiscal. Consultado el 25/09/2015. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/el_ministerio_fiscal

Estas reformas, que tienen su fundamento legal en el artículo 103.1 de la CE,²⁵⁰ conforman lo que podría considerarse una primera generación de medidas anticorrupción en nuestro país, y sentaron unas bases legales en la materia que permanecerían prácticamente inalteradas durante más de diez años, modificándose únicamente aspectos puntuales para la incorporación de obligaciones contraídas a través de tratados y otras normas supranacionales.

En el año 2000, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio de la OCDE contra la corrupción, se modificó a través de la Ley Orgánica 3/2000 el CP para introducir en el artículo 445bis los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El texto seguiría alterándose y ampliándose en sucesivas modificaciones hasta la versión actual del CP implantada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la que se recogen, entre otros, además del mencionado contenido en el artículo 445bis, los delitos de corrupción en los negocios (artículos 286 bis, 286 ter, 286 quater), los delitos contra la Administración Pública de prevaricación (artículos 404 a 406), cohecho (artículos 419 a 427bis), malversación de fondos (artículos 432 a 435), tráfico de influencias (artículos 428 a 431) o abuso en el ejercicio de las funciones públicas (artículos 439 a 444).

En 2006 se aprobó la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que establecía por primera vez un código de conducta y un sistema de prevención de conflictos de interés en nuestro sistema legal. Posteriormente el Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley 5/2006, crea la Oficina de Conflictos de Intereses adscrita al Ministerio de Economía y Administraciones Públicas. Estas leyes fueron derogadas por la 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del alto cargo, que entre otras medidas amplía el ámbito subjetivo de aplicación, incluyendo a los altos cargos del sector público empresarial, amplía la información que debe proporcionar el alto cargo (artículo 11), y

²⁵⁰El citado artículo establece la objetividad e integridad de la Administración Pública al afirmar que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

refuerza el régimen sancionador, de forma que el incumplimiento de los preceptos de la Ley conlleva penalizaciones efectivas.²⁵¹

Durante estos años se realizan otras importantes reformas hacia la integridad como son: la aprobación del primer EBEP en 2007 a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que establece los principios éticos y de conducta (artículos 52 a 54) aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público e introduce por primera vez un código ético para dichos trabajadores –fue derogado por la Ley Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que sin embargo no reviste especiales novedades en materia anticorrupción–; o la derogación de la LO 3/1987 por la LO 8/2007, de 4 de julio, con la que se pretendía dotar de actualidad la regulación de la financiación de los partidos políticos con un sistema mixto a través de subvenciones públicas y de donaciones particulares, que con algunas modificaciones sigue vigente en la actualidad.

Posteriormente, tras la crisis, diferentes reformas legales tratan de regenerar desde la integridad un sistema que ha perdido la credibilidad y confianza de los ciudadanos a base de escándalos de corrupción. Así, además de las ya comentadas Ley 3/2015 y RDL 5/2015, fue aprobada la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que pretendía marcar un antes y un después en la legislación anticorrupción en nuestro país, actuando como una base sobre la que se asienten todas las políticas de integridad sectoriales. La norma regula el acceso a la información, la transparencia (tanto activa como pasiva), así como determinados principios de buen gobierno, entre los que se incluyen los conflictos de interés, la regulaciones en materia presupuestaria, o las infracciones disciplinarias de los empleados públicos, al tiempo que crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, un órgano independiente adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Sin embargo, la legislación de contratación pública ha vivido en cierto sentido ajena a todo este proceso de sensibilización en materia anticorrupción, que parece haber tenido lugar en nuestro país especialmente desde mediados de los noventa. Así, paralelamente a lo expuesto en las páginas precedentes, en 1995 se aprobó la Ley 13/1995, de 18 de

²⁵¹ En este sentido, véase LÓPEZ DONAIRE, B. “Comentario a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio de Alto Cargo”. Revista *Gabilex*, n.º 2, 2015, p. 15.

mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, con el objetivo de transponer a nuestro ordenamiento jurídico las entonces recientemente aprobadas Directivas de contratación de segunda generación. A partir de este momento, las diversas modificaciones de la legislación de contratos vendrían propiciadas por el derecho de la UE, que impone obligaciones de transposición de la legislación comunitaria a los Estados Miembros, de forma que nuestra normativa de contratos iría al paso que imponían las instituciones europeas.

En consecuencia, la norma de 1995 no recogía aún ninguna disposición especial referente a la integridad o a la lucha contra la corrupción en el sector, como tampoco lo haría –con la excepción de la causa de exclusión obligatoria a empresas convictas por corrupción– la LCSP aprobada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la cual se limitó a transponer las Directivas europeas de 2004. No obstante, es de destacar que, al igual que sucedió con las primeras directivas, si bien estas normas no incluían en su articulado referencias específicas al problema, sí que se embebían, si quiera de forma mediata, de medidas destinadas a la objetivación de la compra pública a través de la transparencia y el control de la discrecionalidad. Y, de hecho, prueba de la presencia de la corrupción como uno de los elementos condicionantes de la nueva regulación es que, tanto ella como su combate a través de la legislación, estuvieron presentes a lo largo de todo el proceso legislativo previo a la aprobación de la Ley, como ponen de manifiesto diversas intervenciones y enmiendas expuestas de los debates parlamentarios²⁵².

La LCSP de 2007 fue modificada por la 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, y más recientemente, siguiendo con la obligación de transposición del cuarto paquete de directivas comunitarias en la materia, se aprobó la Ley de contratos del sector público 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento

²⁵² Podemos destacar, en este sentido, las intervenciones de 6 de mayo de 1994, de Rodrigo RATO FIGAREDO, en las que, paradójicamente, al presentar como portavoz las enmiendas de su partido, hacía hincapié en la necesidad de prevenir la corrupción: *Este Proyecto consolida determinadas modificaciones legislativas introducidas en los últimos años que , aumentando el ámbito de la discrecionalidad y eliminando mecanismos de control , han posibilitado la corrupción que actualmente escandaliza a la sociedad española*. O, de forma similar, la de 9 de mayo de 1994 de Lorenzo OLARTE CULLEN, quien aseguraba que: *Poner fin a la corrupción y a la impunidad exige la articulación de un amplio paquete de medidas que impidan la comisión de irregularidades* . Publicadas ambas el 12 de septiembre de 1994 en el BOCG 121/000042.

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Esta norma, a diferencia de las anteriores, señala de forma explícita la lucha contra la corrupción como uno de sus objetivos fundamentales en su preámbulo, e incluye, tal y como requiere el vigente marco jurídico europeo, disposiciones específicas a tal fin. Con el objetivo de establecer límites a determinadas conductas que pueden constituir formas de corrupción en el seno de la contratación pública, además de la ya existente causa de exclusión por sentencia firme por delitos de corrupción, la LCSP17 positiviza por primera vez el principio de integridad (art. 1.1.), incluye una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación (art. 64), se regulan los conflictos de interés como causa de exclusión (art. 71.g), y se introducen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos²⁵³. Otras medidas estructurales, como la reducción de los umbrales de la aplicación de los contratos menores y del recurso especial, la eliminación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía o la creación de una Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, vienen a confirmar la ambición anticorrupción de la actual legislación de contratos, cuyas virtudes y defectos serán abordadas con mayor detalle a lo largo del presente estudio.

²⁵³ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, 2018, pp. 34-39.

Capítulo II

LA CORRUPCIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

–Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

–La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

–La cuestión –zanjó Humpty Dumpty– es saber quién es el que manda..., eso es todo.

A través del espejo y lo que Alicia encontró allí – Lewis Carroll

– Boswell. “Then, Sir, what is poetry?”

– Johnson. “Why, Sir, it is much easier to say what it is not. We all know what light is; but it is not easy to tell what it is.”

The Life of Samuel Johnson – James Boswell

1. LA CORRUPCIÓN: UN CONCEPTO POR DETERMINAR

Si bien el fenómeno que hoy conocemos como corrupción presenta, como se ha comentado, una indudable antigüedad, el término que utilizamos para denominar al problema no se queda atrás en este aspecto. Así, corrupción es un término que viene siendo utilizado desde hace siglos, y sin embargo el significado del mismo ha ido variando con el paso del tiempo de manera incesante²⁵⁴, y todavía hoy varía, producto precisamente de un diferente desarrollo histórico, de unas culturas a otras²⁵⁵. Tal ha sido la evolución y el cambio que ha sufrido el concepto que algunos autores, como LÓPEZ CALERA, han afirmado que *obviamente, no es posible un concepto universal, ya que cualquier definición estará condicionada, y será relativa y cuestionable*²⁵⁶. La corrupción es un fenómeno que varía sustancialmente según el ámbito cultural en que lo analizamos²⁵⁷, y su conceptualización se ve alterada a lo largo de la historia y difiere de una sociedad a otra, dependiendo de sus estructuras económicas, políticas, y cambios históricos²⁵⁸.

Pero sí que es cierto que, a partir del siglo XIX, con el nacimiento de los estados modernos y del entramado administrativo, político y burocrático moderno, el término cobra un significado diferente del que se usaba en la antigüedad, y se conforma un concepto que puede considerarse el antecesor inmediato del que utilizamos hoy en día.

²⁵⁴ ARJONA TRUJILLO, A.M. “La corrupción política: una revisión de la literatura”. *Documento de Trabajo 02-14*. Serie de Economía 04. Julio de 2002, p. 4. [consulta 2-04-2016] Disponible en: <http://docubib.uc3m.es/WORKINGPAPERS/DE/de021404.pdf>; HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p.1.

²⁵⁵ De hecho, los investigadores suelen diferenciar entre corrupción occidental, o aquella que se produce a través de sobornos o incentivos similares, y corrupción asiática, o aquella basada en el clientelismo, favoritismo, etc. Pero la noción varía notablemente incluso dentro de una misma raíz cultural. Así, dentro de Asia, la corrupción no es considerada igual en Singapur que en Camboya, ya que el concepto se ve influido por diferentes factores como la religión, las creencias, comportamientos sociales, el pasado colonial o no del país, etc. Y en este sentido, algunos términos como el inglés *networking*, el chino *guanxi*, o el ruso *blat* suponen comportamientos que en ciertas circunstancias podrían considerarse corrupción y que, sin embargo, están completamente aceptados dentro de la cultura nacional. HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 1-8.

²⁵⁶ LÓPEZ CALERA, N. “Corrupción, ética y democracia: nueva tesis sobre la corrupción política”. En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (Eds.) *La corrupción política*. Alianza Editorial. Madrid, 1997, pp. 117-134 en p.117; en el mismo sentido se pronuncia HARRIS, R. *Political corruption: in and beyond the Nation State*. Nueva York: Routledge, 2003, p. 4 y ss.

²⁵⁷ BUSTOS GISBERT, R. “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 135-161. p. 137.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la... op. cit.* en p. 26.

La definición del concepto de corrupción no es sencilla, y ésta es una de las dificultades que encontramos a la hora de su estudio: no nos ponemos de acuerdo sobre qué es²⁵⁹. Tradicionalmente se han calificado como corrupción, sin determinar el alcance de ésta, prácticas ilegales como el soborno, la extorsión, el fraude, el nepotismo, el robo, la falsificación de documentos, tráfico de influencias, etc. Pero lo cierto es que no todas estas actividades encuentran cabida dentro de la idea de corrupción, o al menos existen fundados argumentos contrapuestos en cuanto a si procede o no su inclusión bajo el paraguas del término. Como señala Michael JOHNSTON, Profesor de la Universidad Colgate, *en las sociedades en que se aprecian cambios veloces, el límite entre lo corrupto y lo que no lo es, no siempre está definido y el término corrupción se puede aplicar extensamente*²⁶⁰.

Y es que, en su uso común, e incluso en algunas ocasiones en su utilización jurídica, no se han establecido claramente los límites y los campos de actuación del concepto de corrupción, y éste se ha ido poco a poco, a través de su uso diario y periodístico, distorsionando hasta llegar a utilizarse para *describir, en sentido amplio, situaciones de abuso de poder que normalmente implican un enriquecimiento propio o ajeno –en la persona de un familiar o amigo*²⁶¹.

En este sentido, algunas de las principales normas internacionales carecen de una definición concreta de corrupción. Es el caso por ejemplo de la CNUCC, en la que a pesar de contar con un artículo 2 titulado “definiciones”, se consideró no incluir una definición de corrupción de cara a asegurar la aplicación universal de la norma, dado el carácter polivalente y cambiante del término, porque significa cosas distintas para distintas personas y, sobre todo, porque es un concepto en evolución²⁶².

²⁵⁹ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 2.

²⁶⁰ El texto original dice: “But in rapidly changing societies it is not always clear what those limits are, and the term “corruption” may be applied broadly”. JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 11.

²⁶¹ CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría... op. cit. en p. 37.

²⁶² ARGANDOÑA, A. “La Convención de...” op. cit. en p. 5; LUCENA CID, I.V. “La lucha contra la corrupción política. Hong Kong un modelo de buenas prácticas.” *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 3-2, pp. 171-195 en pp. 173-174.

Y, sin embargo, la definición del concepto de corrupción, como bien sostiene Arvind JAIN, lejos de, como afirman algunos investigadores en la materia²⁶³, constituir un mero asunto semántico, determina qué se modela y qué se mide, ya sea a la hora de regular o de estudiar el fenómeno²⁶⁴.

Por tanto, alcanzar una definición homogénea, que permita considerar el mayor número de situaciones en las que se pone en peligro la integridad de la Administración, y en particular en los casos relacionados con la contratación pública, debe ser una de las prioridades de la doctrina y las instituciones en el estudio de la materia²⁶⁵. Algunos autores, de hecho, señalan esta falta de consenso a la hora de definir corrupción como uno de los principales problemas que encontramos a la hora de combatirla²⁶⁶.

Por ello, procederemos a continuación a estudiar el estado actual del concepto de corrupción y las convergencias y divergencias entre las definiciones otorgadas por diferentes organismos, legislaciones, e investigadores nacionales e internacionales, para finalmente poder formar nuestra propia noción, en sintonía con lo que exige el estado actual de la lucha contra la corrupción en la contratación pública.

1.1. Origen etimológico del término

En primer lugar, analicemos el término corrupción en base a su origen etimológico. El término “corrupción” proviene del latín, en el que encontramos diferentes vocablos en función de la acepción del término utilizado. Así, corrupción puede asociarse a destruir, aniquilar, echar a perder, alterar, falsificar o sobornar, en cuyo caso provendría de

²⁶³ “Definitions of corruption can be discussed at length without necessarily providing an actual value added to the reader. Still some researchers display their endeavors in this area. They are willing to go into time-consuming debate and are fierce in preferring one approach to another. Such debate, however, tends to absorb much of the energy that is desperately needed elsewhere”. LAMBSDORFF, J.G. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 15.

²⁶⁴ JAIN, A.K. “Corruption: a review”. *Journal of Economic Surveys*. 15, 1, 2001, pp. 71-120 en p. 73. [consulta 2-04-2016]. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-6419.00133/epdf>; en cuanto a la importancia de definir correctamente la corrupción, véase también MARTÍNEZ COUSINOU, G. *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*. Directora: Paloma Aguilar Fernández. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Departamento de Ciencia Política y de la Administración. 2013, p. 39.

²⁶⁵ PIGA, G. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. En: ROSE-ACKERMAN, S. y SOREIDE, T. *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. Massachusetts: Edward Elgar, 2011, pp. 141-181 en p.143.

²⁶⁶ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 2.

“corrompo –rupi –rumtum”; a alteración o seducción, derivado de “corruptio-onis”. (este término es una amalgama del vocablo latino “rumpere” –que se traduce como “hacer pedazos” o “destrozar”– con una serie de prefijos y sufijos²⁶⁷); e incluso a “decadencia moral, comportamiento malvado, putrefacción o podredumbre”²⁶⁸, derivado de “corruptela-ae”²⁶⁹.

No obstante, mientras su origen etimológico es relativamente claro, su uso a lo largo de la historia no lo ha sido tanto²⁷⁰. El origen del término hace referencia a una malformación, cambio o situación que afecta negativamente al comportamiento de una persona (decadencia moral, comportamiento malvado) o un objeto (romper, hacer pedazos, destrozar, o pudrir podrían ser, en este sentido, considerados sinónimos de corrupción). Sin embargo, estas acepciones se alejan del significado de corrupción de carácter político o económico que es utilizado hoy en día.

Los primeros delitos que hoy denominaríamos de corrupción no fueron identificados con este vocablo. Así, en el imperio romano, una de las primeras sociedades en las que hay constancia de que se penalizaban las acciones corruptas (y de cuyo lenguaje proviene el término que estamos estudiando), éstas no fueron relacionadas en ningún momento con el término latino “corruptio-onis”, siendo su calificación inicial la de “crimen repetundarum”, el cual se asimila a los delitos que hoy conocemos como soborno, extorsión, cohecho, tráfico de influencias, concusión y el resto de delitos económicos relacionados con los cargos públicos²⁷¹. De esta forma, las leyes anticorrupción romanas, desde la *Lex Calpurnia Repetundarum* (149 a.C.) hasta la *Lex Iulia Repetundis* (59 a.C.), se refieren inequívocamente al mencionado crimen

²⁶⁷<http://definicion.de/corrupcion/> [consulta 14-04-2016]

²⁶⁸ CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS Y DERECHOS / INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY. *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo*. Versoix, Suiza / Monterrey, México: International Council on Human Rights Policy. 2009. p. 19. [consulta 11-04-2016] Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf

²⁶⁹ BAÑÓN GOMIS, A.J. “Análisis bidimensional de la corrupción como antesala de la lucha anticorrupción”. En: BAÑÓN I MARTÍNEZ, R. y TAMBOLEO GARCÍA, (Dir.) *Ideas para la Gobernanza*. Madrid: Fragua, 2015, pp. 721-736 en p. 723.

²⁷⁰ MALEM SEÑA. J.F. “El fenómeno de la corrupción”. En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 71-90 en p. 73.

²⁷¹ SÁNCHEZ FRANCO, A. *El delito de...* op. cit. en pp. 5-6; VIANA, I. “Así se combatía la corrupción en la antigua Roma” [online]. En Diario ABC. 7 de diciembre de 2014. [consulta 14-04-2016]. Disponible en: <http://www.abc.es/archivo/20141207/abci-corrupcion-antigua-roma-201412052006.html>

repetundarum, no apareciendo en esta época el término corruptio-onis ligado a las situaciones que hoy denominamos como corrupción²⁷².

Cabe destacar no obstante que en sus orígenes la palabra “repetundae” (concusión) sólo hacía alusión a las sumas de dinero percibidas por los magistrados y jueces, por lo que podemos afirmar que, al igual que lo que ha ocurrido en nuestra sociedad actual con la palabra corrupción, en el Imperio Romano el término “repetundae” sufrió una transformación o evolución en su significado que acabó derivando en el término que hacía referencia a todos los actos irregulares en el servicio público que hoy conocemos como corrupción²⁷³.

Del mismo modo, como hemos visto, en la Baja Edad Media, el Renacimiento y los Estados Absolutistas, el fenómeno se identifica con el término tiranía, y no con el de corrupción²⁷⁴, que era utilizado principalmente en materia moral y religiosa. Así, no es hasta la llegada del siglo XIX, con la formación del Estado moderno y la revolución industrial, cuando el concepto adquiere una importante significación política y económica, sin duda fundada sobre la podredumbre moral e institucional provocada por estos actos en un modelo de Estado y de Administración que pretendía superar los despotismos del antiguo régimen. Y sin embargo, no será hasta la segunda mitad del siglo XX cuando la noción de corrupción comience a despertar un interés científico entre la doctrina, para a partir de los últimos años del siglo pasar a formar parte esencial de los discursos en política internacional²⁷⁵, ya que en los años noventa, numerosas organizaciones internacionales toman importantes medidas en la lucha contra la corrupción, que cristalizan en la aprobación de los siguientes textos, entre otros: la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, el *Convenio de lucha contra la Corrupción* de la OCDE, el Convenio Penal y el Convenio Civil sobre la Corrupción

²⁷² SANZ PALOMERA, G. “Poder y corrupción en las provincias del Alto Imperio”. En: BRAVO, G. y GONZÁLEZ SALINERO, R. (eds.) *La corrupción en el mundo romano*. Madrid: Signifer Libros, 2008, pp. 149-164 en p. 152; ROSSILLO LÓPEZ, C. “¿Cómo definir el concepto de corrupción en la Roma Republicana?”. En: MURILLO VILLAR, A. et al. *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Dykinson, 2016, pp. 899-908.

²⁷³ *Ibidem* en p. 152.

²⁷⁴ Véase p. 30 y ss.

²⁷⁵ DE CASTRO PANOEIRO, C. “Corrupción, transparencia gubernamental y derecho de acceso a la información: un análisis comparativo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información brasileña.”. Trabajo de Fin de Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Curso 2013-2014. Salamanca: Universidad de Salamanca, Posgrado “Estado de Derecho y Buen Gobierno”, pp.15-19 [consulta el 1-05-2016]. Disponible en: <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/123466>

del Consejo de Europa, la creación en Europa del GRECO, y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (CNUCC). Una tendencia que se reflejó también en las legislaciones nacionales: Código de Comportamiento de los Empleados de las Administraciones Públicas de Italia (1993), ley para combatir la corrupción en Alemania (1997), o la creación de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la Corrupción en España (1995).

El término corrupción ha ido, por tanto, modificando y expandiendo su ámbito de injerencia hasta adquirir un significado amplio y complejo, que unido a la falta de control o de estudio sobre estos nuevos campos semánticos hacia los que se ha extendido su alcance, hace especialmente ardua la tarea de su definición.

En la actualidad, la Real Academia Española (RAE), recoge como cuarta acepción del término²⁷⁶, *en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*. La primera idea que extraemos de esta definición es que, si bien señala expresamente que la corrupción suele darse en entes públicos, no asevera que no pueda existir en el sector privado, mientras que la segunda parte de la acepción establece que debe darse una *utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores*. Esto es, que para que haya corrupción debe haber en primer lugar un poder concedido a la persona o personas en cuestión, que posteriormente éstas utilizarán en su propio beneficio personal. En tercer lugar, la definición de la RAE establece que el beneficio obtenido debe ser a favor de los propios gestores del órgano.

²⁷⁶ El resto de acepciones de la RAE para el término corrupción son las siguientes:

Del lat. corruptio, -ōnis.

1. f. Acción y efecto de corromper o corromperse.

2. f. Alteración o vicio en un libro o escrito.

3. f. Vicio o abuso introducido en las cosas no materiales. *Corrupción de costumbres, de voces.* [...]

5. f. desus. diarrea.

Corrupción de menores

1. f. Delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad.

Fuente: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la lengua española: edición del tricentenario”. Definición de corrupción. [edición online]. Consultado el 3 de abril de 2016. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=B0dY413>

Desde un punto de vista más técnico, algunas enciclopedias jurídicas contienen definiciones más o menos específicas del término, si bien cabe destacar que dado que la corrupción no tiene ni en España ni en Europa un acepción reglamentaria definida, no se recoge como tal en los principales diccionarios jurídicos²⁷⁷. Así, en numerosos compendios sobre los fundamentos jurídicos el término corrupción se nos presenta fundado en innegables bases morales, con evidentes tintes de depravación o perversión del ser humano, y usualmente con claras connotaciones sexuales²⁷⁸.

Algunas enciclopedias jurídicas, sin embargo, incluyen otro término que, siendo diferente del propuesto en el presente trabajo, tiene un significado más cercano que el anterior, e incluso es comúnmente utilizado como sinónimo de corrupción. Se trata del término “*corruptela*”, que contienen diccionarios como el de GARCÍA GIL, quien la define en su *Diccionario General del Derecho* como la *mala costumbre o abuso, especialmente como los introducidos contra la ley*²⁷⁹, o la *Enciclopedia Jurídica Española* de 1910, que ya incluía la voz *corruptela*, definiendo la misma de manera muy similar como *mala costumbre o abuso introducido contra la ley o el derecho*²⁸⁰. Estas definiciones suponen una considerable ampliación del ámbito de actuación del término, pues se elimina el requisito clásico –que por otro lado, como veremos, se encuentra aceptado por la mayor parte de los especialistas en la materia– del beneficio privado en los actos de corrupción; y lo que es más, no establece como necesario para apreciar una situación de *corruptela* que se haya infringida una ley.

Bajo el paraguas de esta definición, que tiene marcados tintes morales, prácticamente cualquier caso de ilegalidad podría ser considerado como un acto de corrupción, ya que ese es precisamente el requisito que la misma establece para ello: una simple mala

²⁷⁷ Cuando se alude a la corrupción, la gran mayoría de diccionarios y enciclopedias recogen «corrupción de menores», esto es, abusos o agresiones sexuales, estupro, raptó, favorecimiento y explotación, prostitución. LÓPEZ GARCÍA, E.M. “La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción: fundamento, antecedentes y formación”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-308, tomo 5, Editorial La Ley, p.10; ARNALDO ALCUBILLA, E (Coord.). *Enciclopedia Jurídica*. Madrid: La Ley, 2009. p. 3413 ; GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.) *Diccionario de Ciencias Penales*. Madrid: Edisofer, 2000, p. 134.

²⁷⁸ MOUTÓN Y OCAMPO, L., ALIER Y CASSI, L.M., OLIVER RODRÍGUEZ, E. y TORRES BALLESTÉ, J. *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Francisco Seix, 1910, p. 710.

²⁷⁹ GARCÍA GIL, F.J. *Diccionario General del Derecho*. Edit. Dilex S.L. Madrid, 1999, p.131.

La misma definición se encuentra recogida en otros diccionarios jurídicos, como por ejemplo: DEL ARCO TORRES, M.A (Dir.). *Diccionario Básico Jurídico*. Granada: Comares, 5ª edición, 1996, p. 140; VILLA-REAL MOLINA, R. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada: Comares, 1999, p. 115.

²⁸⁰ MOUTÓN Y OCAMPO, L. et al. *Enciclopedia Jurídica Española op. cit.* en p. 713.

praxis. Esta concepción tan básica y a su vez tan extensa del término podría acarrear numerosos problemas interpretativos a la hora de su aplicación práctica, y especialmente en su implementación en la contratación pública, y es por ello que, como veremos, la mayor parte de la doctrina, así como las definiciones recogidas en las leyes o elaboradas por los organismos internacionales, se alejan considerablemente de esta concepción, imponiendo límites conceptuales generalmente más claros a este fenómeno.

Por último, y aunque como se ha apuntado, no son numerosos, existen diccionarios y enciclopedias jurídicos que sí que recogen de forma estricta el término corrupción. Es el caso del *Dictionary of American Criminal Justice*, que la define como *comportamiento de los empleados públicos, quienes aceptan dinero u otro tipo de soborno para hacer algo que están en obligación de hacer, o para ejercer una discrecionalidad legítima por razones indebidas*. Esta definición, aunque como veremos, no presenta demasiadas semejanzas con las utilizadas por la doctrina y las instituciones, sí que se aproxima a algunas concepciones económicas de la corrupción que estudiaremos más adelante²⁸¹, ya que basa el concepto de corrupción en la existencia de un soborno o compensación económica de cualquier tipo²⁸², con lo que limita considerablemente el alcance del término.

Otro ejemplo que podemos señalar es el que recoge el *Breve Diccionario de la Política*, que define corrupción como *el vicio o abuso que se produce en diversos tipos de relaciones y, muy concretamente, en ámbitos políticos y financieros, por lo general, favoreciendo ilícitamente a alguien, con la infracción de la ley*²⁸³. Se trata de una concepción de la corrupción en principio muy amplia, que no parece excluir la corrupción privada –pues establece que se da en cualquier ámbito financiero–, pero que a su vez limita en su alcance en tanto en cuanto señala como requisito del acto corrupto la infracción de una ley.

²⁸¹ Véase p. 146 y ss.

²⁸² Traducción personal. La definición original reza: “Behaviour of public officials who accept money or other bribe for doing something they are under duty to do anyway, to exercise a legitimate discretion of improper reasons”. CHAMPION, J. *Dictionary of American Criminal Justice: Key Terms and Major Supreme Court Cases*. Chicago, Londres: Fitzroy Dearborn Publishers, 1998, p. 31.

²⁸³ RAMÍREZ AGUILERA, R. y RAMÍREZ VICTORIANO, R. *Breve Diccionario de la Política*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1997, pp. 59-60

Por su parte, la *Enciclopedia del Diritto* defiende una concepción meramente pública de la corrupción al señalar que la característica definitoria de la corrupción es un acuerdo mediante el cual un funcionario acepta de una parte privada, para realizar un acto dentro de sus funciones o contrario a ellas, una compensación o beneficio ilegítimo²⁸⁴.

Como podemos apreciar, entre los escasos ejemplos que encontramos de diccionarios y enciclopedias jurídicas que abordan la definición del término corrupción existen notables diferencias en la concepción del mismo, sirviendo esto como ejemplo de la conflictividad que presenta el concepto en su ámbito jurídico. Se trata de una situación que, como veremos, se reproduce una y otra vez en los diferentes sectores y niveles del mundo jurídico, si bien es cierto que la relativa escasez de diccionarios y enciclopedias contrasta con la multiplicidad de definiciones que encontramos en otros ámbitos como el doctrinal o el institucional internacional.

1.2. Las diferentes nociones de corrupción y sus características

1.2.1. La definición de corrupción en la Convención de las Naciones Unidas

Al hablar de corrupción según las normas y las instituciones, es inevitable dirigir la mirada en primer lugar hacia la norma con mayor aceptación internacional en materia anticorrupción, esto es, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). Aunque como ya se ha expresado anteriormente, la CNUCC carece de una definición concreta de corrupción, consideramos relevante mencionar la tipificación que la citada norma internacional hace de determinadas conductas. En concreto, podemos enumerar los siguientes delitos calificados como actos corruptos a la luz del texto de la Convención²⁸⁵:

- Referidos al sector público: recepción de sobornos por parte de funcionarios nacionales (art. 15.b), extranjeros o de organismos internacionales (art. 16.2); malversación, peculado o apropiación indebida de bienes (art. 17); tráfico de

²⁸⁴Traducción personal de CALASSO, F. (dir.) *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Guiffre, 1952, p. 753.

²⁸⁵ LOPEZ, J. "Normas y políticas..." *op. cit.* en p. 20.

influencias (art. 18); abuso de funciones (art.19); enriquecimiento ilícito (art. 20); lavado de activos (art. 23), y obstrucción de la justicia (art.25).

- Referidas al sector privado: entrega de sobornos a funcionarios públicos (arts. 15.a) y 16.1); entrega de sobornos a ejecutivos de empresas privadas para alterar la cadena de producción u obtener otras ventajas en el mercado (art. 21); malversación en el sector privado (art. 22); lavado de activos provenientes de delitos (art. 23), y encubrimiento (art. 24).

Aun no existiendo una declaración expresa, podemos aventurar algunos aspectos del concepto de corrupción que utiliza la Convención. Así, debemos destacar que parece aceptar la corrupción tanto en el sector privado como en el sector público. En otras palabras, no exige que se dé la anteposición de un interés privado a un interés público, sino que simplemente requiere que se haga un mal uso del poder encomendado. Así se desprende de su articulado, pues si bien los delitos de sus artículos 15, 16 y 21, aun siendo previstos para el sector privado, precisan necesariamente de la intervención de un oficial público, y por tanto de un interés público que se vea perjudicado en favor de un interés privado, el resto de delitos señalados como corrupción del sector privado – malversación en el sector privado (art. 22); lavado de activos provenientes de delitos (art. 23), y encubrimiento (art. 24)– no exigen este requisito del interés público. Por tanto, podemos afirmar de este modo que la concepción de corrupción de la CNUCC precisa únicamente de que se haga un mal uso del poder encomendado, sin que se requiera que ese mal uso consista necesariamente en una permuta interés público-interés privado.

En este mismo sentido se pronuncian otras agencias pertenecientes a las Naciones Unidas, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que ofrece una definición concreta de corrupción que la define como: *el mal uso, para beneficio privado, de un poder conferido*²⁸⁶. La definición, aunque no acepta

²⁸⁶ El texto original, en inglés, define corrupción como “misuse of entrusted power for private gain”. ONU. *Staying on track: Tackling corruption risks in climate change*. United Nations Development Programme. Noviembre 2010. p. 8. [consulta 28-01-2016] Disponible en: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/staying-on-track--tackling-corruption-risks-in-climate-change/Staying_on_Track_corruption_risk_in_CC.pdf

expresamente la corrupción en el sector privado, parece hacerlo implícitamente al hablar de poder conferido sin mayor especificación.

En segundo lugar, el mal uso del poder encomendado debe serlo con el objetivo de *obtener beneficios privados*. No se especifica que sean económicos o de cualquier otra índole, ni tampoco si deben ser de la persona que ostenta el poder encomendado o de un tercero, por lo que debe entenderse que los beneficios privados pueden ser de cualquier persona, ya sea del propio ejerciente del poder encomendado o de cualquier otro tercero, tenga o no vinculación con aquel.

Otro aspecto a señalar es que la definición de PNUD no limita la corrupción estrictamente a aquellos casos tipificados como casos de corrupción. Lo que es más, el concepto de PNUD, que como veremos coincide en este aspecto con el resto de definiciones de organismos internacionales, no limita los casos de corrupción a aquellos compuestos por actos ilegales, sino que abre la puerta a que pueda darse un caso de corrupción en el que no se haya cometido un acto ilegal. De aquí podría argumentarse que, aunque la CNUCC tipifica claramente unos determinados actos que suponen un delito de corrupción y no establece una definición concreta sobre el término, la ONU no realizó dicha tipificación a modo *denumerus clausus* que implicasen que todo lo que no se encontrase recogido en la CNUCC no constituyera corrupción, sino que se tipificaron determinadas conductas especialmente graves o evidentes dentro de la corrupción, siendo realmente el concepto utilizado uno mucho más amplio que se correspondería con el de PNUD.

1.2.2. El concepto de UNODC como muestra de la falta de consenso

Otra agencia de las Naciones Unidas, la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC), difiere en en cuanto a la mencionada definición de corrupción utilizada por PNUD. Así, en *el Global Programme Against Corruption: United Nations Manual o Anti-Corruption Policy (Draft) (2001)* UNODC, aunque matiza que en la mayor parte de los casos la corrupción conlleva una confusión entre la esfera pública y la privada, o un intercambio ilícito entre las dos esferas, afirma que existe un amplio consenso, y que todos podemos coincidir, en que la *corrupción es el*

*abuso de poder (público) para beneficio privado que lesiona el interés público*²⁸⁷, y en el posterior *Global Programme Against Corruption: Anti-Corruption Tool Kit (2002)* vuelve a hacerse hincapié sobre la definición anterior, si bien se elimina la parte final de la misma hasta quedar la corrupción definida como *el abuso de poder (público) para beneficio privado*²⁸⁸, eliminando el requisito de lesionar el interés público, de forma que cualquier acto de un trabajador público en el que se abuse del poder para beneficio privado debe ser considerado corrupción, incluso si no se lesionan los intereses públicos o de la Administración Pública.

Comparando ambas definiciones anteriores con la definición de PNUD, las diferencias son aún más contundentes y sustanciales. La principal diferencia consiste, como se puede adivinar, en que mientras la definición de PNUD acepta la posibilidad de que exista corrupción en el sector privado, la de UNODC se encarga de precisar que la irregularidad descrita debe provenir de un poder público, y que por tanto únicamente los trabajadores de los entes públicos podrán incurrir en actos corruptos.

No obstante lo anterior, en los últimos tiempos podemos estar presenciando un cambio en el criterio interpretativo por parte de la UNODC en lo que al concepto de corrupción se refiere. Así parece extraerse de lo que establece en su *Programa Temático en la Acción contra la Corrupción, Fraude Económico y Delitos relacionados con la Identidad*, en el que se afirma que la corrupción es un mal que afecta a un elevado número de actividades, tanto del sector público como del privado²⁸⁹. Éste posible cambio en la interpretación de la corrupción por parte de UNODC no puede ser considerado como algo trivial, debido primeramente a las consecuencias de aplicación que esta transformación llevaría consigo al ampliar su esfera al ámbito privado, y en segundo lugar al hecho de que, como se mencionará posteriormente, la definición de la UNODC parece haber sido la apadrinada por la UE para la interpretación de la

²⁸⁷ UNODC. *Global Programme Against Corruption: United Nations Manual on Anti-Corruption Policy (Draft)*. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC). Viena, Junio de 2001, p. 7. [Consulta 3-02-2016]. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>

²⁸⁸ UNODC. *Global Programme Against Corruption: Anti-Corruption Tool Kit*. Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC). CICP-15, Volumen 1. Noviembre 2002. p. 229. [consulta 4-02-2016] Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/toolkit/fltof7.pdf>

²⁸⁹ UNODC. *Action against corruption... op. cit.* en pp. 5, 14, 19 y 31; véase a su vez UNODC. *Corporate Integrity: Incentives for corporate integrity in accordance with the United Nations Convention against Corruption*. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Nueva Delhi. 2013. [consulta el 14-04-2016] Disponible en: http://www.unodc.org/documents/southasia/publications/research-studies/CI_Report.pdf

legislación comunitaria, y en consecuencia un cambio interpretativo o de dirección por parte de la agencia de la ONU podría acarrear la modificación también del concepto manejado por la UE.

1.2.3. Los conceptos utilizados por Transparencia Internacional

Transparencia Internacional (TI), por su parte, es otro claro ejemplo de la falta de consenso sobre el concepto de corrupción. La organización líder en la lucha contra la corrupción mundial utiliza dos definiciones de corrupción en sus documentos, sin que inicialmente se aprecie ninguna razón para el uso de una u otra²⁹⁰. En este sentido, debemos destacar que el cambio conceptual en TI se produce en el año 2000, cuando el organismo modifica su definición de corrupción para dar cabida a aquellos casos en los que la corrupción se produce exclusivamente en el sector privado, utilizando desde entonces dos definiciones diferenciadas²⁹¹.

Así, para gran parte de sus documentos establece una definición de corrupción que se asemeja notablemente a la otorgada por PNUD, que puede dar lugar a diferentes interpretaciones. En ellos, TI define corrupción como *el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados*²⁹², lo que significaría que cualquier persona que tenga un poder otorgado—tanto público como privado— puede incurrir en corrupción si hace un mal uso de él.

Pero, no obstante, algunos miembros del organismo internacional aceptan también la existencia de una corrupción política, que parece actuar como un subgrupo dentro de un concepto más amplio de corrupción. De esta forma HODESS, miembro de TI USA, define la corrupción política como *el abuso por parte de los líderes políticos de la autoridad que se les ha confiado*²⁹³. Esta definición, que como decimos circunscribe el término a la esfera pública, implica sin embargo, al calificarla de “política”, la existencia de otro tipo de corrupción de carácter privado. Además, debemos destacar

²⁹⁰ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p.1; BOERSMA, M. *Corruption: a violation... op. cit.* en p. 27.

²⁹¹ *Ibidem* en pp. 14-15.

²⁹² KUHN, S. y SHERMAN, L.B. *Curbing corruption in public procurement: a practical guide.* Transparency International, 2014, p. 6.

²⁹³ HODESS, R. “¿Dónde fue el dinero? Los criterios de TI sobre financiamiento político y discrecionalidad”. En: HODESS, R. *et al.* (eds.), *Informe Global de la Corrupción 2004*, Barcelona: Icaria, 2004. p. 13.

que esta definición siembra la duda de si la corrupción política es una irregularidad que únicamente puede ser cometida por los políticos, que es lo que parece extraerse de su tenor literal, o si por el contrario puede llevarse a cabo también por los funcionarios o cualquier empleado público.

Pero lo que es más, la propia TI en su informe anual sobre la percepción de la corrupción la define como el *abuso de un oficio público para interés privado*²⁹⁴, que implica una reducción de la corrupción al ámbito público, produciéndose por tanto, como decíamos, una utilización de una u otra definición de manera simultánea en el tiempo en función de las conveniencias del proyecto o documento que se desee elaborar.

1.2.4. Las definiciones de USAID, el FMI, INTERPOL y el Banco Mundial

La Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID por sus siglas en inglés), por su parte, define corrupción, siguiendo la línea conceptual de PNUD, como *el abuso de una autoridad conferida para beneficio privado*²⁹⁵. El cambio con respecto a la definición de PNUD de los términos *mal uso por abuso, y poder conferido por autoridad conferida*, suponen modificaciones meramente semánticas que no revierten cambios significativos en la aplicación práctica del concepto²⁹⁶.

En cuanto a la finalidad de la definición, la propia USAID afirma que su definición está diseñada con el fin de reconocer que, si bien la corrupción tiene impactos especialmente duros en el sector público, este tipo de prácticas no pueden ser totalmente aisladas de los casos de corrupción en partidos políticos, en el sector privado, asociaciones, las ONG, y en la sociedad en general. Es decir, que este concepto de corrupción, que como

²⁹⁴En sus sucesivos Corruption Perception Index, TI define corrupción como “the abuse of public office for private gain”. A modo de ejemplo, véase el comunicado de prensa: “CPI 2008: Sri Lanka is 92nd in the Corruption Index” [consulta el 25 de noviembre de 2016] Disponible en: http://www.transparency.org/news/pressrelease/20080922_cpi_2008_sri_lanka_is_92nd_in_the_corruption_index

²⁹⁵USAID *Anticorruption Strategy*. United State Agency for International Development. Washington DC. 2005 p. 8 [consulta el 7-02-2016]. Disponible en: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200mbo.pdf>

²⁹⁶Según la RAE, el término abuso [de autoridad] quiere decir que se comete un exceso en el ejercicio de sus funciones, es decir, que utiliza su poder para actos sobre los que no tiene potestad o que no debe realizar. En otras palabras, abuso, en este caso, no es sino un sinónimo de un “mal uso del poder”. Idéntica casuística encontramos en el cambio del término poder por autoridad, pues, siempre según la RAE, autoridad significa “poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho”.

se ha visto es el más aceptado y extendido dentro de la órbita internacional, busca específicamente dar cabida a otros tipos de corrupción privada, que de otro modo quedarían excluidos de ese tipo de irregularidades, algo que se repite en las definiciones otorgadas por una buena parte de las organizaciones internacionales.

Por su parte, la norma anticorrupción por excelencia existente en EEUU, el FCPA (aprobado en 1977), no recoge ninguna definición expresa del término, pero en el caso *United States vs. Liebo*²⁹⁷, la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito sí que otorgó una interpretación, bajo la redacción del FCPA, de lo que debe ser considerado un acto corrupto: *la oferta, promesa de pagar, pago o autorización de pago que está dirigida a inducir al receptor hacia un mal uso de su posición oficial o influenciar a un tercero para que lo haga, y que ese acto es corrupto si se hace de manera voluntaria e intencionada, con la actitud dolosa de alcanzar un fin ilegal o un resultado ilegal, o un resultado o fin legal pero a través de métodos o medios ilegales.*²⁹⁸ De esta definición parecen extraerse algunas características principales: (1) la corrupción debe estar vinculada de una u otra forma a un beneficio económico; (2) al hablar de puesto oficial, parece circunscribir la corrupción a la esfera pública; (3) debe existir intencionalidad; y (4) por último, debe existir ilegalidad en el acto corrupto, bien en el resultado o en los medios. Estas cuatro premisas hacen que la noción de corrupción interpretada del FCPA sea considerablemente limitada si la comparamos con el resto de definiciones de ámbito oficial, que tienden, generalmente, hacia un concepto expansivo de corrupción con el fin de abarcar el mayor número de actos irregulares bajo su regulación.

Así, el Fondo Monetario Internacional (FMI) parece acercarse más a la definición otorgada por USAID, y define corrupción de manera casi idéntica, como *el abuso de la autoridad o de la confianza para el beneficio privado*²⁹⁹. No obstante, la posibilidad de que un acto corrupto provenga del abuso de una relación de confianza, sin exigir que en esa relación se esté haciendo uso de poder alguno, podría extender el término

²⁹⁷ 923 F.2d 1308, 1312 (8th Cir. 1991)

²⁹⁸ *Ibidem*. El texto original reza: *the offer, promise to pay, payment or authorization of payment, must be intended to induce the recipient to misuse his official position or to influence someone else to do so,* and that *“an act is ‘corruptly’ done if done voluntarily [a]nd intentionally, and with a bad purpose of accomplishing either an unlawful end or result, or a lawful end or result by some unlawful method or means.*

²⁹⁹ WOLF, T. y GÜRGEN, E. “Mejora de la gestión pública y lucha contra la corrupción en los países bálticos y de la CEI: La función del FMI”. *Temas de Economía*, n.º 21, 2000 [consulta el 1-05-2016]. Disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues21/esl/issue21s.pdf>

corrupción a otras muchas relaciones sociales en las que no se hace abuso de ninguna situación de dominio sino de simple confianza.

Por su parte, INTERPOL también apoya este tipo de definición de corrupción ampliada al ámbito privado, y define corrupción como *cualquier acción u omisión contraria a la ley o a la confianza y cuya finalidad sea el lucro, cometida por una persona u organización, ya sea pública o privada*³⁰⁰. Aquí, además de la aceptación de la existencia de la corrupción privada de forma expresa, se pueden resaltar como características principales la mención expresa a la posibilidad de corrupción cometida por organizaciones o personas jurídicas y la no necesidad de ilegalidad para el acto corrupto, bastando con una ruptura de confianza.

Por otro lado, quizá una de las definiciones de la esfera internacional que más difiere de las del resto de organizaciones vistas hasta el momento sea la adoptada por el Banco Mundial –si bien es cierto que otras instituciones también utilizan una definición similar³⁰¹, el Banco Mundial parece ser la única de ellas que lo hace sin ambigüedades. Para éste, la corrupción puede ser definida como *el abuso de un cargo público para beneficio personal*³⁰², una definición muy similar a algunas de las utilizadas por UNODC y TI, que ha sido tomada prestada de una amplia corriente de investigadores, que utilizan ésta o similares definiciones para fijar una idea de corrupción, y entre los que se encuentran, como veremos, algunos de los más influyentes juristas y politólogos de los últimos tiempos como Daniel KAUFMANN o Susan ROSE-ACKERMAN³⁰³.

Como podemos deducir fácilmente, la definición presenta algunas importantes similitudes con respecto a las anteriormente estudiadas, como son: el requerimiento de

³⁰⁰ Sitio web de INTERPOL. [Consultado el 25 de noviembre de 2016]. Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Crime-areas/Corruption/Corruption>

³⁰¹ Es el caso de ciertas definiciones de UNODC y TI, pero como hemos señalado, no existe unanimidad dentro de estos organismos acerca del concepto de corrupción correcto.

³⁰² WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. The World Bank Group. [consulta el 15-04-2016] Disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm#note1>

³⁰³ En este sentido, véase: DE CASTRO PANOEIRO, C. “Corrupción, transparencia gubernamental...” *op. cit.* en p. 17; y ROSE-ACKERMAN, S. “Corruption and the Global Economy”. En: *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*. United Nations Development Programme. Part 1.2. 1998. [consulta el 03-04-2016]. Disponible en: http://www.piie.com/publications/chapters_preview/12/2iie2334.pdf; KAUFMANN, D. “Corruption: the facts”. *Foreign Policy* n.º 107, 1997, pp. 114-131. [consulta el 12-02-2016] Disponible en: http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf

un beneficio privado o personal, y la no exigencia de ilegalidad para que aparezca el acto corrupto, siendo suficiente con la apreciación de un beneficio personal. Además, se incluye la utilización del término “cargo público”. Y es que la exigencia de que para que exista corrupción debe haber un “abuso de un cargo público”, implica acotar el campo de desempeño de la corrupción al sector público. Se trata de un pequeño cambio que, como hemos mencionado, conlleva notables consecuencias en la práctica, ya que para apreciar un caso de corrupción debería haber, como mínimo, un trabajador público implicado que abusase de su cargo y su poder en beneficio personal, ya sea propio o de una tercera persona.

1.2.5. El concepto en la Unión Europea

En lo que se refiere a la legislación de contratación pública, ni las Directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25, ni sus predecesoras, contienen ninguna definición de lo que se entiende por corrupción, a pesar de ser su erradicación uno de los principales objetivos de esta cuarta generación de directivas. Sin embargo, sí que pueden encontrarse diferentes definiciones utilizadas por la UE y sus diferentes organismos a lo largo de las últimas dos décadas en las que la integridad ha formado parte de las políticas europeas comunitarias.

La primera definición utilizada en una norma de la UE la encontramos en el *Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (1997)*³⁰⁴. En este Convenio, destinado a los funcionarios públicos, se define corrupción en sus dos vertientes, activa y pasiva, de la siguiente manera³⁰⁵:

- *Corrupción pasiva: el hecho intencionado, por parte de un funcionario, directamente o a través de terceros, de solicitar o recibir ventajas de que*

³⁰⁴ [Diario Oficial C 195 de 25.6.1997]

³⁰⁵ Esta definición ha seguido siendo utilizada por los legisladores europeos, como pone de manifiesto en la Directiva 2017/1371 de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, que en su artículo 4.2 incluye la misma definición de corrupción pasiva y activa recogida en el texto legal citado.

cualquier tipo, para sí o para un tercero, o aceptar la promesa de recibirlas, por efectuar o no efectuar, contraviniendo con ello a sus obligaciones oficiales, un acto de sus funciones o un acto en el ejercicio de sus funciones.

- *Corrupción activa: el hecho intencionado, por parte de cualquier persona, de prometer o dar, directamente o a través de terceros, una ventaja de cualquier tipo a un funcionario, para él mismo o para un tercero, para que efectúe o se abstenga de efectuar, contraviniendo con ello a sus obligaciones oficiales, un acto de sus funciones o un acto en el ejercicio de sus funciones.*

Esta definición, centrada en el sector público, establece unas bases para la existencia de corrupción, pero aparentemente no se trató de una definición exhaustiva, ya que transcurridos algunos años, el Consejo de la Unión Europea adoptó la *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*, en la que se aceptaba expresamente la existencia de un tipo de corrupción que se desarrollaba de manera exclusiva en el sector privado, al definirla como:

a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones;

b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.

Estas definiciones, que unidas suponen la aceptación de la existencia de corrupción en el sector público y en el privado en una gran variedad de situaciones, parecen ser las que utiliza como base el legislador europeo en la redacción de las directivas de contratos de 2014. Al menos, así parece desprenderse del artículo 57.1.b) de la Directiva

2014/24/UE, en el que, al referirse a la corrupción como causa de exclusión imperativa, remite para la definición del término a las dos normas legales que venimos de citar. No obstante, cabe destacar que la conjunción de ambas definiciones tampoco tiene carácter exhaustivo para el legislador europeo, y probablemente con el ánimo de no condicionar las legislaciones y políticas nacionales, el artículo 57.1.b) de la Directiva 2014/24/UE establece como cláusula de cierre que también podrán entenderse por corrupción todas aquellas conductas definidas como tal en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico. Esto, que como decimos tiene la finalidad de no entorpecer o vaciar de contenido las normas nacionales anticorrupción, puede producir, sin embargo, cierta inseguridad jurídica en cuanto a la aplicación práctica de las causas de exclusión por motivos de corrupción a las que se refiere.

También encontramos en este ámbito pronunciamientos llevados a cabo por la UE a través del “soft law”, donde la Unión se ha posicionado en diversos documentos oficiales, definiendo corrupción de una u otra manera.

Así, ya en 1996 el Parlamento Europeo la definió como *el comportamiento de personas con responsabilidades públicas o privadas que no cumplen sus deberes debido a una recompensa financiera o de otro tipo ofrecida directa o indirectamente a cambio de actos u omisiones en el ejercicio de sus obligaciones*³⁰⁶. Esta definición, que acepta la existencia de una corrupción privada, marca la línea que se sigue en otros documentos posteriores. Así, por ejemplo con el *Informe anticorrupción de la Comisión Europea al Consejo y el Parlamento Europeo (2014)*, en el que se define corrupción en un sentido amplio como *el abuso de poder para beneficio privado*³⁰⁷, o en *Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción*³⁰⁸, que supuso, según algunos autores, un punto de inflexión en la concepción del fenómeno y en la lucha contra la corrupción en la UE³⁰⁹. Esta idea parece también

³⁰⁶ EUROPEAN PARLIAMENT. *Resolution on combating corruption in Europe*. Official Journal C 017, 22/01/1996 P. 0443

³⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Report from the Commission to the Council and the European Parliament: EU Anti-Corruption Report*. COM (2014) 38 final. Comisión Europea. Bruselas, 3 de febrero de 2014. p. 2. [consulta 10-02-2016]. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf

³⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción*. Comisión Europea. Bruselas, 2003. [consulta el 14-04-2016]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l33301&from=EN>

³⁰⁹ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. “Actuaciones normativas de...” *op. cit.* en pp. 78-79.

extraerse de la página web de la Comisión Europea, en su Dirección General de Migración y Asuntos Internos, que afirma que puede existir corrupción política llevada a cabo por grupos criminales o entre personas privadas³¹⁰, y en otros estudios como en *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*³¹¹.

Pero, sin embargo, más recientemente se ha observado cómo la UE ha utilizado, al igual que hace TI, dos definiciones diferentes de manera paralela. Así sucede en algunos documentos como *La lucha contra la corrupción en la UE, Bruselas, 6 de junio de 2011, COM (2011) 308* que adopta como válida la anteriormente mencionada definición elaborada por la UNODC³¹², que se circunscribía al ámbito público: *el abuso de poder (público) para beneficio privado*. Igualmente, en el informe *Fondos Estructurales y de Inversión Europeos: Orientaciones para los Estados miembros y las autoridades responsables de los programas; Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude*, la propia Comisión afirma que corrupción es *el abuso de poder de un puesto público para obtener beneficios de carácter privado*³¹³, estableciendo una concepción exclusivamente pública del fenómeno.

En definitiva, en el caso de la UE, lo realmente llamativo no son tanto las definiciones en sí mismas, sino la evidente falta de congruencia, tanto entre las instituciones europeas, como dentro de la propia Comisión, que parece no tener un criterio claro acerca del concepto de corrupción, adoptando uno u otro en función del documento a elaborar; algo que, por otro lado, como ya se ha mencionado, también ocurría en el seno de la propia ONU y en TI.

1.2.6. La corrupción según el Consejo de Europa

Otras organizaciones internacionales de ámbito regional sí que se han posicionado claramente en este sentido. Es el caso del Consejo de Europa, que recogió en el

³¹⁰ Página oficial de la Comisión Europea. [consulta 14-04-2016]. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/index_en.htm

³¹¹ WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* op. cit. en p. 55

³¹² En este sentido, véase a modo de ejemplos: COMISIÓN EUROPEA. *La lucha contra...* op. cit. en p. 3 (primera nota al pie).

³¹³ COMISIÓN EUROPEA. *Fondos Estructurales y de Inversión Europeos: Orientaciones para los Estados miembros y las autoridades responsables de los programas; Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude*. Bruselas: Comisión Europea, 2014, p. 9.

Convenio civil contra la corrupción una definición de corrupción³¹⁴, convirtiéndose así, hasta la fecha, en el único texto legal internacional con carácter vinculante que incluye de manera expresa una definición de corrupción. Esta definición, aunque presenta determinados puntos en común con algunas de las utilizadas por otros organismos – acepta la posibilidad de corrupción en el sector privado y la posibilidad de que el beneficio o ventaja sea indirecto, es decir, que no afecte al propio corrupto sino a familiares, etc.–, tiene también algunas características propias que lo convierten en una definición única dentro de la esfera internacional y regional. La principal novedad, que supone una novedad dentro de la política internacional e incluso con respecto de buena parte de la doctrina, es que la definición del Consejo de Europa no requiere, para apreciar corrupción, que el beneficio sea material, sino que el beneficio consecuencia de un acto corrupto puede consistir simplemente en una ventaja que, en condiciones normales, no habría obtenido; y lo que es más, la definición afirma que la mera posibilidad de obtener esa ventaja puede acarrear la calificación del acto como corrupto. Es decir, que incluso si la ventaja nunca se llega a materializar, el simple hecho de dar acceso a una posibilidad que en un marco legal y normal no hubiera tenido, puede suponer un acto corrupto aunque en la práctica no llega a existir ninguna ventaja real.

Este concepto del beneficio es, como decimos, especialmente singular incluso en la doctrina, donde únicamente las nociones de beneficio de MALEM SEÑA, pero especialmente la de J.G. PADIOLEAU³¹⁵, las cuales estudiaremos más adelante en el trabajo, pueden asimilarse a este concepto de beneficio potencial utilizado por el Consejo de Europa en su Convención Civil contra la corrupción.

1.2.7. La definición de corrupción en el Estado Español

En España, la primera definición oficial de corrupción³¹⁶, y una de las pocas definiciones de corrupción emanada en documentos oficiales elaborados por parte de organismos gubernamentales es la que contenía la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado del año 1995, año en el que se creó la Fiscalía Anticorrupción, en la que se definía el concepto de corrupción como sigue: *aquellas acciones u omisiones, dolosas o culposas, que pudiendo ser constitutivas de una o varias infracciones delictivas, se*

³¹⁴Véanse pp. 59 y ss.

³¹⁵Véanse pp. 143 y ss.

³¹⁶LÓPEZ GARCÍA, E.M. “La Fiscalía Especial...” *op. cit.* en p. 15.

realizan por autoridad o funcionario prevaleciendo de su cargo, ya sea con miras a un injusto enriquecimiento o a la obtención de cualquier otro fin, siempre que, por su trascendencia, incidan directa y gravemente en el buen orden y gobierno de la colectividad con grave desprestigio de sus instituciones³¹⁷. En ella parece establecerse una relación directa entre corrupción y el enriquecimiento derivado del abuso de la función pública, atribuyendo de manera clara un carácter público a la corrupción al entenderla, de manera general, como la utilización de potestades públicas para interés privado³¹⁸.

En un segundo orden de cosas, podemos destacar cómo la definición no exige que el acto corrupto tenga un carácter económico, sino que puede basarse en la obtención de cualquier beneficio. Y por último, debemos remarcar la referencia expresa que hace la definición a la necesidad de que el acto incida de manera negativa en el interés público de la Administración y del Estado, un punto a nuestro entender básico en la definición del concepto de corrupción y que, sin embargo, ha sido obviado por la mayor parte de las definiciones oficiales.

Sin embargo, es la propia FGE la que se contradice en su *Instrucción 1/1996, de 15 de enero, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción*, en la que exponía lo siguiente:

Es cada vez más dominante el criterio de que el fenómeno de la corrupción no se identifica necesariamente con la actuación ilícita de las autoridades y funcionarios públicos. Está hoy generalmente aceptado que la corrupción, eso sí, vinculada al beneficio económico ilícito, abarca tanto a la conducta de los que participan de la función pública como a los particulares cuando, por la gravedad y trascendencia económica social de sus actos, ponen en peligro o causan grave daño, más allá del eventual perjuicio a los particulares, a los intereses públicos, entendidos como

³¹⁷ La fuente original no ha podido ser consultada en la fuente primaria debido a que ésta no se encontraba disponible en el sitio web del Ministerio Fiscal. Por ello, la cita ha sido tomada de las siguientes obras: MARTÍNEZ MADERO, D. “Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación”. En: ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *La orden de detención y entrega europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 99-120 en p. 101; ARNEDO ORBAÑOS, M.A. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”. *Revista Española de Control Externo*, vol. 1, n.º 3, 1999, pp. 61-89 en p. 64.

³¹⁸ Así lo interpreta también ARNEDO ORBAÑOS, M.A. “El control de la...” *op. cit.* en p. 64.

estabilidad del sistema económico constitucional y salvaguarda de la credibilidad y respeto a las instituciones democráticas.

No le falta razón a la FGE al afirmar que hoy en día, en la opinión pública, está generalmente aceptado que la corrupción abarca tanto el beneficio ilícito de un empleado público como de un trabajador privado, y así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, las calificaciones como corrupción del conocido como “Caso Volkswagen”³¹⁹. Sin embargo, hay que destacar en este punto que, aunque la opinión pública haya aceptado, de manera generalizada, como corrupción los actos de fraude, ello no implica por sí mismo que dicho uso sea el correcto.

En este sentido, debemos tener en cuenta, para valorar su contenido, algunos factores contextuales en la aprobación de la citada instrucción, como el hecho de que se trata del documento legal que demarcaría en el futuro las competencias a asumir por parte de la entonces reciente Fiscalía Anticorrupción³²⁰. Es comprensible, pues, que en dicho documento, la Fiscalía tratara de expandir sus competencias en la medida de lo posible, y en esta empresa la definición de corrupción desempeñaba un papel central pues, como se ha mencionado anteriormente en el trabajo, lejos de tratarse de una mera cuestión semántica, la definición de corrupción determina contra qué se actúa y qué se mide³²¹. Para poder actuar en sector privado, la FGE necesitaba establecer una definición que incluyera la posibilidad de una corrupción privada.

Sea como fuere, lo realmente sorprendente de lo expuesto es la contradicción interna en la que cae la FGE, que se trata de otro ejemplo más, éste en ámbito nacional, y que se suma a los ya señalados anteriormente de UNODC, Comisión Europea y TI, de la falta de consenso existente en cuanto a la conceptualización del término incluso en el seno de los principales organismos anticorrupción a nivel nacional, europeo e internacional.

En este sentido, cabe mencionar que nuestro CP parece sustentarse sobre una definición de corrupción que acepta la existencia de ésta entre individuos pertenecientes al sector privado, ya que así se extrae de la redacción del artículo 286.bis, en sus apartados 1 y 2,

³¹⁹Véanse pp. 152 y ss.

³²⁰La Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción fue creada el 24 de abril de 1995 por la Ley 10/1995.

³²¹Véanse pp. 106 y ss.

que tipifica las siguientes conductas bajo el título de delitos de corrupción en los negocios:

1. *El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.*
2. *Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.*

Esto contrasta con la siguiente noción de corrupción, una de las pocas definiciones oficiales redactadas de forma explícita que localizamos en nuestro territorio nacional, concretamente elaborada por la Oficina Antifrau de Catalunya (OAC). Este organismo se posiciona del lado de la versión de 1995 de la FGE en el sentido público de la corrupción, al definirla como *cualquier abuso de la posición pública para obtener un beneficio privado*³²², circunscribiendo por tanto el alcance de la corrupción a aquellos casos en los que, ya sea de forma activa o pasiva, interviene de alguna manera el sector público.

Cabe subrayar en último lugar, aunque ya se ha hecho mención a ello, que las definiciones estudiadas hasta el momento no implican el incumplimiento de ninguna

³²²Sitio web oficial de la OAC. [consulta el 03-05-2016] Disponible en: <http://www.antifrau.cat/es/la-corrupcion.html>

norma, es decir, que según su definición, no es necesario cometer un acto ilegal para que sea considerado como acto corrupto. Así lo especifica la OAC al elaborar su definición, al afirmar que ésta *incluye, por tanto, acciones u omisiones que constituyen infracción penal pero también otros comportamientos que merecen sanción administrativa o disciplinaria y otras que, sin comportar una infracción abierta del ordenamiento jurídico, son rechazables por contrarias a la probidad o la ética pública. En ningún caso pueden tolerarse conductas reprobables con la excusa de quedar fuera de la órbita penal*³²³.

En definitiva, del estudio de las definiciones anteriores podemos concluir que, si bien existe un cierto consenso entre las instituciones internacionales y regionales a la hora de definir determinados aspectos de la corrupción (la no necesidad de ilegalidad del acto, el beneficio privado, etc.), lo cierto es que se aprecia una clara división y falta de homogeneidad en cuanto al carácter público o privado de la cuestión, pues si bien la mayor parte aceptan la existencia de corrupción en el ámbito privado, importantes entes internacionales como UNODC, la UE, e incluso TI, han defendido en diferentes documentos el carácter meramente público del término. En este sentido, llama especialmente la atención que organismos internacionales y nacionales del calibre de los mencionados –UNODC, TI y la UE a nivel internacional y la FGE en la esfera nacional–, que deben actuar como actores principales en la lucha contra la corrupción en los últimos años, presenten importantes discrepancias y cambios de interpretación en sus propios documentos oficiales con respecto al término, hecho que alimenta la percepción de ambigüedad sobre la concepción de la corrupción en la comunidad internacional.

1.3. Una visión de las definiciones de corrupción elaboradas por la doctrina

No son sólo las instituciones y normas de lucha contra la corrupción las que se encuentran divididas en lo que se refiere a la delimitación del concepto de corrupción aplicado a la contratación pública, sino que en el ámbito de la investigación jurídica y la doctrina también encontramos acusadas divergencias entre unos estudiosos y otros.

³²³*Ibidem.*

Aunque pueden considerarse algunas tendencias más o menos generalizadas dentro de los investigadores en la materia, lo cierto es que no puede afirmarse que exista una clara definición que se haya ganado, a nivel académico, el reconocimiento total por parte de la doctrina, sino que por el contrario, cada definición ofrece diferentes aportaciones e interpretaciones que, de manera general, podrían resumirse en los siguientes puntos principales: el carácter público o privado de la corrupción; la necesidad de antijuridicidad o no del acto corrupto; las características que precisa tener el beneficio obtenido (si es que se precisa un beneficio para apreciar la corrupción).

Debido a la proliferación de definiciones y a las numerosas divergencias entre las mismas, se hace necesario categorizarlas en grupos y subgrupos atendiendo a sus características principales. Basando ciertos aspectos en la clasificación de HEIDENHEIMER³²⁴, la cual hemos modificado notablemente para considerar algunos aspectos que nosotros entendemos de especial relevancia, hemos dividido el gran número de definiciones elaboradas por la doctrina en dos grandes grupos según entiendan que la corrupción tiene un carácter meramente público o puede tener lugar en un ambiente meramente privado, para luego separarlas a su vez en una serie de subapartados, que procederemos a desgranar a continuación, atendiendo a sus aportaciones principales.

1.3.1. La concepción de la corrupción como un fenómeno del sector público

Debemos señalar que, paradójicamente, y aunque parezca contravenir el concepto utilizado por la CNUCC y la ONU –que prevé tanto la corrupción privada como la

³²⁴Si existe una clasificación clásica de los diferentes conceptos de corrupción que no debe pasarse por alto, ésta es la elaborada por HEIDENHEIMER en el año 1970 en la introducción a su libro *Political Corruption: Concepts & Contexts*, que posteriormente ha sido reproducida y defendida en los numerosos trabajos del autor. En ella, HEIDENHEIMER divide las definiciones de corrupción en tres grupos:

- a) Basadas en el abuso del cargo público: estas definiciones se basan en el incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado público, normalmente incluyendo la infracción de una norma jurídica.
- b) Centradas en el interés público: para esta categoría de definiciones, el interés público, y más concretamente su lesión a favor de intereses privados, es la verdadera base de la corrupción.
- c) Centradas en el mercado: estas definiciones tratan de explicar el problema de la corrupción desde un punto de vista económico, estableciendo las relaciones AP-empleado público como una empresa y un empleado que debe maximizar el beneficio, o como un sistema de toma de decisiones al modo en que se realizan en el mercado.

En el presente trabajo, sin embargo, hemos optado por realizar nuestra propia categorización de las definiciones de corrupción, que aunque bebe en buena parte de la elaborada por HEIDENHEIMER, presenta también algunos rasgos diferenciadores que hemos creído conveniente incluir, como por ejemplo aquellas definiciones basadas en la ilegalidad del acto.

pública, y que por su parte, pretendía ser la base del conocimiento y las legislaciones anticorrupción a nivel global—, parece existir un relativamente amplio consenso entre los investigadores en materia anticorrupción, quienes coinciden con sus colegas, como veremos a lo largo del estudio, a la hora de afirmar que la corrupción es un fenómeno endémico de la Administración pública, precisándose forzosamente de la intervención del sector público para apreciar ésta irregularidad³²⁵.

Incluso definiciones tan divergentes como la defendida por SHLEIFER y VISHNY, para quienes la corrupción es *la venta de propiedades del gobierno por funcionarios públicos para beneficio personal*³²⁶, habían incidido en el necesario carácter público de la corrupción, lo que limitaría considerablemente el alcance del término en comparación con las definiciones que aceptan la corrupción privada. De esta forma la definición de SHLEIFER y VISHNY, aunque completamente diferente de las que estudiaremos en el presente trabajo y que marcan la dirección de la actividad interpretativa de la doctrina, deja claro que la corrupción sólo puede darse en el ámbito de la Administración Pública.

Conviene señalar a su vez que un gran número de autores, aún sin pronunciarse expresamente sobre el concepto de corrupción que aceptan como válido, asumen tácitamente el carácter público de la corrupción al tratar en sus trabajos sobre corrupción únicamente la parte pública del fenómeno. Así, MAURO³²⁷, ACEMOGLU y VERDIER³²⁸, POLINSKY y SHAVELL³²⁹, MEYER³³⁰, LÓPEZ CALERA³³¹, y un largo etcétera de autores³³², que podríamos citar de manera interminable, utilizan el

³²⁵HODGSON, G. y JIANG S. “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista” *Revista de Economía Institucional*, volumen 10, n.º 18. Bogotá. Enero-Junio 2008, pp. 55-80, en pp. 57-59. [consulta el 15-04-2016]. Disponible en: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No18/ghodgson18.pdf> ; FERNÁNDEZ AJENJO, “El control de...” *op. cit.* p. 44.

³²⁶SHLEIFER, A. y VISHNY, R. W. “Corruption”. *Quarterly Journal of Economics* Volumen 108, n.º 3. Edit: MIT Press. Agosto de 1993, pp. 599-617 en p. 599. [consulta el 10-04-2016] Disponible en: http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/shleifer_and_vishny.pdf

³²⁷MAURO, P. “Corruption and Economic Growth”, *Quarterly Journal of Economics* Volumen 110, n.º 3. Edit: MIT Press. Agosto de 1995, pp. 681-712. [consulta el 12-04-2016] Disponible en: <http://homepage.ntu.edu.tw/~kslin/macro2009/Mauro%201995.pdf>

³²⁸ACEMOGLU, D. y VERDIER, T. “The Choice between Market Failures and Corruption”, *American Economic Review*. Volumen 90, n.º 1. Marzo del año 2000, pp. 194-211. [consulta el 13-04-2016] Disponible en: <http://economics.mit.edu/files/3908>

³²⁹POLINSKY, A.M. y SHAVELL, S. “Corruption and Optimal Law Enforcement”. *Journal of Public Economics*, n.º 81, 2001, pp. 1-24. [consulta el 29-01-2016] Disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_J_Public_Econ_1.pdf

³³⁰MEYER, L. “La Corrupción...” *op. cit.*

³³¹LÓPEZ CALERA, N. “Corrupción, ética y...” *op. cit.* en pp.117-134.

³³²DE BARROS FILHO, C., PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa.... op. cit.* p. 70.

término corrupción ciñéndose únicamente a la esfera pública del mismo y descartando de manera implícita la posibilidad de que este fenómeno tenga lugar en las esferas privadas.

1.3.1.1. Las definiciones basadas en la ilegalidad del acto

Una corriente de la doctrina, entre los que se encuentra el profesor RIVERO ORTEGA, sostiene que existe corrupción en aquellas prácticas que suponen efectivamente una sustitución del interés público objetivo por un interés privado del contratista o las autoridades públicas, coincidiendo en la mayor parte de los casos con las distintas modalidades de delitos: tráfico de influencias, cohecho, etc.³³³ Aunque encontramos dos principales características –el interés público y la correspondencia con delitos–, lo cierto es que para RIVERO ORTEGA el elemento determinante es la gravedad del acto. Así, el autor añade, centrándose ya en el terreno de los contratos administrativos, que no se puede considerar corrupción cualquier irregularidad en la contratación pública, y que se debe tener especial cautela al diferenciar el fenómeno de la corrupción de otras patologías administrativas, como las irregularidades cometidas por los funcionarios o ilegalidades en la toma de decisiones públicas³³⁴. En otras palabras, para RIVERO, no todas las irregularidades o ilegalidades cometidas en el proceso de contratación constituyen actos de corrupción, incluso si dichas conductas se llevan a cabo intencionadamente, sino únicamente aquellas que revisten una especial gravedad. Así, ni la desviación de poder, ni la arbitrariedad, ni la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se corresponde con el concepto de corrupción.

Para este autor, la corrupción es un término que debe limitarse únicamente para aquellas actuaciones en las que deba intervenir el derecho penal, pues de otra forma, calificando de corrupción el resto de irregularidades e ilegalidades, se correría el riesgo de criminalizar dichas acciones, equiparándolas con los delitos de corrupción, y reconduciéndolas al proceso penal, con la consiguiente reacción normativa extrema, lo

³³³ RIVERO ORTEGA, R. “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis. 2004, pp. 109-126 en p. 110.

³³⁴ *Ibidem* en p. 111.

que supondría una nefasta incidencia en el principio de eficacia y eficiencia de la administración³³⁵.

Pero de la definición de corrupción del profesor RIVERO ORTEGA puede extraerse otra importante afirmación. Y es que al hablar de corrupción, el autor establece que es esencial, para apreciarla, la sustitución de un *interés público objetivo por el interés de los contratistas y autoridades administrativas*³³⁶, y esto supone acotar el término corrupción en relación a lo que sugieren otras definiciones estudiadas. Al hablar de un interés público, estamos reduciendo de manera significativa el alcance del término, pues únicamente podría darse corrupción si aquel que comete el acto corrupto debe efectivamente actuar en aras de un interés público, algo que únicamente acontece en las actuaciones de aquellos entes que ejercen una función pública, o en otras palabras, en las administraciones públicas y los poderes adjudicadores no AP. Esto querría decir que únicamente podría incurrir en un acto de corrupción alguien que ostente un poder que deba guiarse por intereses públicos, lo que a su vez excluiría automáticamente la posibilidad de apreciar actos corruptos en el sector privado, como algunas de las definiciones estudiadas parecen sugerir³³⁷.

Sin llegar a desviarse completamente de esta línea interpretativa, pero con sustanciales divergencias respecto a lo anterior, se encuentra la definición de corrupción dada por investigadores como JAIN, quien concluye que existe un relativo consenso en el sentido en que la *corrupción se refiere a actos en los que el poder de un trabajador público es usado en beneficio personal en una forma que contraviene las reglas del juego*³³⁸. Esta concepción coincide con la de RIVERO ORTEGA en esencia, ya que centra la descripción en la anteposición de un interés privado frente a un interés público, lo que circunscribe el ámbito en el que se pueden dar corrupciones al sector público –de hecho, en esta definición se hace mención expresa del requisito de que sea un trabajador público el que incurra en corrupción. Sin embargo, presenta una pequeña aunque capital diferencia con la anterior definición, y ésta es la que viene marcada por el final del enunciado, que reza que el acto corrupto debe desarrollarse *en una forma que*

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem* en p. 110.

³³⁷ Véanse pp. 108 y ss.

³³⁸ JAIN, A.K. "Corruption: a review". *op. cit.* en p. 73. En este mismo sentido se pronunció también AIDT, T.S. "Economic Analysis of Corruption: A Survey", *Economic Journal* 113, issue 491, 2003, pp. F632-F652.

contraviene las reglas del juego. Esto supone, por un lado, que efectivamente se requiere un acto de ilegalidad para que podamos apreciar corrupción—hasta aquí, en total consonancia con la definición anterior—, pero por otro, y aquí estriba la diferencia con RIVERO ORTEGA, que esta definición no precisa de que la conducta ilícita esté tipificada como delito, sino que cualquier acto ilegal, que vulnere las “reglas del juego”, puede dar lugar a una situación de corrupción pública. De hecho, como tendremos oportunidad de estudiar posteriormente con la definición de LÓPEZ CALERA, la expresión “una forma que contraviene las reglas del juego” podría ser interpretada incluso de forma que se refiriera a las normas éticas que la sociedad presupone para un cargo público. Utilizando esta concepción de la corrupción extenderíamos notablemente el número de situaciones que podrían enmarcarse dentro de este término, y por tanto el alcance de las normas anticorrupción.

CUBILLO defiende una definición parecida a la de JAIN, pero con una redacción diferente y ligeramente más precisa: *todo conjunto de acciones u omisiones generadoras de una conducta ilícita y dolosa, desarrollada clandestinamente por los titulares de las competencias necesarias para el ejercicio de determinadas funciones públicas y que provoca un beneficio injustificado —económico o de otra índole— a favor de la autoridad o empleado público que actúa, o de otras personas elegidas por el mismo, y todo ello en perjuicio de la integridad de los Poderes Públicos*³³⁹. En esta definición, se introduce la exigencia de dolo, pero sigue exigiéndose una ilegalidad del acto para considerarse corrupto.

Por otro lado, esta definición presenta también algunas características novedosas, entre las que destaca el alcance que puede tener el beneficio en un acto corrupto. Y es que la definición de CUBILLO señala de manera expresa que el beneficio personal resultante del acto corrupto puede ser en beneficio del trabajador público o de terceros, teniendo carácter económico o no, mientras que la anteriormente estudiada de JAIN hablaba de beneficio personal, expresión que puede ser interpretada de forma que sólo acepte el beneficio del propio empleado público implicado.

³³⁹ Negrita añadida. CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría...” *op. cit.* en p. 38.

Aunque con algunas modificaciones de terminología, DE CASTRO PANOEIRO enuncia una definición análoga a la anterior al definir corrupción como *la conducta ilícita del agente público que, intencionalmente, abusa de sus funciones para obtener una ventaja económica indebida, para sí mismo, para otro, o para la comunidad a la que pertenece, quebrantando la confianza que en él haya depositado la sociedad*³⁴⁰.

En consonancia con el concepto de corrupción de estos autores se encuentran otros investigadores, como por ejemplo ESCALANTE GONZALBO, quien intentando construir una noción de corrupción que tenga carácter universal, ofrece una definición diferente en cuanto a su construcción, pero que coincide religiosamente con la de JAIN, ya que para ESCALANTE la corrupción consiste en (1) *el uso de funciones públicas* (2) *para obtener o conceder beneficios particulares*, (3) *en contravención a las disposiciones legales*³⁴¹. Esta definición, conviene señalarlo, ha sido adoptada por algunas normas en Latinoamérica y el Caribe, como ha ocurrido con el *Reglamento de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública* n.º 32333 de la República de Costa Rica³⁴², o en diferentes niveles del gobierno colombiano³⁴³.

El politólogo FRIEDRICH afirma que *existe corrupción cuando una persona que administra un poder determinado, por ejemplo un funcionario, es, a través de incentivos económicos o de otro tipo, no permitidos legalmente, inducido a tomar acciones que favorecen a la persona que ofrece esos incentivos, perjudicando por tanto al interés público*³⁴⁴. La definición de FRIEDRICH presenta alguna complejidad en su catalogación, y es que éste construye su concepto de corrupción alrededor del de interés público. Tradicionalmente se ha encuadrado, siguiendo la clasificación de HEIDENHEIMER, dentro de las definiciones basadas en el interés público, pues

³⁴⁰ DE CASTRO PANOEIRO, C. "Corrupción, transparencia gubernamental..." *op. cit.* p. 31.

³⁴¹ ESCALANTE GONZALBO, F. "La corrupción política: apuntes para un modelo teórico." *Revista Foro Internacional*. Vol. XXX, n.º 2. México. Octubre-Diciembre 1989, pp. 328-345 en p. 329. [consulta el 6-02-2016]. Disponible en: http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/JGTRBE7KUH2MR8JL3NLDATTY Y7IQD.pdf

³⁴² Artículo 1.8) del Reglamento de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública n.º 32333 de la República de Costa Rica

³⁴³ Véase en la Procuraduría General de la Nación en Colombia. [Consulta el 5-02-2016] http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/arc_12242.pdf ; o en la Alcaldía de Envigado [consulta el 5-02-2016] http://www.envigado.gov.co/Secretarias/OficinaAsesoradePlaneacion/documentos/Plan_Estrategico/SIN_TESIS%20DESCRIPTIVA%20FENOMENOS%20CAMBIO%20V3.pdf

³⁴⁴ FRIEDRICH, C. "Political Pathology". *The Political Quarterly*, n.º 37, 1966. p. 74.

únicamente podrá existir corrupción, bajo su definición, cuando se dañe el interés público en beneficio de otros privados. Pero a nuestro juicio, no debe entenderse que la definición se centra en el interés público para dilucidar la existencia de corrupción, ya que al introducir la expresión “no permitidos legalmente” está estableciendo un claro criterio que, en caso de no cumplirse, excluiría que pudiéramos estar ante un caso de corrupción, y que la diferencia de aquellas centradas en el interés público. Sí que es cierto que, al igual que ocurría con el concepto de RIVERO ORTEGA, se otorga una gran importancia al interés general y a su permuta por un interés privado en los casos de corrupción, pero pasa a un segundo plano desde el momento en que se exige ilegalidad del acto para su apreciación.

FERNÁNDEZ-DOLS también se enmarca dentro de la corriente “legalista” de la corrupción al definirla como *una manipulación o transgresión encubierta de las normas que rigen una organización racional, con vistas a lograr un beneficio privado*³⁴⁵.

HEIDENHEIMER, otro importante politólogo, que ha investigado acerca de la conceptualización de la corrupción, coincide con los anteriores en el aspecto legalista de la definición, al establecer que la corrupción incluye aquellas maneras de *usar dinero para atender objetivos privados por medios políticos que son criminales o al menos ilegales*³⁴⁶. No obstante, esta definición presenta una particularidad que la acerca más a perspectivas economicistas de la corrupción: indica que la corrupción debe llevarse a cabo a través del uso de dinero, en contraposición a otras definiciones, que afirman que cualquier beneficio o condiciones privilegiadas podrían ser constituyentes de corrupción³⁴⁷.

NYE, por su parte, afirma que la corrupción es *un comportamiento que deriva de los deberes formales de un agente público (ya sea electo o de carrera) a causa de intereses privados (personales, familiares, o su entorno personal) relacionados con el bienestar económico o el estatus social*³⁴⁸. Aunque mucho más laxo que los anteriores a la hora de

³⁴⁵ FERNÁNDEZ DOLS, J.M. “Corrupción: cuatro amonestaciones psicosociales y otros tantos árbitros”. En: *Papeles del Psicólogo*, n.º 61, 1995, pp. 13-16, p. 13.

³⁴⁶ HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Edit. Transaction Publishers. 1989. p.11

³⁴⁷ Véanse pp. 146 y ss.

³⁴⁸ NYE, J.S. “Corruption and political development”. *American Political Science Review*, vol. 61, n.º 2, 1967, pp. 417-427 en p. 417.; En este mismo sentido véase NYE, J. “Corruption and Political

exigir la ilegalidad del acto corrupto, consideramos que puede enmarcarse dentro de las definiciones legalistas al afirmar que la corrupción deriva de los deberes formales del agente público, y que, por tanto, únicamente podrá acaecer en caso de que dichos deberes formales se incumplan. Se trata por tanto de un concepto que, al igual que los anteriores, requiere que se infrinja alguna norma formal, pero de una forma mucho más flexible, permitiendo considerar como tal códigos éticos, reglamentos, etc. No obstante, el adjetivo formal, cabe destacarlo, anularía todo deber no escrito de los funcionarios y gestores públicos.

1.3.1.2. El concepto del “sistema normativo relevante” como alternativa a la ilegalidad del acto corrupto

Otros autores, si bien aceptan que para la existencia de corrupción debe existir alguna irregularidad, consideran que ésta no debe estar necesariamente contenida en una norma escrita. Es el caso de LÓPEZ CALERA, quien define corrupción política como *toda transgresión de normas dentro de un determinado orden social, en éste caso, de una sociedad política como totalidad organizada y volente de una cierta racionalidad, transgresión que cuestiona en alguna medida la supervivencia razonable de esa totalidad*³⁴⁹. Esta definición presenta algunas importantes novedades. El primer punto sobre el que centramos nuestra atención es en la exigencia de una violación de normas. Es decir, que el autor acepta, aparentemente del mismo modo que los autores anteriores, que para apreciar corrupción debe incumplirse una norma, que además matiza, debe pertenecer a un determinado orden social, lo que pone el acento sobre el carácter siempre relativo de la corrupción, cuyos límites dependerán del lugar y el momento en el que nos encontremos. Sin embargo, mientras las anteriores definiciones parecían exigir que dicha norma tuviera un carácter formal, LÓPEZ defiende que la transgresión de cualquier norma puede constituir un acto de corrupción. Lo que es más, este autor afirma que la corrupción política puede ser entendida como la violación de normas jurídicas e incluso morales³⁵⁰. Esto amplía notablemente el ámbito de aplicación de la corrupción con respecto a lo anterior, pues no se precisa el incumplimiento de una norma positiva, sino simplemente que el acto sea reprobable moralmente.

Development: A Cost-Benefit Analysis”. En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, USA, 2002.

³⁴⁹ LÓPEZ CALERA, N. “Corrupción, ética y...” *op. cit.* en p. 117.

³⁵⁰ *Ibidem* en p. 118.

No obstante, lo anterior queda matizado por la frase final de la definición, que establece que la transgresión debe cuestionar en cierta medida “la supervivencia razonable de esa totalidad”. Esto podría identificarse con el concepto de interés público, es decir, que el acto, ya sea “ilegal” o “inmoral”, que deba ser calificado como corrupción, debe poner en peligro en cierta medida el sistema político y democrático en su totalidad, o en otras palabras, debe ir en detrimento del interés público. Esta idea de interés público, sobre la que ya se ha mencionado que RIVERO hace especial énfasis, ha sido utilizada por numerosos autores a la hora de elaborar sus propias definiciones de corrupción.

Una aproximación similar al aspecto de la ilegalidad o no de los actos corruptos nos la ofrece GARZÓN VALDÉS, cuya definición estudiaremos más adelante en el presente trabajo³⁵¹. Para este autor *el concepto de corrupción está obviamente vinculado con el de sistema normativo*, si bien matiza, tal y como hace LÓPEZ, que dicho “sistema normativo relevante” puede, y de hecho está formado, por el conjunto de reglas jurídicas, políticas, religiosas, económicas, deportivas, etc.³⁵²; de forma que no exige que un acto sea ilegal, sino simplemente irregular de acuerdo a las normas sociales, para que pueda apreciarse corrupción.

En este sentido se pronuncia PHILP, quien afirma que podemos apreciar corrupción política siempre que se cumpla lo siguiente³⁵³:

1. Un trabajador público (sujeto A);
2. En violación de la confianza que la ciudadanía deposita en él (sujeto B);
3. Y en un modo que daña el interés público;
4. De manera consciente lleve a cabo conductas que explotan su puesto para un claro beneficio personal o privado, de un modo contrario a lo establecido por las reglas y estándares de conducta aceptados para un trabajador público en la cultura política;

³⁵¹ La definición de GARZÓN VALDÉS es estudiada más adelante, y en estas páginas únicamente se hará referencia a su concepto de sistema normativo relevante, es decir, en lo que se refiere al requisito de ilegalidad del acto corrupto. Para el análisis de su definición, véase p. 146 y ss.

³⁵² GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto de corrupción”. En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (Eds.) *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 39-70, en p. 42.

³⁵³ PHILP, M. “Conceptualizing Political Corruption”. En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswick, New Jersey (USA): Transaction Publishers, 2002, pp. 41-57 en p. 42.

5. Beneficiando a una tercera parte (sujeto C) proporcionándole acceso a un bien o servicio que de lo contrario C no habría alcanzado.

Se trata de una definición considerablemente completa, que se centra en la corrupción pública y en el interés público como centro de delimitación de la misma (puntos 1 y 3). Pero además, introduce algunas novedades con respecto a lo estudiado hasta ahora: en primer lugar, identifica claramente al ciudadano dentro del concepto, como parte del acto corrupto, en tanto en cuanto que afectado por el mismo; en segundo lugar, de manera similar a lo que proponían LÓPEZ CALERA y GARZÓN VALDÉS, se entiende que el acto corrupto no tiene por qué infringir una norma positiva, sino que puede serlo violando las normas de conducta aceptadas por la sociedad para los trabajadores públicos.

Estas visiones de la irregularidad del acto entroncan con la denominada ética pública, que *define el ejercicio correcto de los cargos y empleados públicos tanto desde el punto de vista del respeto a la ley como a la satisfacción del interés general y a las aspiraciones de los ciudadanos*³⁵⁴. Es decir, que un funcionario no sólo debe cumplir la ley, sino que, en virtud de su condición como parte de la Administración Pública, y en consonancia con la idea de “sistema normativo relevante” desarrollada por LÓPEZ CALERA y GARZÓN VALDÉS³⁵⁵, tiene asimismo la obligación de actuar en aras del interés general y de los ciudadanos a los que, al fin y al cabo, sirve.

También propone una completa y precisa definición PADIOLEAU, que define la corrupción dividiéndola en cuatro prerequisites básicos que deben cumplirse para su existencia, y que establece de la siguiente manera: *1. La violación de reglas y de normas relativas a lo que es percibido como ‘interés general’ en una sociedad política de una época determinada. 2. En el curso de un ‘cambio clandestino’ entre los mercados político, social y económico. 3. Con la consecuencia (esperada) de dar, a individuos o a grupos, ‘medios de acceso o de influencia’ en los procesos de decisión política y administrativa ‘superiores’ a los que ellos dispondrían en un ejercicio*

³⁵⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, p. 54.

³⁵⁵ Véase pp. 138 y ss.

*abierto. 4. Y traduciéndose eventualmente por 'beneficios' tangibles, materiales o de otra clase, por las partes (o alguna de ellas) intervinientes en la transacción*³⁵⁶.

Esta definición coincide con las definiciones anteriores en su dos primeros puntos: (1) la corrupción supone una violación de reglas *percibidas* –es decir, no necesariamente trasladadas al derecho positivo– como garantes del interés general, (2) y tiene lugar siempre con la intervención del sector público, no pudiendo darse únicamente en el privado. Sin embargo, los puntos 3 y 4 de la definición ofrecen una novedosa perspectiva con respecto a lo que ha sido tradicionalmente calificado como beneficio privado o beneficio personal. Para PADIOLEAU, el beneficio no tiene por qué materializarse económicamente o de una manera directa, sino que basta para apreciar corrupción con que se ponga a un individuo –o a un grupo– en una posición de ventaja, a través de la dotación de medios de acceso o de influencia que dicho grupo no tendría en caso de haberse seguido un procedimiento decisorio abierto, legal e íntegro.

La clave aquí es, por tanto, que PADIOLEAU centra el foco en la posición de ventaja ilegítima que adquiere la parte privada, que luego puede –o no– devenir un beneficio material. En otras palabras, cabría apreciar un acto de corrupción incluso en aquellos casos en los que no se da un beneficio material directo, siempre y cuando se haya puesto a un individuo, de manera intencionada y fraudulenta, en una posición privilegiada ilegítima con respecto al resto de participantes en el procedimiento –en el caso de la contratación pública, del procedimiento de contratación.

1.3.1.3. La definición basada en la ética

Existe una corriente conceptual que, aunque a grandes rasgos sigue la línea de las definiciones del apartado anterior, introducen algunos matices que son sin embargo esenciales para la conceptualización del fenómeno de la corrupción.

Aunque es cierto que ya las definiciones del apartado anterior presentan claras connotaciones ético-sociales, constituyendo un razonamiento básico para la creación de

³⁵⁶ PADIOLEAU, J.G. “De la corruption dans les oligarchies pluralistes”. *Revue française de sociologie*, vol. 16, n.º 1, 1975, pp. 33-58; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. “La corrupción en la democracia”. En: LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. y ÁLVAREZ MEDINA S. (Coord.) *La Corrupción Política*. Edit. Alianza Editorial. 1997, pp. 135-156 en p. 139.

los actuales códigos de ética pública o códigos de conducta del empleado público, existe una corriente que podríamos denominar de conceptualización ética de la corrupción, en la que el elemento determinante para poder calificar un acto como corrupto es la actuación no ética del empleado público. Así, BENSON define corrupción como *cualquier uso ilegal o no ético de la autoridad gubernamental para ganancia política o personal*³⁵⁷, una definición en la que, además de su notable carga ética o moral, cabe destacar la mención expresa a la posibilidad de que la ganancia fruto del acto corrupto sea de carácter político, y no meramente económico³⁵⁸.

Este tipo de definiciones, si bien casan, en principio, con las expuestas en el apartado anterior, presentan una diferencia decisiva al afirmar que un mero comportamiento no ético puede desempeñarse como corrupción. Las anteriores definiciones presentaban una noción de corrupción que requería de la violación de un sistema normativo relevante para su apreciación, estando éste formado por las normas éticas y sociales de general aceptación de la sociedad en el ámbito del servicio público; es decir, por el código de conducta, ya se encuentre escrito o no, que debe seguir un empleado público en el desarrollo de su actividad, y que es aceptado de manera generalizada³⁵⁹. Sin embargo, en las concepciones éticas de corrupción, el término “ética” aparece desprovisto de cualquier adjetivo que limite y precise su significado, y por tanto el vocablo parece hacer referencia a comportamientos no éticos en sentido amplio, tal y como aparece recogido en la segunda acepción del Diccionario de la RAE: *recto, conforme a la moral*³⁶⁰. El término ética tiene así, si no se concreta su significado, un significado análogo al de moral, que es estrictamente subjetivo.

Es importante entender las diferencias entre un comportamiento “no ético” y un comportamiento contrario al “sistema normativo relevante”, pues en el primer caso estaríamos hablando de una concepción de corrupción que puede sustentarse en

³⁵⁷BENSON, G.C.S. *Political corruption in America*. Nueva York: Lexington Books, 1978. p. XIII

³⁵⁸Véase la definición de GONZÁLEZ PÉREZ en p. 143 y ss.

³⁵⁹En este sentido, parte ética del “sistema normativo relevante” se correspondería con la cuarta acepción del término “ético/a” del Diccionario de la Real Academia Española, que la define como: *f. Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. Ética profesional, cívica, deportiva.*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la lengua española: edición del tricentenario”. Definición de corrupción. [edición online]. [Consulta 3-05-2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=H3y8IjjH3yay0R>

³⁶⁰*Ibidem.*

percepciones personales, lo que podría subjetivar y relativizar notablemente la noción de corrupción, hasta llegar a vaciarla de contenido; sin embargo en el sistema normativo relevante, aunque podría llegar a hablarse de ética, ésta siempre debe corresponderse con la ética profesional pública, prescindiendo así del elemento personal y requiriendo un factor externo y objetivo, ya sea cultural, legal, social o profesional, que impone unas determinadas obligaciones.

1.3.1.4. Las definiciones basadas en el interés público

El amplio consenso existente en cuanto al carácter público de la corrupción hace que en numerosas ocasiones el concepto de interés general adquiera una especial relevancia dentro de la idea de corrupción, pero aunque ya se ha podido apreciar la importancia que un gran número de autores otorgan al concepto de interés general para calificar un acto de corrupción, conviene señalar que existe un grupo de investigadores que centran sus conceptualizaciones de la corrupción en el interés público, frente a otras opciones vistas, que dan un carácter primordial a la ilegalidad del acto, al carácter público de la corrupción, al carácter económico del beneficio, etc.

Esta corriente centrada en el interés público ha llevado a un número de investigadores a concentrar su criterio en los efectos del acto en lugar de en su consideración legal, e incluso por delante también de cualquier transgresión de un sistema normativo relevante que incluyese normas sociales e incluso éticas, de forma que un acto, si daña el interés público, podría ser corrupto incluso si está permitido por la legislación y los usos de ética pública³⁶¹.

En este sentido, autores como GONZÁLEZ PÉREZ construyen el eje de su definición de corrupción precisamente en el carácter público del poder empleado así como de los intereses que se ven lesionados por el acto de corrupción. Así, define corrupción como el acto consistente en la *utilización de potestades públicas para intereses particulares, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o*

³⁶¹ GARDINER, J. "Defining corruption". En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick (USA) y Londres (UK), 2002, pp. 25-40, en pp. 31-32

*del partido político; sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones*³⁶². Esta definición, además de su evidente circunscripción de la corrupción al ámbito público, ya que ha de haber un poder público utilizado en beneficio personal, destaca por otros dos aspectos que consideramos relevantes: (1) no recoge como requisito para la corrupción la transgresión de una norma jurídica, sino que simplemente se exige que se anteponga un interés privado a un interés público, eliminando el requisito de ilegalidad del acto corrupto de forma aún más tajante de lo que ya apuntaba el concepto de LÓPEZ CALERA; (2) especifica, como ya hicieran otras de las definiciones estudiadas³⁶³, que el beneficio privado no tiene porqué ser para el propio trabajador público.

En este mismo sentido se pronunciaron otros estudiosos como TREISMAN, para quien la corrupción es *el mal uso de cargos públicos para beneficio privado*³⁶⁴, o el respetado KAUFMANN, quien ha influido notablemente en la concepción de corrupción utilizada por Transparencia Internacional, el Banco Mundial y otros organismos internacionales, y para quien la corrupción es *el abuso de un cargo público para beneficio privado*³⁶⁵. Estos autores han influido de manera notable en gran cantidad de definiciones de corrupción también dentro de la doctrina, y así, por ejemplo, LÓPEZ CALERA, aunque defiende una definición diferente, acepta que el concepto de corrupción puede también ser definido, en lo que él califica como una definición restringida, como *el aprovechamiento de un cargo o función pública en beneficio de intereses privados, particulares o partidos*³⁶⁶.

PONCE SOLÉ también concibe la corrupción, al relacionarla con el principio de buena administración, como una cuestión basada en el interés general, al definirla a partir del concepto de buena administración como *una mala administración o un mal gobierno*

³⁶² GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Ética en la Administración Pública”. En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73. 1996. pp. 117-158 en p. 128. [consulta el 4-02-2016] Disponible en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A73/A73-7.pdf>

³⁶³ Véanse pp. 131 y ss.

³⁶⁴ El texto original lo define textualmente como: *the misuse of public office for private gain*. TREISMAN, D. “The Causes of Corruption: A Cross-national Study”, *Journal of Public Economics*, n.º 76, 3, 2000, pp. 399-457. En p. 399 [consulta el 15-04-2016] Disponible en: http://www.policyinnovations.org/ideas/policy_library/data/01437/_res/id=sa_File1/Treisman_Causes_Corruption.pdf

³⁶⁵ KAUFMANN, D. “Corruption: the facts...” *op. cit.*; véase a su vez CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales...” *op. cit.* en pp. 29-56.

³⁶⁶ LÓPEZ CALERA, N. “Corrupción, ética y...” *op. cit.* en p. 120.

*dolosos en el ejercicio de poderes públicos que no busca el interés general sino el beneficio de una persona física o jurídica*³⁶⁷.

GINER, con una definición considerablemente distinta a las anteriores, se sitúa sin embargo de manera clara en la misma corriente centrada en el interés público al definir corrupción como *la traición a la comunidad por parte de quienes tienen la obligación de mantener sus leyes o hacerla prosperar representándola, gobernándola o administrándola*³⁶⁸. Esta definición cobra especialmente relevancia en tanto en cuanto introduce la idea de interés público relacionada con la de “traición a la comunidad”. Por tanto, el daño al interés general debe ser causa de una traición a los deberes. Debe ser interpretada como una actuación en contra de los intereses de la comunidad, esto es, el interés general, los cuales se tiene el deber de proteger.

MORRIS, por su parte, establece su punto de partida hacia la conceptualización de la corrupción a partir tres definiciones diferentes. El autor afirma que la corrupción puede ser definida como *el uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado; todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político; o simplemente como el uso arbitrario del poder*³⁶⁹.

Como es evidente, la primera de las definiciones se enmarca dentro de la corriente de autores expuesta anteriormente, y no introduce cambios significativos con respecto a las nociones ya estudiadas. La segunda acepción podría incluirse en aquellas definiciones basadas en la ética, mencionadas en apartados anteriores³⁷⁰. La más importante de ellas quizá sea que introduce el componente ético de los actos corruptos, de forma que, además de corrupción a causa de actos ilegales, podemos encontrar corrupción debido a actuaciones no éticas de los trabajadores públicos.

³⁶⁷PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”. *Anuario de Gobierno Local 2012*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Institut de Dret Públic, mayo 2013, pp. 93-140 en p. 100; Otros autores, como MONTOYA MARTÍN, han adoptado también esta definición de corrupción para sus trabajos: MONTOYA MARTÍN, E. “Exigencias derivadas del buen gobierno y de la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local”. En: VILLORIA MENDIETA, M. GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 213-246 en p. 217.

³⁶⁸GINER, S. *Carta sobre la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 125.

³⁶⁹MORRIS, S.D. *Corrupción y política en el México contemporáneo*. Edit: Siglo Veintiuno Editores. México. 1992, p. 18.

³⁷⁰Véanse pp. 141 y ss.

En la misma línea se pronuncia VILLORIA MENDIETA, quien ha definido corrupción, de manera notablemente precisa, como *abuso de poder, con un beneficio directo o indirecto para el corrupto o los grupos de que forma parte éste, con incumplimiento de normas jurídicas o de las normas éticas que una comunidad asume como válidas, y donde el actor corrupto siempre pone por delante el interés privado sobre el interés general*³⁷¹.

Esto supone un cambio drástico con respecto de aquellas definiciones que exigen un acto ilegal previo para identificar un caso de corrupción, pues el mero hecho de que un acto de un trabajador público contravenga el interés general de la Administración para la que trabaja podría, si se cumplen el resto de requisitos establecidos en la definición, constituir un acto de corrupción, aun cuando formalmente ninguna ley haya sido contravenida. Se enlaza, por tanto, el problema de la corrupción con el principio de buena administración y el concepto de ética pública. Y así, en el caso de la contratación pública, cualquier acto por parte de un trabajador público, envuelto en el proceso de contratación, que perjudicase los intereses de la entidad adjudicadora y contraviniera el principio de buena administración, será considerado como corrupción siempre cuando conlleve un beneficio personal o político.

1.3.1.5. La concepción económica de la corrupción y su cercanía con la noción de soborno

Otra importante corriente interpretativa es la defendida por ROSE-ACKERMAN, que tiene la misma base que la mayoría de los autores expuestos, encuadrando la corrupción como algo público, pero que difiere de ellos en algunas características de vital importancia que dan lugar a una definición notablemente distinta. Ésta podría enmarcarse dentro de lo que HEIDHEIMER denominaba en su clasificación *definiciones centradas en el mercado*³⁷². Así, ROSE-ACKERMAN define corrupción como *el pago*

³⁷¹ VILLORIA MENDIETA, M. “Corrupción Pública”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167. p.163; VILLORIA MENDIETA, M. “La corrupción en España: Rasgos y causas esenciales”. En BETEGÓN, J. (ed.) *Derecho, confianza y democracia*. Madrid: Bomarzo, 2014, p.133.

³⁷² HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, USA, 2002, p. 9.

*ilegal a un trabajador público para la obtención de un beneficio*³⁷³, limitando la corrupción a aquellos casos en los que existe un pago material, equiparando prácticamente el concepto al de soborno, lo que deja fuera de la noción de corrupción algunos casos que tradicionalmente se habían incluido en ella, como pueden ser las ayudas a familiares, clientelismos o favoritismos, y todos aquellos otros en los que no existe modo alguno de soborno ni recompensa directa³⁷⁴.

La definición de la profesora pone de manifiesto una realidad que se ha hecho patente en los últimos años, especialmente en los países anglosajones, en los que “soborno” se ha convertido *de facto* en un sinónimo de “corrupción”³⁷⁵. En lo que JOHNSTON llama una concepción parcial de la corrupción, y que tuvo su auge especialmente a partir de la década de los 90, ésta es asumida como equivalente, salvo quizá pequeños matices, al soborno³⁷⁶.

Esta línea interpretativa que equipara la corrupción con el soborno, ha sido seguida por otros autores como GARZÓN VALDÉS o FABIÁN CAPARRÓS. El primero, propone una intrincada y elaborada definición que, en el fondo, corresponde casi totalmente con la de ROSE-ACKERMAN: *La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costes del soborno o del pago o servicio extorsionado*³⁷⁷. Aunque el lenguaje técnico utilizado pueda inducir a confusión, la definición de GARZÓN VALDÉS equipara básicamente la corrupción con el soborno, si bien añade a la noción de corrupción otra actividad ilegal como es la extorsión³⁷⁸, y se mantiene, al igual que ocurría con la definición de ROSE-ACKERMAN, en defensa de lo que podría denominarse un sentido

³⁷³ El texto original, en inglés, reza: “an illegal payment to a public agent to obtain a benefit that may or may not be deserved in the absence of payoffs”. Véase DE DIOS, E.S. Y FERRER, R.D. “Corruption in the Philippines: Framework and context”. *The political economy of corruption: Studies in transparent and accountable governance*, n.º 1. Transparent and Accountable Governance (TAG) Project. Manila, 2000 p. 2 [consulta el 12-04-2016]. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN013133.pdf> ; y ROSE-ACKERMAN, S. “Corruption and the...” *op. cit.*

³⁷⁴ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p.12.

³⁷⁵ JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: ... op. cit.* en p. 18.

³⁷⁶ *Ibidem* en p. 6.

³⁷⁷ GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca de la calificación...” *op. cit.* en p. 14; En este mismo sentido, véase GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto...” *op. cit.* en pp. 42-52 (en especial pp. 47 y 52).

³⁷⁸ *Ibidem*.

meramente económico de la corrupción³⁷⁹. Aunque podría parecer, de la lectura literal de la definición, que GARZÓN VALDÉS acepta que la corrupción pueda tener lugar tanto en el ámbito público como en el privado, pues sólo exige la “violación limitada de una obligación”, sin especificar el carácter público o privado de ésta, él mismo se encarga de aclarar este punto en el párrafo siguiente del trabajo citado, donde establece que el término “obligación” debe ser tomado en el significado técnico generalmente aceptado para indicar “deberes institucionales”, es decir aquéllos que se contraen en virtud de la aceptación voluntaria de algún cargo público y que tan sólo valen para quienes lo desempeñan.

FABIÁN CAPARRÓS, por su parte, define corrupción como *la oferta o prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indebida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar o cometer un acto indebido*³⁸⁰.

Llegados a este punto cabe señalar que, si bien el soborno ha demostrado ser el principal modo de corrupción en algunos países, como ha sido el caso de EEUU, en otros la extorsión, el nepotismo, el clientelismo, prácticas colusorias políticas, y otras actividades irregulares constituyen el principal problema de corrupción³⁸¹. La actualidad evidencia cómo el soborno, como práctica tradicional de corrupción, está dando paso a otras estrategias y sistemas corruptos mucho más elaborados y difíciles de detectar. Por ello nos parece desacertado circunscribir el término corrupción a los casos de soborno. No parece el modo más idóneo para luchar contra la corrupción, ni la definición más acorde con una realidad social que demanda una definición que permita hacer frente a un problema que toma formas de actuación muy diferentes y desarrolladas.

1.3.2. La defensa de una corrupción privada

No toda la doctrina coincide en catalogar la corrupción como un acto ilícito circunscrito al sector público. Un determinado número de autores defienden que ésta tiene lugar en

³⁷⁹ BAUTISTA, O.D. “La ética en la gestión pública: fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos”. Dirigida por Agustín E. Ferraro. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2007, pp. 205-206.

³⁸⁰FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de...” *op. cit.* en p. 228.

³⁸¹GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca de la calificación...” *op. cit.* en p. 10.

ocasiones enteramente en el sector privado. Es el caso de DOMÍNGUEZ PÉREZ, quien defiende que *al abordar un concepto de corrupción, es necesario tomar como punto de partida con carácter previo que el clásico planteamiento que considera que la corrupción se circunscribe estrictamente al sector público no puede ya en la actualidad mantenerse*³⁸². Y es que en efecto, como se ha mencionado ya en diferentes partes del texto, tanto la conciencia social y cultural, como incluso las propias leyes y documentos oficiales de las instituciones a distintos niveles, corroboran que la expansión del término corrupción hacia el ámbito privado es ya una realidad práctica.

Así ocurre también en el caso de los profesores HODGSON y JIANG³⁸³, que en su trabajo “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”, defienden que la corrupción no es un término que pueda limitarse al sector público. Según afirman estos autores, no existe una razón fundada por la que limitar el alcance de la corrupción al ámbito público³⁸⁴. Sus afirmaciones se basan, en primer lugar, en la propia etimología del término³⁸⁵, de cuyo origen y significado original no se extrae en ningún momento que deba ser constreñido al ámbito público³⁸⁶. En segundo lugar, se ignora, siempre según los citados autores, la realidad de la corrupción en la esfera privada, como por ejemplo determinados casos célebres de corrupción en sindicatos, en los deportes, etc.³⁸⁷. En tercer lugar, subrayan el problema que supone delimitar la delgada línea que separa el sector público del sector privado, señalando de manera muy acertada que no sólo es difícil en ocasiones determinar si una entidad en cuestión pertenece al sector público o al privado –imaginemos, por ejemplo, un caso de una sociedad anónima en la que el estado es accionista de un 51%–, sino que a nivel global, dependiendo de que nos encontremos en un Estado u otro del Globo terráqueo, la concepción de Administración Pública y de entidad pública varía

³⁸²DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. “Actuaciones normativas de...” *op. cit.* en p. 71; Véase, a su vez, TOMÁS TÍO, J. “La sociedad civil contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Monográfico *Lucha contra la corrupción*, n.º 108, abril 2016, pp. 115-116.

³⁸³ Como ejemplo de otros autores que defienden la vertiente privada de la corrupción, véase: BACIGALUPO, S. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”. En: VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.M.; TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 435-450.

³⁸⁴HODGSON, G. y JIANG S. “La Economía de...” *op. cit.* en p. 57.

³⁸⁵En lo relativo al origen etimológico de la corrupción, véase lo expuesto en p. 108 y ss.

³⁸⁶HODGSON, G. y JIANG S. “La Economía de...” *op. cit.* en p. 57.

³⁸⁷*Ibidem* en p. 60.

notablemente³⁸⁸. En este sentido, carece de fundamento establecer una división ficticia entre dos sectores que en la práctica se encuentran a menudo entrelazados de tal manera que se confunden el uno con el otro. En un cuarto lugar, se señala en el estudio que la corrupción no respeta las fronteras que podamos crear de manera teórico-jurídica, sino que al contrario, se mueve y se expande del sector público al privado de manera continua, sin que podamos controlarla y conservarla dentro del ámbito público³⁸⁹.

Importantes autores en la materia como ROSE-ACKERMAN, a quien anteriormente enmarcábamos dentro de las concepciones economicistas³⁹⁰, parece inclinarse también en algunas de sus publicaciones hacia percepciones privadas de la corrupción, como en su obra *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, en la que realiza una lista de las actividades que constituyen actos corruptos, y entre las que cita el fraude fiscal, robos por parte de los empleados a los empleadores, independientemente del carácter público o privado de éstos, etc³⁹¹.

En este mismo sentido, SABÁN GODOY defiende la idea de una corrupción privada, dado que entiende que lo corrupto está conformado por un entorno socio-cultural que no diferencia lo público de lo privado³⁹², y define corrupción como *la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido*³⁹³.

ACKOFF, por su parte, deja también abierta la posibilidad de existencia de corrupción en el sector privado cuando la define como *la explotación en beneficio propio de una posición en la cual se espera que uno sirva a los demás*³⁹⁴, es decir, que cualquiera que esté en una posición, ya sea privada o pública, que implique un deber de servir a los demás –en este sentido, prácticamente cualquier trabajador– puede incurrir en un acto de corrupción. Y sin embargo, aunque como decimos acepta la corrupción privada, en la

³⁸⁸ *Ibidem* en pp. 60-61; Véase a su vez DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. “Actuaciones normativas de...” *op. cit.* en p. 73.

³⁸⁹ *Ibidem* en p. 61.

³⁹⁰ Véanse pp. 1.3.1.5. La concepción económica de la corrupción y su cercanía con la noción de soborno y ss.

³⁹¹ ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 8-9.

³⁹² Otros autores, como LÓPEZ GARCÍA, han adoptado en sus estudios la definición de SABÁN GODOY. Véase: LÓPEZ GARCÍA, E.M. “La Fiscalía Especial...” *op. cit.* en p. 10.

³⁹³ SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991, p. 16.

³⁹⁴ ACKOFF, R. *Las fábulas antiburocráticas de Ackoff*. Barcelona: Granica, 1993, p. 42.

definición de ACKOFF, podría incluso argumentarse que se encuentra contenido el concepto de servicio público, ya que exige que esa posición de la que se abusa, ya sea privada o pública, esté dirigida a prestar servicios a los demás, es decir, al público.

Algunos investigadores, como ARGANDOÑA y MOREL BERENDSON, incluso eliminan el requisito de disfrutar de una posición de poder, siendo la base inicial de la corrupción el *abuso de una posición de confianza*³⁹⁵, configurando una definición de corrupción similar a la estudiada anteriormente del FMI, y ampliando por tanto de manera considerable el alcance del concepto, al poder darse corrupción en cualquier relación de confianza, incluso si no acontece un abuso de poder.

En el mismo sentido que los anteriores, LAMO DE ESPINOSA, defiende que la nota determinante de la corrupción es la quiebra de un mandato de confianza, pero añade algunas características novedosas al matizar que se trata de una quiebra de la confianza en la que *dos se alían para burlar intereses de un tercero, que uno de ellos representa*³⁹⁶. Este concepto de corrupción introduce el concepto del interés ajeno, que aunque ya se ha mencionado en las definiciones de SABÁN GODOY y ACKOFF, cobra en esta definición una especial relevancia, al exigirse no sólo su desplazamiento a favor de un interés privado, sino su lesión. Por otro lado ya no se acepta, como ocurría en la noción de ARGANDOÑA, que cualquier abuso de poder o abuso de confianza pueda ser considerado como corrupción, sino que se debe dar, en esas relaciones, una gestión de un interés ajeno que resulta perjudicado como consecuencia del acto corrupto, lo que configura esta noción de corrupción, en cierto modo, como la traslación –o mejor dicho, la ampliación– al ámbito privado de las concepciones basadas en el interés público³⁹⁷. Aquí ya no es un interés público el que se tiene la obligación de perseguir en el ejercicio de sus funciones, y que queda perjudicado por el acto corrupto, sino que se trata de cualquier interés, ya sea público o privado, pero en todo caso ajeno al sujeto corrupto y al corruptor.

³⁹⁵ ARGANDOÑA, A. y MOREL BERENDSON, R. “La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial”. En: *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*. IESE Business School: Universidad de Navarra, n.º 4, 2009, p. 8.

³⁹⁶ LAMO DE ESPINOSA, E. “Corrupción política y delincuencia económica”. En: TUSELL, J., E LAMO DE ESPINOSA, E. y PARDO, R. (eds.) *Entre dos siglos. Reflexiones para una democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp. 521-556.

³⁹⁷ Véanse pp. 143 y ss.

Otros autores, como es el caso de MALEM SEÑA, si bien dedican su obra al estudio de la corrupción pública o política, la diferencian claramente como parte de un concepto más amplio que es el de corrupción, añadiendo en sus estudios alguno de los mencionados apellidos al término corrupción –hablando por tanto de corrupción política o pública–, diferenciándola de otro tipo, la corrupción privada, que tiene lugar al margen de los poderes públicos y la existencia de la cual, de esta forma, aceptan de manera indirecta³⁹⁸. Así, MALEM SEÑA define corrupción como *aquellos actos que constituyen la violación activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en el marco de discreción con el objeto de obtener algún beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza*³⁹⁹.

En cuanto a la denominada por el autor corrupción política, MALEM SEÑA la define como *como aquellos [actos] que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de una función de carácter político con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza*.

2. HACIA UNA DEFINICIÓN CONCLUSIVA

Como hemos tratado de poner de manifiesto en los apartados anteriores, ni la doctrina ni las instituciones, legislaciones y organismos nacionales e internacionales han conseguido implantar una definición de corrupción concluyente que gozase de una amplia aceptación, si bien cada una de las definiciones aportadas asiste con determinados conceptos a la elaboración de un concepto de corrupción definitivo. La solución no es sencilla, y dado que la corrupción puede presentar variaciones de un ámbito territorial a otro, ésta pasa por un acuerdo general sobre los principios del servicio público, que sean universales y por tanto aplicables a todos los estados⁴⁰⁰. Sin embargo, y a pesar de que la unificación conceptual del fenómeno ha sido calificada como urgente desde hace años por buena parte de la doctrina⁴⁰¹, lo cierto es que la

³⁹⁸ MALEM SEÑA, J.F. “La corrupción política”. En *Jueces para la democracia*, n.º37, 2000, pp. 26-34 en p. 27. En este sentido, véanse también los artículos contenidos en: LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S. *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

³⁹⁹ MALEM SEÑA, J. *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 28.

⁴⁰⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado “Versus” Función Pública*. Madrid: Dykinson y Escuela Gallega de Administración Pública, 1996. p. 217.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

solución universal dista mucho de haberse conseguido, y es por ello que en el presente apartado trataremos de elaborar, basándonos en todo lo expuesto en las páginas anteriores, una definición que precise lo que consideramos como corrupción, confeccionando así un concepto que nos servirá de guía a lo largo de la preparación del resto del presente trabajo de investigación.

Para comenzar a perfilar nuestro concepto de corrupción vamos a realizar un análisis muy sencillo de algunas situaciones elementales, a través de un método de estudio y razonamiento inductivo. Ello nos ayudará a llevar a cabo una aproximación negativa del concepto, intentando identificar los factores principales que diferencian a los actos ilegales generales de los actos corruptos. Pensemos en unos ejemplos muy sencillos:

1. En un primer supuesto, un ciudadano entra en una copistería y, viendo que no hay nadie en el mostrador y que la fotocopidora está encendida, hace un determinado número de fotocopias de forma clandestina.
2. En el segundo supuesto, un ciudadano entra en una Administración Pública y, aprovechando que es la hora del almuerzo y las oficinas están vacías, entra a una de ellas y hace unas cuantas fotocopias.
3. En un tercer supuesto, un ciudadano entra en una Administración Pública y su primo, que es funcionario de la Administración, le hace algunas fotocopias para asuntos personales.
4. En un cuarto supuesto, un ciudadano va a la copistería, donde trabaja su primo, y le hace algunas fotocopias de manera gratuita.
5. En quinto lugar pensemos en que es el propio trabajador de la copistería, quien hace fotocopias para su propio uso personal.
6. En sexto lugar, imaginemos que el trabajador que realiza las fotocopias en la copistería es, en realidad, el propietario del negocio en lugar de un trabajador por cuenta ajena.
7. Por último, imaginemos un funcionario que utiliza la fotocopidora de su puesto de trabajo para fotocopiar e imprimir documentos personales.

Evidentemente, dada la simplicidad de los ejemplos, probablemente ninguno de ellos constituiría un verdadero acto de corrupción, o al menos no en las escalas y con la gravedad de los casos que estudiaremos en el presente trabajo. Pero obviemos por un

momento la inocencia del ejemplo, y tratemos de identificar si alguno de ellos podría ser calificado como corrupción.

Parece claro que, en los dos primeros casos, no se trataría de una cuestión de corrupción, sino en todo caso de un delito de hurto de los recogidos en el artículo 234 del Código Penal. Pero analicemos los supuestos algo más a fondo. La nota característica de ambos, y por la cual no pueden ser considerados como casos de corrupción, es que ninguna de las personas implicadas en ellos tiene un deber especial más allá de la obligación general que posee todo ciudadano de actuar conforme a Derecho. O, en otras palabras, ninguno de ellos tiene el deber especial de asegurar que las fotocopias sean pagadas, y por tanto no existe ninguna “traición” a su deber.

Como decimos, parece claro que estos ejemplos serían calificados como hurto y no como corrupción, pero esto no es tan evidente cuando nos trasladamos a terrenos más complejos y con mayor envergadura económica. Casos como el escándalo de Volkswagen –en el que se acusa a la compañía automovilística de manipular los medidores de emisiones de sus coches para que, al ser testados en los talleres y revisiones periódicas que debieran hacerse, no superasen los umbrales legales establecidos de emisiones a la atmósfera de nitrógeno y dióxido de carbono–, han sido calificados como corrupción en numerosas ocasiones⁴⁰², cuando realmente son equiparables al supuesto 2, tratándose –ya no de un hurto por la magnitud del delito– de un fraude o estafa.

De hecho, muchas definiciones de las mencionadas sí que incluirían dentro de su concepto de corrupción el caso Volkswagen, puesto que se trata de un “abuso de poder en beneficio privado”. Para estas definiciones, por tanto, los supuestos 1 y 2 no podrían ser calificados como corrupción, pero no por las razones esgrimidas en los párrafos anteriores (la falta de una traición o conflicto con los deberes), sino por el hecho de que quienes perpetúan el delito no tienen ningún poder especial del que abusar (poder que podría argumentarse que sí existe en el caso de Volkswagen, debido a la influencia de la empresa en la economía). Así, si los mismos hechos se cometen por grandes compañías que se aprovechan de su poder, como es el caso de Volkswagen, sí que podría, en base a

⁴⁰²“Escándalo en Volkswagen, la corrupción sale a flote”. 27/03/2012. [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/2012/03/27/dinero/821813>

dichas definiciones, ser calificado como corrupción. Es irrelevante, para este tipo de definiciones basadas únicamente en el abuso de poder, que dicho poder, del que se abusa, esté dirigido a proteger el bien que se lesiona o no.

Nosotros, sin embargo, creemos que el elemento de la falta de traición o conflictividad de intereses apuntado dos párrafos más arriba es un elemento esencial en el concepto de corrupción, de forma que actúa como nota determinante que hace que estos dos supuestos (1 y 2) no puedan ser considerados como corrupción.

Centrémonos ahora en los ejemplos número 4, 5 y 6. Todos ellos tienen en común que son desarrollados íntegramente en el sector privado (la copistería) e implican la intervención de una u otra forma de empleados de la empresa (recordemos que en el supuesto 1 es un ajeno a la empresa el que se hace con las fotocopias). En el supuesto 6, en el que es el propietario el que realiza fotocopias para uso personal, parece elemental que no puede existir corrupción, pero no es tan evidente que dicha acción quedase fuera del término si atendemos a las definiciones privadas mencionadas anteriormente⁴⁰³. Si tomamos como referencia dichas definiciones, encontramos que en el supuesto 6 se da un abuso de poder (pues se está aprovechando de su posición de propietario) para beneficio privado. Por tanto, de acuerdo a estas definiciones que, no olvidemos, son las utilizadas por la gran mayoría de instituciones internacionales en la lucha contra la corrupción, podríamos estar ante un caso de corrupción, por absurdo que pudiera parecer.

No obstante, resulta obvio que no debetarse como un caso de corrupción, y las razones racionales para su exclusión podemos encontrarlas en la Teoría de Agencia, la cual abordaremos con más detalle en otro espacio del presente trabajo⁴⁰⁴. Y es que, ciñéndonos a dicha teoría, en el supuesto número 6 lo que sucede es que el principal (quien ostenta los intereses de la actividad) y el agente (quien ejecuta la actividad, debiendo velar por los intereses del principal) son la misma persona (el jefe de la empresa), no existiendo como tal una situación de agencia que pueda producir un conflicto de intereses. O en otras palabras, no se da ningún tipo de conflicto de interés o de traición de las comentadas anteriormente puesto que, en este caso, los intereses

⁴⁰³Véanse pp. 148 y ss.

⁴⁰⁴Véase pp. 271 y ss.

particulares confluyen con los intereses de la empresa, dejándose de distinguir entre ambos. En este caso, por tanto, no cabría calificarlo como delito, siquiera como irregularidad, pues el propietario se está perjudicando, si es que perjudica a alguien, a sí mismo.

Debe existir, por tanto, la obligación de gestión de un interés ajeno, que pueda ser traicionado o lesionado a favor de un interés particular para que pueda existir corrupción.

El problema viene al determinar si el poder del que se abusa debe tener un componente público, o por el contrario puede ser meramente privado, lo que nos lleva a los casos 4 y 5, ante los cuales se nos presentan mayores dudas. Se trata de un abuso de poder (el puesto de trabajo) para beneficio personal, y además, en estos casos sí que se produce un conflicto de intereses fruto de una relación de Agencia –tenemos por un lado al principal (la empresa o el propietario) y a un agente (el trabajador) que es el encargado de gestionar los intereses del principal. En este caso el trabajador tiene una obligación especial de velar por los intereses de la empresa, los cuales traiciona al anteponer los suyos personales, que entran en conflicto con los primeros. Aquí podríamos hablar, en principio, de un caso de corrupción privada. Sin embargo, precisamente estos casos, que parecen los más próximos a la corrupción si aceptamos que ésta puede tener lugar en el sector privado, no son comúnmente calificados como tal ni por la opinión pública, ni por los medios de comunicación ni, en definitiva, por el uso cotidiano de la palabra⁴⁰⁵. Aunque conviene mencionar que tanto TI como nuestro CP consideran este tipo de conductas como actos de corrupción,⁴⁰⁶ en nuestra opinión, como afirma HOLMES, incluir aquellos casos en los que la irregularidad tiene lugar únicamente en el sector privado como actos de corrupción sería extender innecesariamente el concepto, incluyendo conductas que alteran la naturaleza del acto, y para referirse a las cuales existen otros términos perfectamente adecuados como fraude, delitos corporativos o

⁴⁰⁵ Véanse, a modo de ejemplo, las siguientes noticias en medios de comunicación españoles: “Un contable acusado de robar durante 26 años en su empresa justifica que le tocó la lotería” Publicada en el Diario *Faro de Vigo* el 13/06/2013. [consulta el 26/09/2016]. Disponible en: <http://www.farodevigo.es/portada-ourense/2013/06/13/contable-acusado-robar-durante-26/827864.html> ; o “Condenado a 2,5 años de cárcel por robar a su empresa el dinero de 27 coches que vendió”, publicado en *informacion.es* el 10/01/2013.

⁴⁰⁶ Art. 286 bis.

delitos de guante blanco.⁴⁰⁷ Pero, ¿qué diferencia entonces a estos delitos de la corrupción, si cumplen con todos los requisitos anteriormente mencionados? La respuesta la encontramos en el interés público. Y es que en efecto, en estos casos, el interés que el agente (trabajador) tiene la obligación de proteger en la relación de Agencia (es decir, el interés de la empresa), y que finalmente es perjudicado en favor de un interés privado (del trabajador), no es sino otro interés privado. No puede hablarse de corrupción cuando el interés lesionado es el de un particular, pues estaríamos extendiendo el concepto de corrupción a prácticamente cualquier faceta de la vida civil. Lo que diferencia a un caso de hurto o robo en la empresa y un caso de corrupción es que el interés lesionado por el agente o trabajador es privado en el primero y público o general en el segundo.

En nuestra opinión, por tanto, la línea básica que separa lo que es y no es corrupción es el interés público, que tal y como afirma MORRIS, brinda el criterio por el cual han de interpretarse y juzgarse todos los actos de gobierno⁴⁰⁸.

Y esto nos lleva, finalmente, a los supuestos 3 y 7, los cuales consideramos ejemplos calificables como corrupción (a pesar, como decimos, de la inocencia de los ejemplos), ya que cumplen con todos los requisitos anteriormente enumerados –es decir, la gestión y traición de interés ajeno con carácter público– que hacían que el resto de ejemplos no pudieran ser considerados como corrupción.

2.1. El fraude como fenómeno diferenciado de la corrupción y el carácter público de ésta

Del mismo modo, y aunque ya se ha hecho ligeramente mención a ello, la corrupción debe ser diferenciada de los casos de fraude. Aunque tradicionalmente fraude y corrupción han ido de la mano, llegando al punto de confundirse en un único fenómeno, lo cierto es que debe tenerse claro que se trata de dos realidades diferentes, que como tal, deben ser caracterizadas como unidades conceptuales independientes, y en este punto, nos parece conveniente conceptualizar, siquiera someramente y de manera frugal, el fenómeno del fraude, con el objetivo de ayudar a esclarecer los límites del

⁴⁰⁷ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 15.

⁴⁰⁸ MORRIS, S.D. *Corrupción y política... op. cit.* en p. 18.

concepto de corrupción y evitar confusiones entre ambas nociones a lo largo del presente estudio.

Es innegable, en este sentido, que de cara a una efectiva aplicación de las políticas de integridad económica, el fraude y la corrupción no pueden ser abordados de forma normativamente independiente – o al menos no de manera taxativa. Intentar construir un muro que separe ambos problemas sería una empresa estéril, pues la especial vinculación que presentan ambos fenómenos, que comparten gran parte de sus causas y consecuencias, y que de forma habitual pueden encontrarse entrelazados en un mismo suceso, hace que una regulación eficiente hacia la integridad deba ser puesta en marcha a la luz de uno y otro fenómeno, con el fin de no convertir la normativa y el estudio anticorrupción en una torre de marfil regulatoria, ajena a toda realidad del mundo administrativo, político y económico.

Aunque pueda parecer una cuestión meramente semántica, y quepa incluso argumentarse que el fraude y la corrupción son en verdad dos realidades que aparecen en la práctica, en la mayor parte de las ocasiones, entrelazadas, conviene diferenciar los conceptos y delimitar correctamente sus ámbitos de actuación. De otro modo, correríamos el riesgo de banalizar el concepto de corrupción, ampliando su alcance a cualquier delito económico, o incluso a cualquier delito común en el que una persona actuase sin la debida integridad moral que se le exige. Y es que en los últimos tiempos venimos viendo, fuera e incluso dentro del mundo académico, cómo el término corrupción está siendo indebidamente prolongado hasta abrazar dentro del mismo situaciones y sucesos que no se corresponden con la naturaleza del concepto. Y dentro de esta anarquía semántica en la que se encuentra inmerso el término, ha resultado especialmente afectado el de fraude, el cual encontramos, cada vez de forma más habitual, tanto en la expresión oral como escrita de los medios de comunicación, reducido a un sinónimo de corrupción o, en el mejor de los casos, un tipo de corrupción⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹Como muestra del uso del concepto de corrupción por los medios de comunicación, pueden verse las siguientes noticias: “La corrupción real salpica a la ficción de TVE 'Cuéntame'”. Diario *El Mundo*. 07/05/2016 [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.elmundo.es/opinion/2016/05/07/572cca10268e3ee83e8b469b.html> ; DÍEZ GETINO, J.E. y TORIJA HERRERO, S. “Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º 2, septiembre – diciembre 2016. p. 4;

En este sentido, de acuerdo con el Banco Mundial, debe considerarse fraude *todo acto u omisión, incluida una interpretación errónea, que dolosa o negligentemente engaña, o intenta engañar, a una parte con el objetivo de conseguir un beneficio financiero o de otro tipo o de evadir una obligación*⁴¹⁰. Una definición que es asumida también por otros organismos similares como el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD)⁴¹¹.

Por su parte, la OLAF, en el trabajo de investigación realizado de manera conjunta con la Universidad Ramón Llull (ESADE) –*Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*– han adoptado una definición contenida en el artículo 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, el cual establece que: *Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido*⁴¹².

De modo similar, *Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea*, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas define «fraude» en materia de gastos como cualquier acción u

“Escándalo en Volkswagen, la corrupción sale a flote”. 27/03/2012. [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/2012/03/27/dinero/821813>

⁴¹⁰ “A fraudulent practice is any act or omission, including a misrepresentation, that knowingly or recklessly misleads, or attempts to mislead, a party to obtain a financial or other benefit or to avoid an obligation”. Sitio web del Banco Mundial [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.worldbank.org/en/about/unit/integrity-vice-presidency/what-is-fraud-and-corruption>

⁴¹¹ Sitio web del BERD [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.ebrd.com/downloads/integrity/FCguidelines.pdf>

⁴¹² TORNOS, J., FÉREZ, M., ARROYO, A., e YSA, T. “Detección y Reducción de irregularidades en la gestión e implementación de los fondos europeos: el correcto cumplimiento de la normativa de la UE en materia de contratación pública”. En OLAF y ESADE. *Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*. Informe parte del Programa Hércules de la Unión Europea, 2015. p.14

omisión intencionada relativa: (1) a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos precedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta; (2) al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; (3) al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio⁴¹³.

Otros organismos nacionales ofrecen definiciones similares. Es el caso del Departamento para el Desarrollo Económico de la República de Sudáfrica, que define el fraude como el *acto ilegal e intencionado de tergiversación que causa un daño real o potencia a otra persona*⁴¹⁴. Por su parte, la RAE lo califica como el *acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros*⁴¹⁵.

En estas definiciones se aprecia una característica común: el engaño con el objetivo de conseguir un beneficio mediato o inmediato. De esta forma, podríamos afirmar que mientras la corrupción puede identificarse con la traición o deslealtad⁴¹⁶, el fraude supone un engaño. Mientras la corrupción requiere de un deber previo, que debe ser observado, y que es traicionado por la persona corrupta a favor de sus intereses personales, el fraude no requiere de un deber o una obligación previa para su existencia.

Otra de las cuestiones claves que tradicionalmente se ha venido afirmando como diferencia entre corrupción y fraude estriba en que aquella exige dos actores, mientras que éste únicamente uno. Aunque esto puede ser verdad en la mayor parte de los casos, no puede, a nuestro juicio, establecerse como regla general. Si bien es cierto que el fraude lo realiza únicamente un actor (como en el caso Volkswagen, la propia empresa), en el caso de la corrupción, no necesariamente se precisa que intervengan dos actores. De esta forma, si volvemos la mirada a los simples ejemplos que enumerábamos al

⁴¹³COMISIÓN EUROPEA. *Fondos Estructurales y...* op. cit. en p. 9.

⁴¹⁴*The unlawful and intentional making of a misrepresentation which causes actual and or potential prejudice to another.* Sitio web del Departamento para el Desarrollo Económico de la República de Sudáfrica [consulta el 13 de febrero de 2017] Disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2007/102.html>

⁴¹⁵ Diccionario en línea de la RAE: <http://dle.rae.es/?id=IQS313i>

⁴¹⁶MALEM SEÑA, J.F. “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104-II, Enero-Abril 2016, pp. 25-41 en p. 27.

inicio del apartado, nos encontramos con que en el caso número 4, que sería considerado como un caso de corrupción por la mayor parte de la sociedad, existe un único actor, el trabajador público que utiliza la fotocopiadora para uso privado; y del mismo modo sucedería, por ejemplo, en el caso de un empleado público que, responsable de la contratación pública de su municipio, adjudica contratos a una empresa enteramente de su propiedad. Aquí no hay dos partes implicadas, sino únicamente una, que “se corrompe”.

En este sentido, no creemos que el número de actores sea determinante a la hora de calificar un acto de corrupción, sino que el aspecto principal a tener en cuenta debe ser el de interés público, de manera que la nota diferencial de la corrupción será la lesión de un interés público por traición—que se corresponde con aquel de la entidad pública a la que se sirve, y el cual el empleado público tiene la obligación profesional de proteger—en beneficio privado.

Así, siguiendo en este sentido la línea interpretativa de RIVERO ORTEGA, estimamos que para apreciar corrupción se precisa que la persona que realiza un acto corrupto ostente un poder que deba guiarse por intereses públicos, y que al actuar de forma corrupta⁴¹⁷, anteponiendo intereses privados, se esté al mismo tiempo perjudicando al interés público y a la entidad para la que se actúa, traicionando sus funciones como empleado público. Sin un trabajador público que tenga el deber de perseguir el interés público, no puede existir la corrupción. Tal y como sostiene RODRÍGUEZ-ARANA, *la corrupción supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida en que un funcionario o político traiciona deliberadamente el sentido de la gestión de los intereses colectivos en contra del bien común*⁴¹⁸, y por tanto únicamente puede darse corrupción si existe dicha traición, o lo que es lo mismo, si existía previamente al acto corrupto una obligación de actuar en aras del interés público.

De todo lo anterior se extrae que nuestra definición de corrupción se circunscribe al ámbito público, pues al concebir como cláusula determinante la traición interés público en los términos que venimos de concretar, se hace indispensable que al menos una de las partes implicadas en el acto sea un empleado público, ya que sólo éste tiene el deber

⁴¹⁷RIVERO ORTEGA, R. “Corrupción y contratos públicos:...” *op. cit.* en p. 110.

⁴¹⁸RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* *op. cit.* en p. 205.

de defender el interés general como compromiso inherente a su cargo de manera previa al acto corrupto y puede, por tanto, traicionarlo⁴¹⁹. Y es que, tal y como señala RODRÍGUEZ-ARANA, *lo decisivo [...] es que la conducta se produzca por quien está investido de poder público*⁴²⁰, pues sólo de esa forma existirá una obligación de velar por el interés público que pueda ser posteriormente incumplida o traicionada. Y así, afirmamos que no puede haber corrupción si no está implicada, de una u otra forma, un empleado público en tanto que garante del interés público.

2.2. La noción de empleado público

Sin embargo, una vez que hemos delimitado nuestro concepto, aceptando que sólo los empleados públicos pueden incurrir en actos de corrupción, ¿qué debemos considerar empleado público a efectos de corrupción? La UE ha realizado diversos pronunciamientos en cuanto al concepto de empleado público en la lucha contra el fraude y la corrupción se refiere. Así, en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, en el año 2012, se define funcionario (*public official*) en un sentido amplio como:

- a) *cualquier persona que ejerza una función de servicio público para la Unión o en los Estados miembros o en terceros países mediante el desempeño de un cargo legislativo, administrativo o judicial;*
- b) *cualquier otra persona que ejerza una función de servicio público para la Unión o en los Estados miembros o en terceros países que, aunque no desempeñe ningún cargo, participe en la gestión o en las decisiones relativas a los intereses financieros de la Unión.*

De esta definición se extrae que el concepto de funcionario público de la UE no se limita simplemente a los funcionarios tal y como los entiende tradicionalmente nuestro

⁴¹⁹ Nuestro concepto de corrupción se correspondería en este sentido con el mencionado “crimen repetundarum”, con el que Roma tipificaba los actos en los que un cargo público abusaba de su poder en perjuicio del interés general, y que tenía un carácter marcadamente público. Y es que los delitos que hoy conocemos como corrupción, que tienen su origen en el mencionado tipo delictivo romano, presentan unas marcadas raíces públicas que sólo en tiempos modernos, quizá por la adulteración del concepto y la expansión del uso del término llevada a cabo por la opinión pública, se ha llegado a cuestionar.

⁴²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* op. cit. en p. 215.

Derecho Administrativo⁴²¹, donde el término poseía un significado mucho más acotado, sino que se corresponde más bien con la concepción de empleado público manejada por el Derecho Penal⁴²² y, aun así, ésta sigue teniendo un alcance más limitado. Nuestro Estatuto Básico del Empleado Público, por ejemplo, define empleado público como *quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*. Esta noción, aunque comprende a la gran mayoría de los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas en diferentes formas de contrato, limita el alcance del concepto empleado público a aquel que está al servicio de la Administración pública, excluyendo a todos aquellos trabajadores que se encuentran al servicio del resto de entidades del sector público no Administración pública – especialmente empresas públicas o semipúblicas y fundaciones. Por el contrario, el concepto europeo de funcionario público se extiende generosamente al sustentarse la base de su definición sobre la noción deservicio público prestado al Estado, cualquiera que sea el tipo de entidad y la forma contractual a través de la que se preste el mencionado servicio. Esta extensión, que tiene por objeto limitar los efectos del fenómeno conocido como huída del derecho administrativo⁴²³, implica que cualquier ciudadano que ejerza funciones de servicio público en su trabajo, incluso aunque no desempeñe ningún cargo ni participe en la gestión del ente público en cuestión, debe ser considerado, de acuerdo con la UE, empleado público en materia anticorrupción.

La definición ha sido desarrollada posteriormente por el *Documento Legislativo Consolidado. Posición del Parlamento Europeo*, aprobado en primera lectura el 16 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE del Parlamento

⁴²¹En este sentido, el artículo 9.1 del EBEP define funcionario de carrera como: *quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*; y funcionarios interinos como: *los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) *La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) *La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.*
- d) *El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.*

Todo aquel trabajador público que no se encuentre entre estos supuestos, quedaría excluido del alcance de la noción de funcionario público según el Derecho Administrativo.

⁴²²CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales...” *op. cit.* en p. 43.

⁴²³Al respecto, véase CHINCHILLA MARÍN, C. “El Derecho de la Unión Europea como freno a la huída del derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016, pp. 361-383.

Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, que establece que *es necesario incluir una definición de los funcionarios públicos que abarque a todos los funcionarios –nombrados, elegidos o empleados por contrato– o que desempeñen una función oficial en la Unión, en los Estados miembros o en terceros países, [...] es necesario, por lo tanto, que la definición de «funcionario público» a efectos de la presente Directiva englobe también a personas que no desempeñen una función oficial pero a las que, de manera similar, se haya asignado una función de servicio público que estén ejerciendo, en relación con los fondos de la Unión.* Entiéndase que la última afirmación –“en relación de los fondos de la Unión”– responde a las necesidades de una regulación específica, y que para dotar a dicha definición de un alcance universal, debe sustituirse el citado fragmento por “en relación a los fondos públicos” (considerando 8).

De este modo, la noción de funcionario público o empleado público de la UE gira entorno a la idea del interés general y el servicio público. Según esta definición todo aquel trabajador que tenga la obligación de perseguir un interés general, o que deba gestionar fondos públicos –al fin y al cabo, si gestiona fondos públicos de uno u otro modo, su actividad tiene efectos sobre el interés general– debe ser considerado como empleado público, al menos a efectos de estudio del problema de la corrupción.

Por su parte, la CNUCC –recordemos, ratificada por España y por tanto con carácter vinculante para nuestro país– también recoge una definición de empleado público que se corresponde con la esbozada por la Unión Europea, al incluir, además de todos los que desempeñen un cargo legislativo, administrativo, judicial o ejecutivo dentro de la Administración, a cualquier persona que desempeñe profesionalmente una función pública⁴²⁴.

Así, la CNUCC establece en el apartado a) de su artículo 2, que por “funcionario público” se entenderá: *i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un*

⁴²⁴Véase en este sentido CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales...” *op. cit.* en p. 43.

organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

Esta definición, que como decimos es de carácter vinculante para España, incluye todos aquellos empleados de organismos y empresas públicas, y todos aquellos otros trabajadores que presten un servicio público. En este sentido, debemos destacar que es cuanto menos cuestionable que en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, que regula una de las áreas más propensas a la corrupción, no se hayan incluido bajo su regulación, hasta las últimas modificaciones y únicamente de manera parcial, entidades como los sindicatos, los partidos políticos y organizaciones profesionales cuando no hay financiación pública mayoritaria⁴²⁵.

El CP español elabora también una definición de funcionario en sentido relativamente amplio y de carácter funcional⁴²⁶, al establecer en su artículo 24.2. *que se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.* De esta manera, se limitan las exigencias para ser considerado funcionario público a participar en el ejercicio de las funciones públicas, siguiendo la línea conceptual señalada previamente de CNUCC y la UE; si bien es cierto, por otro lado, que el propio CP excluye de esta definición a aquellos cargos políticos que el texto legal considera “autoridad”⁴²⁷, al tiempo que han existido divergencias en la jurisprudencia sobre la inclusión o no bajo esta noción de funcionario público de los cargos honoríficos

⁴²⁵GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en pp. 83-84; NOGUERA DE LA MUELA, B. “El ámbito subjetivo...” *op. cit.* en pp. 233-280 en p. 265.

⁴²⁶Así lo expone claramente el TS en diferentes sentencias, como la STS 1122/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007/9120), en la que afirma que *la doctrina de esta Sala ha dejado claro que el concepto de funcionario público a que se refiere el art. 24 es privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios del Derecho Administrativo o del social.* Véanse a su vez otras sentencias del TS como las siguientes: 4/12/2002 y, para el anterior art. 119, la de 11/10/1993.

⁴²⁷Aunque hay autores que consideran esta categoría un tipo de funcionariado. Véase JAVATO MARTÍN, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 23, 2011, pp. 145-172 en p. 166.

de la Administración⁴²⁸, que en el caso de las definiciones planteadas por la CNUCC y la UE, estarían de manera indudable contemplados bajo el término.

Se trata, en todo caso, de una definición amplísima que incluye dentro del concepto de funcionario público a todas aquellas personas que desempeñan una función pública o un servicio público, y que contrasta con la concepción administrativista clásica de funcionario público, mucho más limitada a un determinado tipo de trabajadores de las Administraciones públicas. Se equipara en este sentido, el término de funcionario público con el de empleado público, siendo el elemento determinante el ejercicio de funciones públicas en búsqueda del interés general.

Y es que es innegable que, en lo que se refiere a la lucha contra la corrupción, la noción de empleado público que debemos manejar debe ser entendida en un sentido amplio. Carecería de razón alguna el limitar de manera artificial la existencia de la corrupción únicamente a aquellos que están en disposición de un contrato laboral determinado, ya que si tenemos en cuenta que la corrupción se encuentra irremisiblemente ligada a la gestión de intereses públicos, todos aquellos trabajadores que *de facto* estén prestando servicios públicos y tienen un mínimo de poder discrecional pueden en la práctica lesionar el interés público en beneficio privado y, por ende, incurrir en corrupción. Limitar el concepto de empleado público al concepto tradicional Administrativo de funcionario, o eximir de su alcance a figuras como las de cargo honorífico o asesor de la Administración, supondría limitar el fenómeno de la corrupción, a través de características formales del ámbito subjetivo, a unos pocos casos aislados, otorgándoles una impunidad injustificada al resto de irregularidades⁴²⁹, cuando lo cierto es que la corrupción no entiende de límites formales sino que es una cuestión de fondo, ligada intrínsecamente al devenir del interés público, y cuyo ámbito subjetivo debe

⁴²⁸ En lo relativo a la figura de los cargos honoríficos, nos remitimos al trabajo de CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales...” *op. cit.* en pp. 29-56; de especial relevancia nos parece la afirmación recogida en el segundo párrafo de la página 43 del citado trabajo, donde el autor afirma: *Ante esta discrepancia en la interpretación penal, creo que se hace necesario acudir de nuevo al marco jurídico internacional, en el que, como ya hemos visto, un tratado internacional ratificado por el Estado español (la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción) contempla a estos sujetos que desarrollan tareas administrativas en cargos honoríficos como posibles autores del delito de abuso de funciones, o negociaciones prohibidas, con lo que no puedo hacer más que destacar la importancia de la novedad de esta SAP de Madrid de 29 de mayo de 2013, que los considera incluidos dentro del término penal «funcionario público», lo que constituye la interpretación más favorable a la lucha contra la corrupción y acorde con el citado tratado internacional de Naciones Unidas, ratificado en 2006 por el Estado español.*

⁴²⁹ HOLMES, L. *Corruption: A Very...* *op. cit.* en p. 4.

encontrarse, así, en toda aquella persona que tenga capacidad para lesionarlo, independientemente del vínculo formal que le una a la Administración.

Por tanto, en la elaboración de nuestra definición de corrupción nos adscribimos a la línea interpretativa marcada por la UE y de CNUCC, que armoniza puntualmente con nuestro concepto de corrupción basado en el interés general, y por ende consideramos empleado público todo aquel que realiza un servicio público y que por tanto debe obedecer, respetar y perseguir el interés público y los principios del Derecho Administrativo.

2.3. La noción de Administración Pública y poder adjudicador

Para la corrupción en la contratación pública, además de la mencionada noción de empleado público, es de especial relevancia la definición de poder adjudicador desarrollada por la jurisprudencia y recogida en la Directiva 2014/24/UE, pues en este ámbito, que constituye el objeto de estudio del presente trabajo de investigación, la parte pública del acto corrupto deberá ser siempre, de manera forzosa, un poder adjudicador o una persona que actúe en nombre o al servicio del mismo. Además, el concepto de poder adjudicador manejado por la jurisprudencia y la normativa europea comulga, como no podría ser de otra forma, con el de empleado público elaborado por sus mismas instituciones.

Sin embargo, antes de proceder a exponer el concepto de poder adjudicador, conviene señalar que el Derecho de la UE no cuenta con una definición unitaria de Administración pública que sea aplicable con carácter general, sino que ésta presenta una naturaleza multiforme⁴³⁰. Aunque todas las definiciones de Administración pública utilizadas por el Derecho comunitario utilizan un criterio de control fáctico, es decir, centrado en la influencia y control que pueda tener la autoridad pública a la hora de intervenir la actividad de la entidad en cuestión, lo cierto es que el Derecho europeo

⁴³⁰ De hecho, el Derecho europeo siquiera utiliza el término Administración pública formalmente, sino que se refiere a la misma con otra terminología diferente: entes, autoridades o poderes públicos. MORENO MOLINA, J.A., “La decisiva influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de formación del Derecho Administrativo Europeo”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VAZQUEZ IRIZARRY, W. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C. (Coord.) *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*. Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, tomo I, pp. 182-191.

elabora una serie de nociones de Administración pública sectoriales en función del ámbito específico al que haga referencia dicha definición: contratos públicos, empleo público, ayudas y subvenciones, etc.⁴³¹ Por ello, resulta obligado, para alcanzar una definición concluyente, acudir a aquellos sectores en los que bien la jurisprudencia o bien las normativas han elaborado un concepto de Administración pública⁴³².

En el caso de la corrupción en la contratación pública, como decimos, el concepto de Administración pública vendrá marcado por la noción europea de poder adjudicador⁴³³. Así, la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 2.1.1. define poderes adjudicadores como *el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público*, siendo organismo de Derecho público todo aquel que reúna todas las características siguientes:

1. *que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;*
2. *que esté dotado de personalidad jurídica propia, y*
3. *que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público (más de 50%), o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.*

Esta definición de poder adjudicador es fruto, como señalábamos, de un elaborado trabajo que a lo largo de los años ha ido desarrollando el TJUE, que debemos mantener muy presente en nuestras interpretaciones a la hora de aplicar el concepto de poder adjudicador, y por ende de empleado público en tanto en cuanto elemento condicionante

⁴³¹*Ibidem.*

⁴³²*Ibidem.*

⁴³³Conviene matizar que, en el caso de la lucha contra la corrupción a nivel global, el concepto de organismo público puede incluso extenderse más allá de los que regula la Directiva 2014/24/UE para las entidades adjudicadoras.

del ámbito de actuación anticorrupción⁴³⁴.

Y es que este órgano jurisdiccional, ya desde su sentencia de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, ha venido reiterando que el concepto de *organismo de Derecho público* debe recibir una interpretación funcional y ser interpretado en un sentido amplio que incluye los tradicionalmente referidos como entes instrumentales⁴³⁵. De hecho, para el alto tribunal europeo, carece de interés la forma jurídica en la que se haya constituido el órgano en cuestión de acuerdo al derecho nacional⁴³⁶, y centra los aspectos determinantes en elementos de funcionamiento práctico de las entidades. Se trata de un concepto que se encuentra ya considerablemente delimitado en las nuevas Directivas europeas, pero que debe ser siempre interpretado de acuerdo a la jurisprudencia del TJUE para dilucidar las posibles dudas interpretativas que puedan manar de su lectura literal⁴³⁷.

De este modo, el TJUE ha aclarado diferentes controversias generadas en relación a los requisitos o componentes necesarios de organismo de Derecho público. Así sucede con el concepto de *necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*, sobre el que el TJUE ha declarado que *pertenece al Derecho comunitario y debe interpretarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta dicho artículo y el objetivo que persigue dicha Directiva*⁴³⁸, entendiendo el elemento determinante para su determinación el hecho de que dichas necesidades no se satisfagan mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decida satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una

⁴³⁴ GALLEGO CÓRCOLES, I. “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 77, 2008, pp. 44 y ss.; GIMENO FELIÚ, J.M. “Los sujetos contratantes: alcance del concepto “poder adjudicador””. QDL, n.º 12, 2006, pp. 50-72 en pp. 51 y ss.; MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 148 y ss.

⁴³⁵ GIMENO FELIÚ, J.M. “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”. *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, pp. 425-440 en p. 433; NOGUERA DE LA MUELA, B. “El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2917, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 233-280 en pp. 240 y ss.

⁴³⁶ *Siendo a este respecto indiferentes la forma y el régimen jurídico de dichas entidades*. TJUE, asunto C-283/00, *Siepsa*, de 16 de octubre de 2006, apartado 76. Véanse los comentarios al respecto de CHINCHILLA MARÍN, C. “El Derecho de...” *op. cit.* en p. 370.

⁴³⁷ CHINCHILLA MARÍN, C. “El Derecho de...” *op. cit.* en p. 369.

⁴³⁸ TJUE asunto C-373/00, *Adolf Truley*, de 27 de febrero de 2003, apartado 40; véase también TJUE, asunto C-283/00, *Siepsa*, de 16 de octubre de 2006, apartados 25 a 41.

influencia determinante⁴³⁹, y no siendo en ningún momento relevante la importancia relativa que ocupen dichas actividades de satisfacción de interés público en relación con la actividad global de la empresa⁴⁴⁰.

También la necesidad de contar con personalidad jurídica propia, a pesar de tratarse de un requisito eminentemente formal, ha sido interpretado con matices funcionales por parte del TJUE, en tanto en cuanto la naturaleza pública o privada de esta personalidad jurídica es irrelevante en aplicación del derecho europeo⁴⁴¹.

En el mismo sentido, en cuanto al control que deba ejercer otro organismo de Derecho público sobre la entidad en cuestión para ser considerado entidad adjudicadora, entendiéndose que el elemento determinante si *los diferentes controles a los que se somete [la entidad en cuestión] crean una dependencia de ésta(s) con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos*⁴⁴². Por ello, allende los requisitos formales expresados en el articulado sobre la financiación o la composición de los órganos de dirección o de administración de una entidad, se considerará organismo de Derecho público a aquella entidad sobre la que la Administración u otra entidad de Derecho público ejerza una influencia *equivalente a la*

⁴³⁹STJUE asunto C-373/00, *Adolf Truley*, de 27 de febrero de 2003, apartado 50; TJUE asunto C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto*, de 22 de mayo de 2003, apartado 49.

⁴⁴⁰ En palabras del propio TJUE, *en virtud de reiterada jurisprudencia*, en efecto, la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. STJUE asunto C-373/00, *Adolf Truley*, de 27 de febrero de 2003, apartado 53. A estos criterios señalados de alcance general, habría que añadir, como bien expone CHINCHILLA MARÍN, otros que, por si bien por sí mismos no implican la satisfacción de necesidades de interés general (véase TJUE asunto C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto*, de 22 de mayo de 2003, apartado 50), deben contribuir a la determinación de dicha característica siendo ponderados por el tribunal: (1) que exista o no un mercado con competencia desarrollada de los bienes y servicios ofertados; (2) que el fin lucrativo o mercantil constituya el fin principal de la sociedad; (3) que ésta esté sometida al riesgo operacional del mercado; (4) que exista riesgo de que en una hipotética adjudicación de contrato la empresa se guíe por razones diferentes de las estrictamente económicas. CHINCHILLA MARÍN, C. “El Derecho de...” *op. cit.* en p. 370; véase también, al respecto, lo expuesto por GIMENO FELIÚ, J.M. “La necesaria interpretación...” *op. cit.* en pp. 433-434.

⁴⁴¹ GIMENO FELIÚ, J.M. “La necesaria interpretación...” *op. cit.* en p. 435; y TJUE, asunto C-31/87, *Beerijes*, de 20 de septiembre de 1988, apartado 11; CONCHA JARAVA, M. “El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998”. En: HINOJOSA MARTÍNEZ, E. *La contratación de las administraciones públicas*, Comares, 2001, pp. 243-256; BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 163-202 en pp. 170 y ss.

⁴⁴² STJUE, asunto C-237/99, *Comisión/Francia*, de 1 de febrero de 2001, apartado 48; GIMENO FELIÚ, J.M. “La necesaria interpretación...” *op. cit.* en pp. 436; GIMENO FELIÚ, J.M. “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º 298, 2009, pp. 55-70; BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal...” *op. cit.* en p. 172.

*que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos [...] que permita influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos*⁴⁴³.

Poniendo en relación el concepto de poder adjudicador europeo con el de empleado público analizado anteriormente, podemos concluir que todo empleado de un poder adjudicador debe ser considerado empleado público, debido precisamente a una de las características que debe tener todo poder adjudicador, *que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil* que sea parte de la Administración estatal, regional o local, lo que conlleva que sus trabajadores deberán perseguir el interés general en el ejercicio de sus funciones, convirtiéndolos de manera automática, según la definición expuesta, en empleados públicos.

Esto no quiere decir, sin embargo, que no pueda haber, más allá de los empleados de los poderes adjudicadores, personas que puedan tener la consideración de empleado público a efectos de integridad, debido, por ejemplo, a que, aun trabajando para el sector privado, en determinadas circunstancias actúan en nombre del poder adjudicador o en servicio de éste (aunque no les una ninguna relación contractual ni electoral – recordemos que el ámbito subjetivo de la corrupción debe ser aplicado de manera funcional –). Podemos pensar, especialmente, en la fase de preparación y diseño del contrato, en la que el sector privado puede jugar un papel importante que determinará el futuro de la licitación.

Una vez expuesto lo anterior, podemos afirmar que nuestro concepto de corrupción únicamente puede ser llevado a cabo por trabajadores públicos entendidos en la forma expresada, y que debe existir en todo caso obligación de defensa del interés público, que en el caso de la contratación pública se traduce en una obligación de defensa de los intereses del poder adjudicador.

2.4. El concepto de legalidad

⁴⁴³STJUE, asunto C-237/99, *Comisión/Francia*, de 1 de febrero de 2001, apartados 49 y 59; Véanse a su vez STJUE, asunto C-214/00, *Comisión/Reino de España*, de 15 de mayo de 2003; STJCE, asunto C-380/98, *University of Cambridge*, de 3 de octubre de 2000.

Como se ha expuesto en páginas anteriores⁴⁴⁴, la postura de la doctrina varía notablemente en relación a la calificación jurídica que deben tener los actos para poder ser considerados corruptos: desde la tipificación delictiva considerada por RIVERO ORTEGA⁴⁴⁵, hasta la mera “mala praxis”, acto moralmente reprobable, o la ausencia del requisito de ilegalidad que defienden otros autores como LÓPEZ CALERA, MALEM SEÑA, GARZÓN VALDÉS, GONZÁLEZ PÉREZ, KAUFMANN o TREISMANN⁴⁴⁶.

Nosotros consideramos que, en coherencia con lo expuesto en los párrafos anteriores, que comienzan a dibujar un concepto de corrupción basado en el interés público, debemos inclinarnos hacia la segunda línea interpretativa mencionada, que suprime la exigencia de ilegalidad del acto para apreciar corrupción.

En este sentido, cabe matizar que coincidimos con GARZÓN VALDÉS cuando expone que *el concepto de corrupción está obviamente vinculado con el sistema normativo*⁴⁴⁷, si bien es cierto que, como defiende el propio autor, el sistema normativo relevante está formado no sólo por las normas legalmente vinculantes, de carácter positivo, sino también por las normas éticas de comportamiento, profesionalidad y diligencia que rigen el cargo que ostentan o las funciones que desempeñan, incluso aunque éstas no se encuentren recogidas en ningún código ético. De esta forma, desde un comportamiento basado en el buen gobierno, se evita el excesivo relativismo en que incurren aquellas teorías que sostienen la mera inmoralidad o falta de ética de los actos corruptos, que está cargada de una excesiva subjetividad y que convierte a prácticamente cualquier acto en susceptible de ser catalogado como corrupción en función de quién sea el observador.

La contravención del *sistema normativo relevante*, como conjunto de reglas, éticas de comportamiento, profesionalidad y diligencia ampliamente aceptadas, se convierte así en otro de los requisitos esenciales para apreciar corrupción, no pudiendo calificarse de corrupto un acto si el trabajador público ha actuado de acuerdo a la legalidad y a los códigos éticos y de buen gobierno socialmente aceptados, incluso si se cumpliesen el

⁴⁴⁴Véanse pp. 130 y ss.

⁴⁴⁵Véase p. 133.

⁴⁴⁶Véanse pp. 138 y ss.

⁴⁴⁷GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto...” *op. cit.* en pp. 42-52.

resto de requisitos del concepto⁴⁴⁸. Pero además, a nuestro juicio, debe exigirse que esta “mala praxis” llevada a cabo por el trabajador público que vulnera el mencionado “sistema normativo vinculante” sea dolosa, o cuanto menos consciente⁴⁴⁹. Y es que, en efecto, el término corrupción acarrea de forma inherente una decadencia moral o comportamiento malvado, que no se da en los casos de negligencia o error del funcionario a la hora de actuar. Debe existir, por tanto, una conciencia por parte del funcionario de estar actuando de una manera poco ética o con falta de integridad moral. De lo contrario, se podrá igualmente reclamar al trabajador que responda por los daños ocasionados al caudal público como consecuencia de su error o negligencia, pero nunca podrá ser calificado como un acto de corrupción.

2.5. El beneficio del acto corrupto

Y de esta forma llegamos al último punto de nuestra definición, relativo al beneficio obtenido como consecuencia del acto corrupto. En este espacio nos remitimos de manera literal a lo establecido por PADIOLEAU en su definición, que reza, en lo relativo al beneficio de los actos corruptos, lo siguiente: *3. Con la consecuencia (esperada) de dar, a individuos o a grupos, ‘medios de acceso o de influencia’ en los procesos de decisión política y administrativa ‘superiores’ a los que ellos dispondrían en un ejercicio abierto. 4. Y traduciéndose eventualmente por ‘beneficios’ tangibles, materiales o de otra clase, por las partes (o alguna de ellas) intervinientes en la transacción*⁴⁵⁰.

Nos parece una excelente explicación del beneficio que debe producirse para constituir un acto corrupto, que no tiene por qué ser un beneficio real, sino que por el contrario basta con que se adulteren las condiciones normales de acceso de los individuos u operadores económicos a los beneficios de la administración –en nuestro caso relativos a contratos administrativos⁴⁵¹.

⁴⁴⁸CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit. en p. 39

⁴⁴⁹En éste sentido, véase p. 133 y ss. Véase, a su vez, GIGLIO FIGUEREIDO, I. *Improbidade administrativa: dolo e culpa*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2010. pp. 103 y ss.

⁴⁵⁰PADIOLEAU, J.G. “De la corruption dans...” op. cit. pp. 33-58; JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. “La corrupción en...” op. cit. en p. 139. Véanse pp. 138 y ss.

⁴⁵¹CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit. en p. 39.

Cabe mencionar que esta interpretación podría tener cabida en otras definiciones, siempre y cuando entendamos que un trato privilegiado en los medios de acceso o una mayor influencia suponen un beneficio real, y por tanto pueden formar parte del término “beneficios privados” utilizado por otros autores. Así lo considera NYE, que habla de beneficio posicional o de estatus como un beneficio real⁴⁵². Sin embargo, consideramos que la delimitación del beneficio de PADIOLEAU es considerablemente más precisa y ajustada a la realidad actual, al no sólo definir un beneficio posicional, sino afirmar que cualquier discriminación en el trato que eventualmente pueda producir un beneficio – independientemente de que éste se acabe produciendo o no– es suficiente para poder afirmar que se trata de un acto de corrupción.

Por último, en cuanto al beneficio privado, cabe destacar que éste podrá serlo del propio trabajador público o de un tercero, tenga o no éste relación alguna con aquel. De este modo, nos desvinculamos en cierto modo de otras definiciones de corrupción que exigen cierta relación familiar, de afinidad o de cualquier otro tipo entre el trabajador público y el eventual tercero beneficiado, siendo este hecho “irrelevante” en nuestra definición.

Sería inútil negar que, en cualquier caso de corrupción en el que hay más de un actor, y en el que el beneficiado no es el propio trabajador público sino un tercero, existe siempre una determinada relación que hace que el trabajador público se desvíe de sus deberes con respecto al interés general a favor del privado –un trabajador público, como regla general, no lesiona el interés público y el de su organismo arbitrariamente, sino que deben existir unas causas que lo lleven a ello, y en caso de no ser económicas, normalmente son lazos familiares, sentimentales o de amistad. Lo que aquí venimos a exponer no es que esa relación entre el trabajador público y el tercero beneficiado por la corrupción no exista, sino que es un hecho irrelevante para la apreciación o no del acto corrupto. Es decir, que las razones que lleven a un funcionario a corromperse a favor de un beneficio privado de un tercero no tienen un peso específico en el concepto de corrupción. Así, si el resto de las premisas que exponemos se cumplen, el acto será calificado como corrupto, sin que dicha calificación dependa del hecho de que el

⁴⁵²NYE, J.S. “Corruption and political...” *op. cit.*; en la misma línea, véase SAID, J.L. “Sur, corrupción, y después... (notas sobre la contratación pública espúrea)”. En: MEILÁN GIL, J.L. y RODRÍGUEZ-ARANA, J. *VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Diputación Provincial de A Coruña, 2018, pp. 205-222. Véase a su vez pp. 138 y ss.

beneficiado sea hermano del trabajador público o una persona completamente ajena a él. El funcionario tendrá, probablemente, un vínculo con la persona a la que ha beneficiado de manera corrupta (será difícil encontrar un acto de corrupción en el que no se dé ningún enlace), pero la demostración de dicho vínculo es irrelevante para la calificación del acto corrupto.

2.6. La definición de corrupción

Así pues, teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos elaborar nuestra propuesta de definición, que nos servirá de base a lo largo de la investigación:

Será considerado como corrupción todo acto de un empleado público que, de manera consciente o dolosa, contravenga el sistema normativo relevante, afectando negativamente al interés público en beneficio de un interés privado, con la consecuencia de obtener un beneficio privado o dar, a individuos o a grupos, ‘medios de acceso o de influencia’ en los procesos de decisión política y administrativa ‘superiores’ a los que dispondrían en un ejercicio abierto, que podrían traducirse eventualmente en ‘beneficios’ tangibles, materiales o de otra clase, de carácter privado.

Así, la definición (1), en su alcance subjetivo, respeta el carácter marcadamente público de la corrupción sin acotar artificialmente su alcance, exigiendo que un empleado público, entendido éste en términos amplios y de manera funcional –de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del derecho europeo de contratos públicos–, esté inmerso en la irregularidad en cuestión de una manera u otra. (2) En el mismo sentido, como parte del alcance objetivo, manejamos un concepto de ilegalidad igualmente amplio, que incluye aquellas normas de ética pública que, aun no estando positivizadas en la legislación, pueden considerarse aceptadas por la comunidad y generalmente exigibles de la función pública y de la diligencia debida en su desempeño. (3) En un tercer lugar, el beneficio exigido para poder hablar de corrupción puede adoptar diversas formas, ser económico, material o posicional, real o esperado, siendo el elemento determinante la intencionalidad en un acto administrativo de proporcionar una ventaja ilegítima a alguno de los actores privados –y siendo por tanto irrelevante si dicho beneficio se produce posteriormente o no.

3. LAS CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción es un fenómeno complejo y de difícil análisis debido, por un lado, como hemos visto, a las dificultades para su identificación causa de la incertidumbre sobre su conceptualización, y por otro a su carácter encubierto y subterráneo. Y sus causas, al igual que ocurre con otros aspectos del fenómeno, son múltiples, esquivas y resbaladizas. Tal es la complejidad del problema, y éste hunde sus raíces tan profundamente en la historia y en la sociedad, que a menudo se tiende a achacar la existencia de corrupción a la propia idiosincrasia humana, caracterizada por un individualismo radical que busca el enriquecimiento a cualquier precio⁴⁵³.

KLITGAARD, por su parte, trató de simplificar las causas de la corrupción a través de la creación de su ya famosa fórmula: $C=M+D-A$ ⁴⁵⁴. En la cual C = corrupción, M = monopolio de las decisiones, D = discrecionalidad y A = rendición de cuentas (*accountability*). Según esta fórmula, por tanto, habrá una mayor corrupción cuanto más concentrado esté el poder decisorio, más discrecionalidad tenga, y menores y más ineficientes sean los controles de dichas decisiones.

La fórmula de KLITGAARD, que ha contado con gran aceptación por parte de la doctrina, nos sirve para formarnos un concepto general de los elementos que provocan la corrupción. Pero lo cierto es que las circunstancias y causas que ayudan al nacimiento de la corrupción en un individuo en una sociedad son mucho más complejas de lo que pudiera parecer, ya que influyen múltiples factores, como el contexto en el que se toman las decisiones, los procesos psicológicos de los individuos inmersos en la irregularidad, el nivel de discrecionalidad de encargados de tomar decisiones en materia de contratación, los estándares de transparencia del sistema, los protocolos de control del gasto y de conducta de los trabajadores públicos, etc.⁴⁵⁵ Como afirma el profesor VILLORIA MENDIETA, *la corrupción hunde sus raíces de forma ramificada y profunda, además de ser fruto de patologías sociales y económicas –institucionalizadas*

⁴⁵³SIMANCAS SIMANCAS, R. “El precio de la corrupción”. *Temas para el Debate*, n.º 183, 2010, pp. 19-22 en p. 20.

⁴⁵⁴KLITGAARD, R. “International Cooperation Against Corruption”. *Finance and Development*. March 1998, p. 1.

⁴⁵⁵*Ibidem*.

*o informalmente— que dan vida a su capacidad de destrucción*⁴⁵⁶. Por ello, analizar todas las posibles causas de la corrupción es una labor excesivamente ambiciosa⁴⁵⁷, que probablemente precisaría de un trabajo de investigación específico, dedicado exclusivamente a su estudio. Sin embargo, sí que consideramos oportuno señalar algunas situaciones y condiciones que pueden considerarse como elementos determinantes, o al menos favorecedores, para la incubación y el posterior desarrollo de las prácticas corruptas.

3.1. Las causas subjetivas o psicológicas de la corrupción

Los orígenes de las conductas corruptas distan de ser únicamente económicos o políticos, y se adentran en los terrenos de la vanidad, el egoísmo, la satisfacción persona, el ansia de poder o incluso el reconocimiento social⁴⁵⁸. No debemos olvidar, en este sentido, que la corrupción es un comportamiento (y uno marcadamente humano), por lo se pueden atisbar principios de comportamiento marcadamente psicológicos que podrían aplicarse también al resto de conductas humanas⁴⁵⁹.

3.1.1. Sensación de impunidad

La corrupción es un comportamiento de riesgo⁴⁶⁰. Y este riesgo se debe a que dicha conducta no siempre obtiene el resultado esperado por el que la lleva a cabo⁴⁶¹. Los factores que influyen en el riesgo que puede incurrir, o percibir, un empleado público dispuesto a delinquir son múltiples y variados: restricciones legales, controles internos y externos, la posibilidad a ser delatado por compañeros u otras personas parte del proceso, etc.

Uno de los detonantes de los actos corruptos en este sentido, y más concretamente de la elevada tasa de reiteración por parte de los trabajadores que alguna vez cometen este

⁴⁵⁶ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y Buen Gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 263.

⁴⁵⁷ VILLORIA MENDIETA, M. “Las causas de la corrupción”. En *Temas para el Debate*, n.º183, 2010, pp. 36-38 en p. 36.

⁴⁵⁸ DE CASTRO PANOEIRO, C. “Corrupción, transparencia gubernamental...” *op. cit.* en p. 33.

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* *op. cit.* en p. 165.

⁴⁶⁰ ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government:...* *op. cit.* en p. 96.

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* *op. cit.* en p. 169.

tipo de irregularidades, es precisamente un sentimiento fortalecido de impunidad⁴⁶². La decisión de ejercer de forma corrupta en una determinada situación tiene sin duda un gran aspecto probabilístico. Así, el corrupto tiene generalmente la impresión de estar por encima de las leyes, las instituciones, y el resto de elementos de control del estado; piensa, en otras palabras, que su destino económico y penal depende únicamente de él mismo y del resto de personas de su círculo corrupto, a quienes concibe con un poder superior a cualquier organismo público.

Este sentimiento de impunidad se da con una mayor frecuencia en aquellos entornos en los que la corrupción está notablemente extendida, pues los controles, sanciones y detenciones en estos casos son menos comunes, y sin embargo el problema es menos habitual en aquellos otros contextos en los que la corrupción es un fenómeno aislado, en los que la percepción de peligro al realizar un acto corrupto aumenta⁴⁶³.

La sensación de impunidad puede ser alimentada por diversos factores legales, entre los que se encuentra, además de la falta de control efectivo y trabas previas a la corrupción, situaciones como la no restitución de los fondos o bienes extraídos a través de corrupción, la confirmación o no anulación de los efectos jurídicos derivados de los actos inmersos en corrupción, etc.⁴⁶⁴.

3.1.2. El fortalecimiento moral de actitudes individualistas y pérdida de confianza en la función pública

De carácter psicológico, sociológico y moral, se trata de la aparición en los funcionarios públicos, altos cargos y políticos de diferente nivel jerárquico, de talentos individualistas y consumistas, que se convierten en preponderantes por encima de los valores éticos, el sentido de interés público y de la Administración como salvaguarda de los derechos e intereses de los ciudadanos, honestidad, responsabilidad, etc.⁴⁶⁵, y llevan

⁴⁶² OCDE. *Corruption dans les marchés publics . Méthodes, acteurs et contre mesures*. Paris: OCDE, 2007, p. 54.

⁴⁶³ JAIN, A.K. "Corruption: a review". *op. cit.* en p. 83.

⁴⁶⁴ Véase MALEM SEÑA, J.F. "La corrupción. Algunas...". *op. cit.* en pp. 33-34; o, en general la obra AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente: ... op. cit.*

⁴⁶⁵ *La Corrupción: características y consecuencias en la República Dominicana*. Participación Ciudadana. Programa de Transparencia de la Gestión Pública. Marzo 2003, p. 4 [consulta el 15/01/2017] Disponible en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3496ADACB0EE54FF05257E0E00741B97/\\$FILE/06_La_corrupcion.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3496ADACB0EE54FF05257E0E00741B97/$FILE/06_La_corrupcion.pdf)

a un sentimiento patrimonialista o de propiedad privada sobre los recursos públicos. Estas conductas individualistas, según determinadas teorías psicológicas y sociológicas, encuentran su origen en el seno del alma humana, y han recibido diferentes nombres desde economía: el principio de las necesidades infinitas y unos recursos escasos⁴⁶⁶, el afán de lucro, o la tendencia a enriquecerse⁴⁶⁷.

Estos comportamientos, de origen humano, pueden ser alimentados hacia una pérdida de los principios morales de la Administración Pública y de la sociedad⁴⁶⁸. Así, en los actos corruptos, se olvidan aspectos básicos del funcionamiento del Estado, como el carácter instrumental del dinero y de las riquezas, que en origen no son –o debieran ser– sino una herramienta al servicio de la sociedad para conseguir el bienestar y la felicidad plena, tanto a nivel individual como colectivo⁴⁶⁹. El dinero se convierte para estos sujetos en el único fin, y los medios quedan relegados a un lugar secundario.

Este bajo desarrollo moral existente en los sujetos corrompidos, limita su capacidad de actuar siguiendo principios universales que contribuyan a tomar una decisión moral⁴⁷⁰, y hace aflorar los instintos esenciales individualistas y egoístas anteriormente mencionados. Se observa, en definitiva, la debilitación del sentido de pertenencia a una comunidad, a un Estado y un Poder Público, del que cuestionan su utilidad, lo que provoca que afloren en el político o empleado público razonamientos y comportamientos primarios o primitivos.

Así, se observa una falta de compromiso y de identificación con las instituciones, favoreciendo del otro lado una concepción individualista de la situación, que induce a aprovecharse de las coyunturas y debilidades del sistema en favor del beneficio individual. Hasta el punto de que la existencia de una moral debilitada en el seno de las Administraciones Públicas puede provocar que conductas que pudieran llevar aparejada la comisión de actos corruptos sean aceptadas como normales por el sujeto e incluso por el entorno profesional que le rodea⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Véase NEEF, M.M. *Desarrollo a escala humana: Conceptos, aplicaciones y reflexiones*, Barcelona, Icaria Editorial, 1986.

⁴⁶⁷ Véase WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península, 1992.

⁴⁶⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* *op. cit.* en p. 231.

⁴⁶⁹ *Ibidem*.

⁴⁷⁰ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* *op. cit.* en p. 264

⁴⁷¹ JAIN, A.K. "Corruption: a review..." *op. cit.* en p. 83.

3.1.3. La envidia

Estrechamente ligado con lo anterior, en el proceso psicológico que da lugar a actos de corrupción por parte de un individuo, puede llegar a jugar un papel muy importante la envidia⁴⁷². Ésta, entendida como el *proceso de comparación social que conduce a los sujetos a compararse con otros y a tratar de conseguir, a través de cualquier medio (por ilícito que sea), igual o mayor riqueza y poder que los demás*⁴⁷³, produce sentimientos negativos relacionados con la codicia, ambición desmedida, etc., que contribuyen a conducir al sujeto a una acción corrupta.

De esta forma, el sentimiento individualista y consumista anteriormente mencionado se ve alimentado por otro que actúa de manera transversal, que es la envidia hacia los demás. Se trata de una constante comparación con el entorno que fomenta que los individuos, en su afán por poseer más cosas que sus prójimos, se vuelvan cada vez más ambiciosos y avariciosos, actuando de manera embustera y sombría, ocultando las verdaderas intenciones de sus acciones.

3.1.4. Imitación o aprendizaje

De manera histórica, el ser humano se ha valido de la observación y la imitación de los elementos de su entorno para su propia evolución. Así, a través de la observación activa de lo que hacen otras personas, de las habilidades de los animales, e incluso del comportamiento de fenómenos meteorológicos, el ser humano ha adquirido el grado de desarrollo actual.

Este proceso, denominado “aprendizaje observacional” o aprendizaje “cognoscitivo-social”⁴⁷⁴, puede aplicarse también al fenómeno de la corrupción. Para los empleados públicos que llegan a un nuevo puesto de trabajo, o los dirigentes políticos que pretenden escalar dentro de una organización, es natural observar el comportamiento de otros sujetos, de forma que si su entorno laboral se comporta de manera corrupta, puede

⁴⁷²FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la... op. cit.* en pp. 191.

⁴⁷³*Ibidem.*

⁴⁷⁴FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la... op. cit.* en pp. 184.

verse estimulado a imitarles en su comportamiento, adquiriendo nuevos patrones de comportamiento.

Pero, lo que es más, el comportamiento de un individuo motivado por un aprendizaje observacional puede tener un efecto inhibitor o desinhibidor sobre la conducta corrupta⁴⁷⁵, de manera que facilita a los potenciales corruptos a dar el paso hacia una corrupción real⁴⁷⁶.

De este modo, se produce una estimulación ambiental, que en ocasiones puede confundirse o complementarse con cierta presión social o laboral para realizar acciones corruptas bajo amenaza de ciertas represalias, que pueden ser especialmente evidentes en aquellos entornos decisionales en los que la corrupción se encuentra ampliamente extendida como práctica común. Y es que, como afirmó Karl MARX, *no es la conciencia de los hombres la que determina la realidad; por el contrario, la realidad social es la que determina su conciencia*⁴⁷⁷.

3.1.5. Irracionalidad

La doctrina del estudio de la psicología se encuentra dividida en el debate sobre si el ser humano es un ser racional que actúa en determinadas circunstancias, debido a –por así decirlo– “fallos del sistema”, de manera irracional, o por el contrario la irracionalidad forma parte inherente de la propia naturaleza humana⁴⁷⁸.

Sea como fuere, lo que es claro es que diferentes factores irracionales como *los intereses personales, las motivaciones del momento, la pasión por poseer cada vez más, el deseo irracional de tener más que los demás y llegar a ser “el más rico de la tumba”, el ansia casi ilimitada de poder, el poner trampas a lo que puedan conseguir los demás (a nivel de posesión de bienes materiales o inmateriales, por ejemplo, un*

⁴⁷⁵BANDURA, A. *Pensamiento y acción. Fundamentos sociales*. Barcelona: Martínez Roca, 1987.

⁴⁷⁶BRYTTING, T., MINOGUE, R. y MORINO, V. *The Anatomy of Fraud and Corruption: Organizational Causes and Remedies*. Farnham (Reino Unido): Gower Applied Research, 2011. p. 28.

⁴⁷⁷MARX, K. *El Capital: Contribución a la crítica de la economía política*. Madrid: Alberto Coracón editor, 1976. p. 37; En este mismo sentido, para ahondar en las implicaciones del entrono y del carácter “contagioso” de la corrupción, remitimos a las interesantes reflexiones de DONG en su tesis doctoral: DONG, B. *Causes and Consequences of Corruption*. Thesis presented in fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Economics. School of Economics and Finance. Faculty of Business. Queensland University of Technology, 2011. p. 100 y ss.

⁴⁷⁸FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* *op. cit.* en pp. 170 y ss.

*elevado status social), el considerar que el fin justifica los medios, etc., hacen que en los seres humanos surjan comportamientos inesperados, improbables y, por tanto, irracionales e ilógicos*⁴⁷⁹.

Y es que la corrupción en multitud de ocasiones responde, en cuanto al causante psicológico se refiere, a un mero acto de irracionalidad. Y esto independientemente de que los medios que se utilizan para conseguir los fines deshonestos estén minuciosamente estudiados de la manera más racional posible con el fin de evitar repercusiones negativas en el futuro. Podríamos afirmar que en multitud de ocasiones, la corrupción es un acto racional y consciente –pues se planifica concienzudamente para evitar represalias– originado por motivaciones irracionales.

3.2. Causas de carácter objetivo o externo al sujeto

3.2.1. La debilidad de los marcos legales

La fortaleza del marco normativo en el que actúa la corrupción es un factor esencial para conseguir la erradicación de la misma en la Administración Pública en general y de los contratos públicos en particular. Y en este sentido, es evidente que las prácticas corruptas tienden a desarrollarse en mayor número y con mayor facilidad en aquellos sistemas legislativos que regulan de manera laxa e indefinida aquellas situaciones que son consideradas como actos de corrupción⁴⁸⁰. Un sistema normativo débilmente construido posibilita, e incluso podría afirmarse que favorece, los comportamientos irregulares⁴⁸¹. Por ello, un marco normativo que sancione y tipifique claramente los actos de corrupción es esencial para tratar de erradicar la corrupción, generando un ambiente anticorrupción preventivo con determinadas medidas concretas, las cuales serán objeto de estudio exhaustivo más adelante en el presente trabajo de investigación.

La debilidad de los marcos legales se visualiza especialmente en la ineficacia de los sistemas punitivos y sancionadores. Y es que, *para que el derecho penal cumpla con sus funciones preventivas debe tener la suficiente capacidad motivante como para disuadir a quienes están dispuestos a afectar los bienes que el legislador considera*

⁴⁷⁹FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la...* op. cit. en pp. 173.

⁴⁸⁰*La Corrupción: características y...* op. cit.

⁴⁸¹SIMANCAS SIMANCAS, R. “El precio...” op. cit. en p. 20.

*dignos de ser protegidos*⁴⁸². De otra forma, se difunde una idea de debilidad legislativa que hace que los ciudadanos juzguen que para conseguir sus objetivos deben abandonar la legalidad vigente y transitar caminos “informales” paralelos.

3.2.2. La debilidad de los procedimientos y mecanismos institucionales

Al hilo del apartado anterior, aunque un Estado cuente con exhaustivas leyes administrativas y penales para sancionar y prevenir la corrupción, éstas no cumplirán de manera efectiva con su labor si no se cuenta con unos procedimientos fuertes y completos, basados en los principios de publicidad y transparencia, que permitan asegurar que las leyes anticorrupción son respetadas, así como mecanismos institucionales eficientes de control, monitoreo y buena gobernanza⁴⁸³.

Y es que en efecto, las prácticas corruptas proliferan en los ambientes institucionalmente débiles, vulnerables a los vaivenes políticos y que dificultan el control de las actuaciones públicas en materia de contratación pública⁴⁸⁴. Algunos autores han señalado recientemente cómo factores dimensionales y organizativos del Gobierno pueden incidir en la aparición de corrupción a través de un debilitamiento institucional, encontrando mayor facilidad en Gobiernos centralizados de gran tamaño que favorecen la burocratización del sistema.⁴⁸⁵ Sin embargo, no es el tamaño de la estructura gubernamental lo que determina la corrupción, sino la manera en la que dicha estructura es utilizada.⁴⁸⁶ Este aspecto se ha puesto de manifiesto de forma notable, por ejemplo, en la implementación de las Asociaciones Público Privadas (APP) en América Latina y el Caribe durante las últimas décadas. Tras numerosos fracasos en este tipo de colaboraciones durante la década de los ochenta, los países de la región tomaron cuenta de los errores cometidos, que tuvieron como consecuencias, entre otros, un determinado

⁴⁸²MALEM SEÑA, J.F. “La corrupción. Algunas...” *op. cit.* p. 31.

⁴⁸³*La Corrupción: características y consecuencias en la República Dominicana*. Participación Ciudadana. Programa de Transparencia de la Gestión Pública. Marzo 2003, p. 4 [consulta el 12-04-2016]. Disponible en: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3496ADACB0EE54FF05257E0E00741B97/_FILE/06_La_corrupcion.pdf

⁴⁸⁴VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* *Op. Cit* en p. 299-300

⁴⁸⁵GOEL, R.K. y NELSON, M.A. “Causes of corruption: History, geography and government”. *Journal of Policy Modeling*, n.º 32, 2010, pp. 433-447; sobre la indecencia de las instituciones, su formación histórica, sus decisiones políticas y actuaciones y su efecto en el devenir de los Estados, véase ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J.A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. New York: Crown, 2012.

⁴⁸⁶*Ibidem* en p. 443.

número de casos de corrupción, inflación de los precios, debido a falta de transparencia y actividades irregulares en los contratos, y conjuntamente con la ayuda del Banco Mundial y el Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), abordaron una reforma y un plan de desarrollo del sistema legal e institucional hacia un marco apropiado para la contratación pública, donde uno de los pilares básicos señalados –incluso podríamos decir el principal– para una correcta implementación de las APP ha sido el de establecer un marco institucional transparente, predecible y legítimo, apoyado por autoridades competentes y con suficientes recursos⁴⁸⁷. Esta política de creación de un sistema de instituciones y procedimientos fuerte, con mecanismos de control, transparencia y seguridad jurídica suficientes, se ha traducido en la mayor parte de los casos en un desarrollo notable del mercado de contratos públicos y una reducción de los casos de corrupción.

No obstante, debe asegurarse que la fortaleza institucional es real y no un mero simbolismo político. Conviene mencionar el caso de la oficina Anticorrupción en la República Argentina, que fue creada por el expresidente Carlos Menem, cuyo gobierno padeció altísimos niveles de corrupción, o el más reciente “caso Odebrecht”, que no ha parado de salpicar las portadas internacionales desde que en junio de 2015, la policía brasileña encargada de investigar la trama corrupta de la petrolera estatal Petrobras arrestaba, en su lujosa casa de São Paulo, a uno de los empresarios más poderosos de Brasil, Marcelo Odebrecht. Desde entonces, las investigaciones y las confesiones de los acusados han destapado una trama de corrupción de enormes dimensiones que salpica a varios de los países que se consideraban más avanzados en fortaleza de las instituciones y seguridad jurídica en los negocios como Brasil, México, Perú, Colombia o Argentina⁴⁸⁸.

3.2.3. Banalización del cargo público

⁴⁸⁷ FARQUHARSON, E., TORRES DE MÄSTLE, C., YESCOMBE E.R., y ENCINAS, J. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Wasington: Public-Private Infrastructure Advisory Facility and The Wolrd Bank, 2011, pp. 15-27.

⁴⁸⁸ JIMÉNEZ BARCA, A. “Qué es el ‘caso Odebrecht’ y cómo afecta a cada país de América Latina”. Artículo publicado en el diario *El País* el 9 de febrero de 2017. [consultado el 20 de febrero de 2017] Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703_321746.html

En las últimas décadas se ha vivido una banalización del cargo público que sólo en los últimos tiempos se está tratando de combatir con políticas de sensibilización. La función pública, otrora valorada como uno de los mejores puestos laborales con los más nobles fines, ha sido desprestigiada hasta ser incluso objeto de mofa social⁴⁸⁹. Lo que en otro tiempo fueron puestos reservados para las más aptas, cultas, justas y moralmente respetables personas de nuestra sociedad, hoy se consideran ocupados por masas de gente cuyo único anhelo es ocupar un cargo público sin importar cuál sea. La sensación de infravaloración por parte de los empleados y cargos públicos puede generar una frustración que incentive el desvío de su actividad hacia conductas irregulares⁴⁹⁰.

La cuestionable reputación del sector público, y especialmente de la clase política que lo dirige, unida a los salarios modestos de los funcionarios públicos en comparación con las posibilidades que ofrece el sector privado⁴⁹¹, empujan a ciertos trabajadores públicos a infravalorar su propia función pública al servicio de los intereses generales, lo que contribuye a que en ciertas ocasiones la tentación del empleado público de corromperse supere en la balanza decisoria al escaso reconocimiento económico, social y personal que pudiera derivar de un comportamiento ético en línea con los códigos de conducta sociales e institucionales.

3.2.4. Baja profesionalización del sector público

La baja profesionalización de los encargados de diseñar, dirigir y participar en un contrato público u otros procedimientos administrativos es una de las mayores puertas hacia la corrupción⁴⁹². Se manifiesta esencialmente por dos vías o causas.

La primera de ellas es la politización de los procedimientos decisorios y de actuación de la Administración. Y es que, efectivamente, la clase política no dispone generalmente de los conocimientos específicos sobre la gestión pública que se requieren en procesos

⁴⁸⁹BAUTISTA, O.D. “La ética en...” *op. cit.* en p. 215.

⁴⁹⁰OCDE. *Corruption dans les...* *op. cit.* en pp. 53-54.

⁴⁹¹PIGA, G. “A fighting chance against...” *op. cit.* en pp. 149-153; y ROSE-ACKERMAN, S. y PALIFKA, B.J. *Corruption and Government...* *op. cit.* en p. 96. No obstante, la precariedad de los salarios como causa de corrupción ha sido únicamente aceptada parcialmente por la doctrina. Véase: BAUTISTA, O.D. “La ética en...” *op. cit.* en p. 230; OCDE. *Corruption dans les...* *op. cit.* en p. 53.

⁴⁹²KILTGAARD, R. “Corrupción Normal y Corrupción Sistémica”. Banco Interamericano de Desarrollo. Abril, 2009. p. 4. [consulta el 05-04-2016] Disponible en: <https://publications.iadb.org/handle/11319/1345>

administrativos complejos como la contratación pública, y además tienden a padecer una mayor exposición a los conflictos de intereses, viéndose afectados con mayor facilidad por intereses partidistas o particulares⁴⁹³. Al politizar las decisiones dentro de dichos ámbitos, se desplaza a los profesionales públicos cualificados, que podrían actuar de manera más eficiente y objetiva sin la contaminación ideológica de las presiones del partido y con los conocimientos específicos en la materia.

Una segunda causa es la falta de medios técnicos o humanos, en las pequeñas entidades públicas, que dificulta la consecución de una verdadera especialización en un vasto –y cada vez más inabarcable en su totalidad– derecho administrativo. La falta de medios hace que los funcionarios o empleados públicos en cuestión no tengan capacidad para especializarse en una materia, al tiempo que se reduce el número de personas encargadas de, en el caso de la contratación pública, un procedimiento de licitación. Esto facilita, por un lado, la participación de las clases políticas de manera directa, y por otro, la práctica de sobornos, favores, etc., debido a la facilidad para detectar el centro de decisión en el desarrollo de un procedimiento –al existir menos participantes, basta el sobornar una o dos personas en las que el poder decisorio se encuentra centralizado.

La existencia de un cuerpo administrativo de profesionales públicos, con carácter de permanencia, constituye uno de los mejores medios para la prevención de la corrupción⁴⁹⁴. Especialmente el ámbito de la contratación debe evolucionar hasta convertirse en un sector especializado dentro de la Administración y los entes adjudicadores, de forma que esté alejado de decisiones políticas y regido y formado por individuos especialistas en contratación administrativa desde el mayor número de perspectivas posibles: legal, económica, técnica, etc. Para ello, es necesario despolitizar las decisiones y contar con profesionales con una alta especialización y profesionalización en la materia.

3.2.5. Falta de independencia de los gestores y organismos de control

Determinados sistemas o formas de organización, marcadamente jerárquicas o dependientes de un poder político, pueden provocar en los gestores públicos una

⁴⁹³COCKCROFT, L. *Global corruption: Money, Power and Ethics in the Modern World*. Pensilvania, EEUU: Penn, 2012.

⁴⁹⁴VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y... op. cit.* en p. 274.

excesiva dependencia de sus órganos superiores, especialmente de los altos cargos políticos. De esta forma, las amenazas de cese, traslado, o degradación dentro de la entidad pueden ser utilizadas por los altos cargo de la Administración para intervenir en el procedimiento sin necesidad de formar oficialmente parte del mismo, generando una gran inseguridad jurídica e inestabilidad en los gestores públicos.

Pero este tipo de dependencia no sólo afecta a los gestores, sino que es especialmente grave en tanto en cuanto puede condicionar gravemente los controles realizados por figuras internas a la Administración, como son el interventor o el secretario en el caso de las Administraciones locales, encargados de evaluar con carácter previo determinadas actividades de la entidad. La falta de independencia de estos organismos ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina y los profesionales del sector, pues alimenta el problema de la teoría de las “manzanas podridas”, según la cual una sola persona corrupta puede desembocar, debido esencialmente a la falta de independencia del resto de individuos participantes en el procedimiento, en una entidad corrupta, llena de “manzanas podridas”.

Directamente relacionado con lo anterior, podemos señalar que, en ocasiones, también la falta de medios en cuanto al control y seguridad del procedimiento de contratación, suponen un grave contratiempo en la lucha contra la corrupción⁴⁹⁵. Dentro de esta falta de medios, nos estamos refiriendo por un lado a la falta de medios técnicos y humanos, que pueden dificultar las tareas de intervención y auditoría, así como las obligaciones de transparencia y publicidad; pero por otro, a la falta de mecanismos legales que doten de claridad y de herramientas a los diferentes actores dentro del proceso de contratación, y que faciliten una actuación íntegra de los mismos y un control efectivo, y no únicamente formal, de las actuaciones de las entidades públicas.

3.2.6. Descentralización del gasto público

En España, en Europa, y con carácter general, en el mundo, se está asistiendo en los últimos tiempos a una tendencia generalizada hacia la privatización y descentralización de la gestión política, democrática y económica⁴⁹⁶, que afecta también a la gestión de

⁴⁹⁵SIMANCAS SIMANCAS, R. “El precio...” *op. cit.* en p. 20.

⁴⁹⁶ Ya desde mediados del siglo pasado, importantes administrativistas advertían del inicio de un fenómeno que, posteriormente, ha sido denominado como huída del derecho administrativo. Véanse

fondos públicos, de manera que el poder decisorio de la función pública se encuentra, especialmente en materia de contratos públicos, cada vez más diseminado en multitud de entidades adjudicadoras de diferentes tamaño, que son las encargadas de adjudicar los contratos y distribuir el gasto público, asimilándose a un modelo empresarial⁴⁹⁷.

La descentralización de la Administración Pública y los contratos públicos, al igual que sucede con el resto de los sectores políticos, trae consigo beneficios e inconvenientes. Por un lado se produce un beneficio al acercar la gestión pública al ciudadano; que se traduce en un proceso decisorio más preciso en relación a las necesidades concretas y las posibles particularidades del contrato en cuestión. Pero, por otro, y aludiendo otra vez al concepto económico del contrato de agencia⁴⁹⁸, se crean nuevos incentivos e intereses generales localistas, que crean una nueva situación de contrato de agencia en la que el agente (el poder adjudicador en concreto), puede diferir en sus intereses de aquellos del principal (el Estado, la CCAA, otras Administraciones Públicas, etc.) y que pueden dar lugar a conflictos de intereses contrapuestos.

Por otro lado, la descentralización de la Administración Pública genera a su vez una “pérdida de control” de la actividad de los poderes adjudicadores –debido a la dificultad que para el control de la actividad pública supone la multiplicación de entidades a las que fiscalizar, en lo que se ha denominado huida del derecho administrativo⁴⁹⁹. La materialización del “riesgo de abuso” en casos reales de corrupción dependerá, en gran medida, del poder y la capacidad para controlar y monitorear las decisiones del agente⁵⁰⁰.

NARANJO VILLEGAS, A. “Descentralización administrativa”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 9-12, 1953, pp. 24-26; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Descentralización administrativa y organización política*. Madrid: Alfaguara, 1973; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo”. *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, pp. 25-68; AMOEDO SOUTO, C.A. *TRAGSA: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*. Barcelona: Atelier, 2004.

⁴⁹⁷ WINTERS, M.A. “Too Many Cooks in the Kitchen: Ba ling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model”. *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, n 4, 2014, pp. 681-699; BAUTISTA, O.D. “La ética en ...” *op. cit.* en pp. 224-225.

⁴⁹⁸ El concepto del contrato de agencia se explica en la página 271 y ss., en relación con el conflicto de interés.

⁴⁹⁹ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”. En: ROMERO GUZMÁN, J.J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES TRAMÓN, M. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2009, pp. 127-158.

⁵⁰⁰ BARDHAM, P. and MOOKHERJEE, D. “Decentralization, corruption and government accountability”. En: ROSE-ACKERMAN, S (edit.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton (EEUU): Eduard Elgard Publishing, 2006, pp.161-188 en p. 164.

A nuestro juicio, es evidente que, aunque pueda tener otros aspectos ventajosos, *el dividendo económico de la descentralización se puede perder cuando hay una rendición de cuentas insuficiente a nivel local, redes de patronazgo y una sociedad civil débil, sobre todo porque los responsables locales tienen una mayor discrecionalidad y mayores oportunidades de ser esclavos de los intereses de las élites locales*⁵⁰¹. La deslocalización política impone, en definitiva, una nueva situación en la que se dificulta, al menos con los mecanismos tradicionales, el control de la Administración en general y de los poderes adjudicadores en particular, ya que, en muchas ocasiones, nuevas formas jurídicas, para empresas de capital público o entidades similares, implican que se haga especialmente difícil su control efectivo al no estar sometidas a las mismas obligaciones que el resto de la Administración Pública en materia de transparencia, publicidad y garantías en su procedimiento⁵⁰².

3.2.7. El monopolio en la toma de decisiones y la discrecionalidad

El propio concepto de corrupción, adoptado en el capítulo anterior, sirve de punto de partida para explicar la forma en que actúa esta causa de la corrupción, que ya se ha mencionado de manera tangencial algunas páginas atrás. Y es que, si asumimos que para el desarrollo de corrupción debe existir un abuso de poder, éste aflorará especialmente en aquellas organizaciones y entidades públicas en las que se otorguen poderes monopolísticos en la toma de decisiones a un servidor público⁵⁰³. Así, a una mayor concentración de poder, mayor riesgo de corrupción.

Trasladado al sector de la contratación pública, una concentración de poder, implicando un monopolio de las competencias para diseñar el contrato, adjudicarlo y monitorearlo, envuelve una alta discrecionalidad en las decisiones y un verdadero poder de manipulación del procedimiento, lo que unido a la dificultad de los órganos de control de realizar un control efectivo debido a la anteriormente mencionada dispersión de los entes públicos, siembra un caldo de cultivo perfecto para la proliferación de actitudes

⁵⁰¹ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* op. cit. en p. 81.

⁵⁰² SIMANCAS SIMANCAS, R. “El precio...” op. cit. en p. 20; véase también VILLORIA, M. “Las causas de...” op. cit. en p. 37.

⁵⁰³ DE BARROS FILHO, C., PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa...* op. cit. en pp. 29, 72.; VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* op. cit. en p. 279.

corruptas, favoritismos, etc. Al igual que ocurre en otros ámbitos del Derecho Público – partiendo del propio Derecho Constitucional y las teorías del Estado, en las que la división de poderes actúa como pieza central del control del poder– en derecho administrativo y en contratación pública, una efectiva “separación de poderes” y una división de las funciones dentro del procedimiento actúan como un mecanismo esencial para la prevención de abusos.

3.2.8. *La oscuridad de los canales de comunicación entre sector público y privado*

La relación entre los poderes públicos y el sector privado es un punto delicado en la configuración de todas las ramas del Derecho Administrativo y especialmente en aquellos sectores, como la contratación pública, en los que la reciprocidad entre las dos esferas es muy marcada. La necesaria interacción entre ambos ámbitos, cuya frontera en ocasiones es más difusa de lo que podría parecer, puede generar tramas corruptas si no se realiza con las suficientes garantías jurídicas.

En este sentido, algunos elementos como el exceso de canales “informales” de comunicación entre los gestores administrativos y las empresas privadas, o el traslado de determinadas informaciones al sector privado, como los integrantes de la mesa de contratación o los nombres de las empresas competidoras en los procedimientos de contratación pública, pueden favorecer el nacimiento de lazos corruptos entre ambas esferas⁵⁰⁴. Por ello es importante conseguir unos canales de comunicación seguros, transparentes y ágiles, que no dejen de lado la necesidad de eficiencia de las actuaciones públicas; si bien es cierto que, como afirman los profesores RODRÍGUEZ-ARANA y DOBEL, es posible que todos los mecanismos legales que intenten interponerse puedan resultar estériles si no se toman medidas para fortalecer una ética pública que esté fuertemente arraigada a la integridad personal del gestor⁵⁰⁵.

3.2.9. *La globalización de la economía*

Es de sobra conocido el proceso globalizador en el que nuestra sociedad está inmersa desde hace ya varias décadas, con un marco en el que la desaparición progresiva de las

⁵⁰⁴ DE CASTRO PANOEIRO, C. “Corrupción, transparencia gubernamental...” *op. cit.* en p. 35.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* *op. cit.* en p. 233; DOBEL, P. “Integrity in the Public Service”. *Public Administration Review*, n.º 50(3), pp. 354-366.

fronteras ha supuesto en los últimos años un incremento del libre comercio, lo que a su vez ha condicionado especialmente el funcionamiento de la economía y la política. Hoy en día los enormes avances tecnológicos han provocado que los intercambios comerciales se hayan expandido e internacionalizado, de forma que un operador económico puede participar en una licitación celebrada en prácticamente cualquier país del mundo. Es indudable que este fenómeno globalizador ha presentado evidentes mejoras para las sociedades humanas, pero también que ha agravado, acrecentado o facilitado algunos fenómenos delictivos, sentando unas condiciones más fértiles para su proliferación; es el caso, por ejemplo, de la corrupción⁵⁰⁶.

Y es que, tal y como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, la globalización ha tenido un claro impacto en el funcionamiento de los Estados. En primer lugar, ha disminuido la capacidad soberana de los Estados para intervenir y tomar decisiones sobre actividades que afectan a su territorio, ya que novedosas formas organizativas hacen harto difícil alcanzar todas las variables de un problema que se manifiesta en un punto determinado, pero que tienen orígenes múltiples. Y de igual manera, la globalización ha dado lugar a un soberano supraestatal difuso, que toma las decisiones con carácter previo al (y al margen del) propio Gobierno de la Nación, e impide a éste salirse del cauce, imposibilitando a los Estados tomar decisiones eficaces si éstas se desvían de lo ya marcado por el soberano supraestatal⁵⁰⁷. Así, las decisiones internacionales se “desdemocratizan”, virando hacia un gobierno global tecnocrático cuya legitimidad descansa únicamente en la buena gobernanza⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Véase: CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “Corrupción, globalización y...” *op. cit.* en p. 213 ; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización...” *op. cit.* en p. 242. GLYNN, P.; KORBIN, S.J. y NAÍM, M. “The Globalization of Corruption”. En: ELLIOT, K.A. *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997, pp. 7-30.

⁵⁰⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, J.. “Globalización económica, políticas públicas, política pública”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, J.. *Globalización Económica y Estado*. HG Editores, 2015. ; véase, sobre la noción de soberano estatal difuso, CAPELLA, J.R. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico - teórica al estudio del derecho y del estado* . Madrid: Trotta, 1997, p. 260; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Regulación y supervisión en sectores estratégicos económicos y corrupción”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 337-347.

⁵⁰⁸ GARCÍA GARRIDO, F. “Transparencia y «buena gobernanza» como valores reguladores de la actividad regulatoria privada”. *Cadernos de Derecho Actual*, n.º 7 Extraordinario, 2017, pp. 163-183.

Aunque la relación de la globalización con el fenómeno de la corrupción, tal y como expone ATTILA, no es lineal⁵⁰⁹ y presenta enormes complicaciones para su estudio, lo cierto es que sí que puede determinarse cierta relación entre ambos fenómenos. Ahora bien, según ATTILA, mientras la globalización social y económica favorece la corrupción, la globalización política la dificulta⁵¹⁰, algo que avalaría la utilidad de las actividades llevadas a cabo durante los últimos lustros por parte las diferentes organizaciones internacionales, facilitando una cooperación política y una homogeneización jurídica entre los diferentes Estados.

En los contratos públicos, esta situación provoca relaciones económicas, políticas y contractuales en las que están inmersos distintos sistemas legales, con diferentes procedimientos y garantías para asegurar la integridad, lo que deriva, en ocasiones, en la aparición de lagunas, imprecisiones regulatorias, y otras situaciones que facilitan la aparición de actividades corruptas⁵¹¹. Y es que, como ha ocurrido históricamente, el Derecho evoluciona de manera más lenta que la sociedad, y la globalización de las medidas y garantías legales para la lucha contra la corrupción ha tenido lugar en unas menores dimensiones que la del resto de la sociedad, produciendo una situación de diversidad de los sistemas administrativos y de ineficiencia de los mecanismos de cooperación entre los distintos países⁵¹². En este sentido, los mayores índices de corrupción internacional pueden situarse probablemente en las décadas de los ochenta y noventa, en las que las políticas neoliberales expansionistas comenzaron a aplicarse sin la garantía de una ética pública internacional y una mínima regulación marco en la materia⁵¹³. Y así, aunque es cierto que se han realizado grandes esfuerzos para conseguir un consenso global que homogenice los esfuerzos en la lucha contra la corrupción, en búsqueda de lo que se ha denominado Derecho Administrativo Global, la verdad es que el fenómeno de la globalización, con la caída de las fronteras, el desarrollo tecnológico, la preeminencia de la economía y las relaciones internacionales sigue constituyendo un campo de abono para la corrupción⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ ATTILA, J. "Globalization and corruption". En: TEIXEIRA, A.A.C., PIMENTA, C., MAIA, A. y MOREIRA, J.A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Nueva York: Routledge, 2016, pp. 40-54 en pp. 52-53.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

⁵¹¹ VILLORIA, M. "Las causas de..." *op. cit.* en p. 37.

⁵¹² RODRÍGUEZ GARCÍA, N. "La necesaria flexibilización..." *op. cit.* en p. 243.

⁵¹³ BAUTISTA, O.D. "La ética en ..." *op. cit.* en p. 224-225.

⁵¹⁴ *Ibid.* en p. 242.

En este mismo sentido, la globalización ha supuesto también una mayor libertad en la circulación de capitales. A pesar de las ventajas que esta situación puede generar, especialmente en cuanto a la mayor competencia y concurrencia en los concursos públicos facilitada por el fomento de circulación de mercancías y servicios, lo cierto es que ha provocado también que instrumentos de la corrupción, como los “paraísos fiscales”, sean igualmente accesibles a cualquier persona, física o jurídica, desde cualquier lugar del Globo. Una herramienta de cuestionable utilidad que hace no muchos años se encontraba al alcance de unos pocos privilegiados, pero que hoy en día goza de una posibilidad de acceso general, al menos en los países desarrollados, con la consiguiente merma en la tributación satisfecha por el sujeto, y el riesgo del desconocimiento del origen de los capitales allí depositados⁵¹⁵.

Se debe perseguir, por tanto, la creación de una política anticorrupción global, y una legislación anticorrupción global, pues un fenómeno universal no se puede combatir de manera local y fragmentada. Como afirmó Bill CLINTON, parece elemental que no podemos tener un sistema de comercio globalizado sin una política económica global, una política sanitaria global, una política educacional global, una política medioambiental global y una política de seguridad global⁵¹⁶. Es decir, que en una contratación pública globalizada, debemos tener medios legales y políticos globales para hacer frente de manera efectiva a la corrupción que deriva de dicha actividad, en lo que se ha denominado transnacionalización del campo jurídico⁵¹⁷.

4. LAS CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

Aunque la comunidad internacional, como veremos, y en muchos casos la propia legislación nacional, no ha dado especial tratamiento al problema de la corrupción hasta hace relativamente poco tiempo, lo cierto es que la corrupción ha tenido siempre importantes implicaciones en el desarrollo de la Historia, y puede tener nefastas

⁵¹⁵ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “Corrupción, globalización y...” *op. cit.* en p. 214.

⁵¹⁶ CLINTON, B. “World without walls”. En *The Guardian*. Versión Digital. 26 de enero de 2002. Consultado el 29 de febrero de 2016. [consulta el 2-04-2016] Disponible en: <http://www.theguardian.com/education/2002/jan/26/socialsciences.highereducation>

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización...” *op. cit.* en p. 242.

consecuencias incluso para aquellos gobiernos que la practican⁵¹⁸. Así, hace siglos, los efectos de la corrupción la han configurado como uno de los desencadenantes de las mayores revoluciones políticas. A modo de ejemplo, podemos citar, desde la caída del Imperio Romano, en relación a la cual se otorga una gran responsabilidad a la corrupción extendida en sus cargos públicos, pasando por la corrupción de los Papas en época de los Borgia, que dio lugar al reformismo y a una de las más importantes crisis religiosas que ha vivido el Cristianismo, hasta las recientes revueltas contra el régimen de Yanukovych en Ucrania, las crisis políticas del Gobierno Tailandés de 2013-2014⁵¹⁹, o los giros políticos en el electorado vividos desde 2014 en Europa y EEUU, los cuales tienen su base en buena parte en la existencia de un sistema público y unos políticos corruptos.

Quizá podríamos asumir, de inicio, que como afirma el profesor RODRÍGUEZ-ARANA posiblemente *el efecto más perverso de la corrupción sea el falseamiento del mismo sistema democrático y la consolidación de una forma de vida más bien alejada de los hábitos y virtudes propias de la democracia*⁵²⁰. Y es que es evidente que la corrupción mina algunos de los principios esenciales de una sociedad democrática como son los principios de objetividad, legalidad, transparencia y rendición de cuentas⁵²¹. Sin embargo, este efecto general está compuesto por una serie de consecuencias “menores” o concretas. Las consecuencias en las sociedades democráticas de la corrupción son diversas, y afectan a una variedad de sectores y ámbitos de la sociedad civil y política. En Europa y en España, todas estas consecuencias perjudiciales, que trataremos de exponer a continuación, se intensifican en los últimos años por la situación económica a la que ha conducido la pertinaz crisis en la UE.

4.2. Efectos sobre la democracia y el sistema político

⁵¹⁸ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en prefacio.

⁵¹⁹ *Ibidem.*

⁵²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado... op. cit.* en p. 242; en el mismo sentido, véase SADDY, A. “Front-line public servants, discretion and corruption”. En: RACCA, G.M. y YUKINS C.R. *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 343-355 en p. 345.

⁵²¹ DÍEZ GETINO, J.E. y TORIJA HERRERO, S. “Modelo de estrategia...” *op. cit.* en p. 5; en el mismo sentido, véanse los acertados comentarios al respecto de RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J. “Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 101-115.

En las últimas décadas, los efectos de la corrupción sobre el Estado de Derecho se han hecho más patentes por diversas razones. Se ha producido en la UE un paso gradual de lo que se denominaba “política ideológica” –en la que los ideales políticos, marcadamente definidos en corrientes de pensamiento claras y diferenciadas entre partidos– a un nuevo panorama en la política democrática que se ha denominado “política de confianza”, en la que pierde peso la defensa de los intereses de los votantes a favor de la credibilidad, veracidad, y honestidad de los políticos, de forma casi independiente de la ideología que profesen⁵²². Algunos de los factores que han derivado en esta situación son, en primer lugar, la aparición de una política supraestatal, dirigida por las organizaciones internacionales, que encorseta las decisiones estatales hasta reducir las posibilidades ideológicas a un estrecho margen de actuación, originando unas ideologías cada vez más homogéneas entre sí. Igualmente, el propio desarrollo de la Historia ha ido eliminando gradualmente las grandes alternativas a la democracia liberal otrora existentes, como el fascismo, el comunismo o el socialismo, de los que apenas quedan algunos muestras aisladas y que han perdido todo sustento social en la gran parte del Globo.⁵²³ En consecuencia, las tradicionales derecha e izquierda han ido acercando posturas en occidente hacia la democracia liberal hasta el punto de crear confusión sobre la ideología de algunos partidos políticos.⁵²⁴

Todo lo anterior, por tanto, supone que estemos ante una “política de confianza”, que provoca que los escándalos políticos sean confundidos, en las pugnas electorales, con los casos de corrupción, y que ambos fenómenos influyan notablemente en la confianza de la civilización en los representantes políticos, las instituciones y la gestión pública. La corrupción, en este nuevo orden político, tiene una mayor incidencia en la confianza de la población en la Administración, y por tanto sus efectos son más notables.

En este sentido, algunas investigaciones desarrolladas revelan cómo en aquellos climas o sistemas corruptos, se crea un gran sentido del “ellos” y el “nosotros”, de manera que se generan una gran brecha, tanto de manera vertical como horizontal, entre las “élites”

⁵²² THOMPSON, D.F. *El escándalo político*. Barcelona: Paidós, 2001, p. 141.

⁵²³ Sobre el tema, véase FUKUYAMA, F. *The end of History and the Last Man*. Penguin, 2012, pp. 1-50

⁵²⁴ A modo de ejemplo sobre lo expuesto, véase CALLEJA, M. “¿Ciudadanos es de izquierdas o de derechas?” Diario *ABC*. 18 de mayo de 2015 [consulta el 31/08/2017]. Disponible en: <http://www.abc.es/espana/20150516/abci-partidos-ciudadanos-ideologias-201505151650.html> ; VARGAS, J. “El PSOE o la historia de un largo giro a la derecha”. Diario *Público.es*. 24 de octubre de 2016 [consulta el 31/08/2017]. Disponible en: <http://www.publico.es/opinion/psoe-o-historia-giro-derecha.html>

y el “pueblo”⁵²⁵. La situación de enfrentamiento total, unido al sentimiento de desesperación por parte de los electores, hace que la corrupción tenga como efecto, en un gran número de los casos, que los votantes sientan atracción por políticas extremistas, ya sean “de derechas” o “de izquierdas”, que prometen erradicar la corrupción, facilitando la llegada de los denominados “outsiders”⁵²⁶.

Además, la proliferación de prácticas corruptas crea un canal alternativo para la tramitación de los diferentes procedimientos y expedientes administrativos, que mediante el abuso de fondos públicos, la adquisición de privilegios indebidos y la generación de nuevas reglas del juego, sustituyen y destruyen el entramado procesal jurídico-democrático⁵²⁷, atentando directamente contra el Estado de Derecho y la eficiencia gubernamental⁵²⁸. La corrupción, de extenderse de forma general, puede llegar a desembocar en una verdadera parálisis de la Administración, relegando al sistema legal administrativo vigente a un papel residual o simbólico dentro del funcionamiento de la protección de Derechos y la gestión de intereses y capitales públicos. Supone una frontal oposición a los principios de imparcialidad (art. 103 CE), buen gobierno y de buena Administración (art. 26.2.a) Ley 13/2013)⁵²⁹.

En el mismo sentido, podemos afirmar que la corrupción afecta al propio proceso de creación y planificación de las políticas públicas, por lo que condiciona la definición e implantación de éstas, que serán desarrolladas no en aras del interés general, sino para la salvaguardia o el incremento de determinados intereses particulares inmersos en las tramas de corrupción⁵³⁰. La corrupción aleja, pues, la actividad política y la de la Administración de las verdaderas necesidades de la sociedad.

Pero probablemente el principal problema que acarrea la corrupción para el Estado democrático y de Derecho es la desafección y pérdida de confianza en las instituciones,

⁵²⁵ HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 19.

⁵²⁶ *Ibid.* en p. 28

⁵²⁷ ARONE, M. e ILIOPULOS, E. *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*. Milano: V&P, 2005, p. 111 y ss.

⁵²⁸ ÁLVAREZ FLORES, C.A. “Combate a la corrupción”, en VIZCAÍNO ZAMORA, A. *Combate a la corrupción*. Mézico DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011. pp. 19-25; VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y... op. cit.* en p. 288 ; VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006, pp. 77 y ss.

⁵²⁹ CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales...” *op. cit.* en p. 33.

⁵³⁰ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y... op. cit.* en p. 296.

en el Gobierno, y en el Sector Público en general⁵³¹, que a la par genera, como uno de los principales efectos en la Administración Pública, el deterioro de la moral o la ética pública⁵³². El resultado es una sociedad desconfiada de cualquier institución por considerarla corrupta y por tanto deslegitimada para actuar en nombre de la sociedad, y un recelo de la llamada ética pública, que es percibida como utópica⁵³³. Como consecuencia, los ciudadanos buscan otras formas alternativas de actuación y de prestación de los servicios públicos, lo que conduce de nuevo, en ciertas ocasiones, a métodos corruptos. En este sentido, la desafección con la Administración pública es a la vez causa y consecuencia del sistema corrupto.

Se produce, igualmente, un falseamiento de los principios democráticos y de derecho que deben regir la actuación administrativa. Así, tiene lugar una adulteración del propio sistema de mercado, se socaban los principios de publicidad y de concurrencia y se distorsiona el acceso a la función pública que debe ser regido por el mérito y la capacidad⁵³⁴.

En definitiva, como afirmó la Comisaria de Asuntos de Interior de la Comisión Europea, Cecilia Malmström: *La corrupción mina la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en el Estado de Derecho, daña la economía europea y priva a los Estados de unos ingresos fiscales muy necesarios*, afectando de manera directa a los fundamentos del Estado de Derecho y del Bienestar en todos sus niveles.

4.3. El impacto económico de la corrupción

El estudio de la corrupción cuenta con diferentes dificultades, pero sin duda una de las más importantes y difíciles de superar es que, debido a la complejidad del fenómeno, su carácter transversal y su naturaleza clandestina, la medición de su magnitud y de su

⁵³¹ LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M. “Corrupción y transparencia: Aspectos contextuales, metodológicos y empíricos”. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n.º 14, 2013, pp. 13-48, en p. 19; MEDINA RANÁIZ, T. “La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 151-169 en p. 153; OCDE, *Competition and Procurement: Key Findings*. Paris: OECD Publishers, 2011. Consulta el 28 mayo 2017. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulatedsectors/48315205.pdf>

⁵³² MEYER, L. “La Corrupción”... *op. cit.* en p. 1.

⁵³³ BOERSMA, M. *Corruption: a violation...* *op. cit.* p. 41.

⁵³⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* *op. cit.* en p. 243.

impacto económico en la sociedad se antoja prácticamente imposible. Únicamente los casos conocidos y detectados por los organismos de control de la legalidad pueden afirmarse totalmente como ciertos. De esta forma, los datos a partir de los cuales se estima normalmente la magnitud de la corrupción no nos ofrecen una visión exacta de qué parte de la contratación pública ocupa estrictamente la corrupción, sino únicamente una perspectiva aproximada, y ésta situación provoca, a su vez, que los cálculos de los costes de la corrupción varíen de unos estudios a otros.

Las consecuencias que la corrupción puede tener en economía de una nación son numerosas, y así organismos como el Banco Mundial han afirmado que la corrupción es el uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico y social, *dado que debilita el Estado de derecho y las bases institucionales de las que depende el crecimiento*⁵³⁵. Así lo expresó su presidente Jim Yong Kim, quien afirmó que *nuestros objetivos [del Banco Mundial] están inextricablemente enlazados con la lucha contra la corrupción, y esto constituye un desafío que demanda atención constante*⁵³⁶.

Frente a la ya mencionada creencia, extendida sobre todo hasta la década de los 90, de que la corrupción podría incluso, en su “justa medida”, tener determinados resultados beneficiosos para las economías, en particular en las de aquellos países emergentes o en desarrollo, hoy en día existe unanimidad en la doctrina a la hora de afirmar los efectos perversos que tiene la corrupción. El Parlamento Europeo alertaba de estos efectos en su resolución de 6 de mayo de 2010, en la que afirmaba que *estas conductas ilícitas condicionan el mercado, provocan un aumento de los precios y las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza respecto a la UE, y añade, efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior*⁵³⁷.

⁵³⁵ Página web del Banco Mundial. Consultado el 19 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTFAQSSPANISH/0,,contentMDK:20669572~pagePK:283622~piPK:3544780~theSitePK:1723673,00.html>

⁵³⁶ McCARTHY, L. “Un movimiento mundial contra la corrupción ¡está ocurriendo ahora!”. En la página web del Banco Mundial. Consultado el 19 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://blogs.worldbank.org/voices/es/un-movimiento-mundial-contra-la-corrupcion-esta-ocurriendo-ahora>

⁵³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude. (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

Diferentes autores han señalado las múltiples consecuencias económicas que puede generar la corrupción, que se suman a las ya expuestas relacionadas con el carácter democrático de las instituciones. Sin embargo, su concreción y la extracción de conclusiones claras sobre las consecuencias de este fenómeno sigue suscitando dudas en todas las áreas de conocimiento que se encargan de su estudio, y particularmente en lo que se refiere al análisis económico⁵³⁸.

De manera general, podemos decir que la corrupción tiene efectos devastadores en el mercado y la eficiencia del mismo⁵³⁹, pues envician las normas básicas o ideales por los que deben regirse las leyes de mercado, ya que la competencia y la igualdad de oportunidades dejan paso al abuso de poder, la desigualdad⁵⁴⁰, y la manipulación de las reglas del juego⁵⁴¹.

En primer lugar, podemos afirmar que, si bien la corrupción puede llegar a aumentar la inversión pública, debido a que la Administración invierte más dinero en actividades con el sector privado con el objetivo de beneficiar a determinados interesados, se reduce la productividad y la eficiencia de dicho gasto⁵⁴². Es decir, la actividad corrupta incrementa el gasto público en tanto en cuanto interesa generar actividad económica para los intereses corruptos, pero proporciona unos servicios e infraestructuras públicas de deficiente calidad en relación con el precio invertido, y se produce, así, un sobrecoste en los contratos públicos que supone un impuesto indirecto al ciudadano⁵⁴³. Se incrementan, pues, los costes de los productos y servicios consumidos por la Administración, al tiempo que se reduce la capacidad adquisitiva de ésta⁵⁴⁴.

⁵³⁸GÓMEZ GÓMEZ, C.M. “El análisis económico de la corrupción”. *Quórum: revista de pensamiento iberoamericano*, n.º 10, 2004, pp. 127-147, en p. 132.

⁵³⁹SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio empírico para los países de la OCDE”. *Instituto de Estudios Fiscales y Universidad de Extremadura*. P. T., n.º 6, 2006, p. 9; ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government:...* op. cit. en p. 100; ARONE, M. e ILIOPULOS, E. *La corruzione costa...* op. cit. en p. 94 y ss; CASTRO CUENCA, C.G. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 89.

⁵⁴⁰HOLMES, L. *Corruption: A Very...* op. cit. en p. 19.

⁵⁴¹Sobre los efectos de la corrupción sobre el desarrollo económico de un país, véase WADE, R.V. “The System of Administrative and Political Corruption: Canal Irrigation in South India”. *Journal of Development Studies*, 18, 1982, p. 287.

⁵⁴²TANZI, V. y DAVOODI, H. “Corruption, public investment, and growth”. *IMF Working Paper* 97/139, 1997; VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* op. cit. en p. 291; VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política...* op. cit. en p. 81.

⁵⁴³COCKCROFT, L. *Global corruption: Money...* op. cit. en p. 69; LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M. “Corrupción y transparencia:...” op. cit. en p. 31.

⁵⁴⁴WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* op. cit. en p. 65.

Pero lo que es más, la corrupción puede incidir directamente en el ciudadano a través del aumento de los precios en los bienes y servicios producidos por las empresas inmersas en corrupción⁵⁴⁵. Al incurrir en un gasto extra en el proceso corrupto, las empresas privadas se verán obligadas a equilibrar cuentas para su propia supervivencia, y esto se realiza bien a través de una calidad menor en los servicios prestados, bien mediante una subida de precios, ya sea del contrato público en cuestión o en el resto de sus actividades, pudiendo repercutir en el resto de sus clientes.

Y esta ineficiencia se proyecta también en la toma de decisiones en la estrategia de gasto público. De esta forma, se contratan servicios e infraestructuras innecesarias, guiadas por intereses corruptos –generalmente grandes infraestructuras de difícil evaluación y control⁵⁴⁶– en lugar de por el interés público y las necesidades reales de la Administración, que se manifiestan en material informático inutilizado, equipos médicos innovadores que no pueden ser empleados por ausencia de equipamiento básico, aeropuertos y otras infraestructuras inutilizadas, etc.⁵⁴⁷ Se produce, en definitiva, una pérdida de oportunidad para la sociedad y para los intereses generales, ya que dichos fondos, invertidos en aspectos innecesarios, dejaron de utilizarse para cubrir otras necesidades esenciales del Estado del Bienestar⁵⁴⁸. Así, una toma de decisiones guiada por motivaciones corruptas (servicios innecesarios), se une a la anteriormente ineficiencia en el gasto público (baja calidad de las prestaciones o precios inflados).

Pero la desviación de fondos, que provoca la mencionada ineficiencia del gasto público, induce también, desde una perspectiva socioeconómica, a producir efectos negativos sobre la distribución de la riqueza, al permitir que los individuos mejor posicionados obtengan ventajas (indebidas) fruto de los procedimientos corruptos, imponiendo costes

⁵⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* op. cit. en p. 243.

⁵⁴⁶ MAURO, P. "Corruption: causes, consequences and agenda for further research". *Finance and Development*. Marzo 1998, pp.11-14 en p.12; LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M. "Corrupción y transparencia:..." op. cit. en p.19; GÓMEZ PORTILLA, K., y GALLÓN GÓMEZ, S. "El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano, 1990-1999". *Lecturas de Economía*, n.º 57, 2002, pp. 49-86 en pp. 55 y 56; ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government:...* op. cit. en p. 101.

⁵⁴⁷ VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* op. cit. en p. 291; VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política...* op. cit. en p. 81; GÓMEZ GÓMEZ, C.M. "El análisis económico..." op. cit. en p. 142

⁵⁴⁸ HOLMES, L. *Corruption: A Very...* op. cit. en p. 18-19.

de oportunidad sobre los demás miembros de la población⁵⁴⁹. Y en el mismo sentido, el flujo de capitales ocultos genera una importante economía sumergida, que a su vez alimenta otras prácticas ilegales como el blanqueo de capitales, la fuga de capitales hacia sistemas bancarios considerados *paraísos fiscales*, una menor recaudación a través de los impuestos, etc.

De igual manera, la rentabilidad de las inversiones se reduce, por lo que se produce un efecto de *expulsión de la inversión productiva*⁵⁵⁰. La corrupción actúa así, en la práctica como un arancel extra para las empresas extranjeras (uno especialmente dañino, pues es particularmente incierto en cuanto a los resultados de su pago⁵⁵¹), lo que reduce la inversión foránea,⁵⁵² que unido a una inversión nacional reducida, disminuye los ingresos fiscales, incentiva la creación de monopolios y oligopolios, y por tanto, afecta negativamente a la tasa de crecimiento⁵⁵³. Este efecto negativo, la disminución de la inversión privada, fue cuantificado por MAURO en un tercio del total de los efectos negativos de la corrupción⁵⁵⁴.

Además, el aumento de los costes para las empresas que crean los falsos aranceles introducidos por la corrupción, pueden repercutir en una mayor evasión de impuestos por parte de las empresas y compañías privadas, con el objetivo de compensar, con ese delito, los gastos incurridos en sobornos⁵⁵⁵. Esto, unido a una importante economía sumergida, podría llegar a reducir considerablemente las cantidades recaudadas por el Estado a través de tributación. Este problema puede provocar una reacción en cadena, en la que el Estado tenga que subir impuestos para compensar la recaudación perdida

⁵⁴⁹GÓMEZ GÓMEZ, C.M. “El análisis económico...” *op. cit.* en p. 141; para el caso Chino, véase el interesante estudio de DONG, B. “Causes and Consequences...” *op. cit.* en pp. 142-172.

⁵⁵⁰SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la...” *op. cit.* en p. 9.

⁵⁵¹MAURO, P. “Corruption: causes, consequences...” *op. cit.* en p. 12.

⁵⁵²WEI, S.J. “How taxing is corruption in international investors?”. *The Review of Economics and Statistics*. Vol. LXXXII, n.º1, 2000.

⁵⁵³VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y...* *op. cit.* en p. 291; VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política...* *op. cit.* en p. 83; JAIN, A.K. “Corruption: a review...”. *op. cit.* ; UGUR, M. “Corruption’s direct effects on per-capita income growth: a meta-analysis”. *Journal of Economic Surveys*. N.º 28(3) pp. 472-490; SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la...” *op. cit.* en p. 9; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 63.

⁵⁵⁴MAURO, P. “Corruption: causes, consequences...” *op. cit.* en p. 12; AIDT, T.S. “Corruption, Institutions and Economic Development”. *Oxford Review of Economic Policy*. 25 (2), pp. 271-291.

⁵⁵⁵ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government:...* *op. cit.* en p. 30.

por el fraude, lo que puede derivar en una inflación excesiva o devaluación de la moneda⁵⁵⁶.

Pero la corrupción puede afectar también al capital humano y la productividad intelectual e I+D+i de un país⁵⁵⁷. Y es que la corrupción puede distorsionar la asignación de recursos humanos al generar incentivos para que las personas más capacitadas de la sociedad dediquen su tiempo a la búsqueda de rentas a través de los sistemas alternativos que la corrupción otorga, en lugar de invertir su dedicación en actividades de innovación y desarrollo tecnológico⁵⁵⁸. De manera similar, el capital humano puede verse afectado por un desplazamiento de la función pública de aquellas personas con una moral y ética pública consolidadas, que podrían servir al bien común con su participación en la dirección de la cosa pública, y que se ven relegados en favor de simpatizantes políticos, familiares, compañeros de negocios, etc. Y de esta forma, el progreso tecnológico parece reducirse en aquellas economías que experimentan elevados índices de corrupción, influyendo negativamente sobre sus posibilidades de crecimiento⁵⁵⁹.

Otros aspectos, como la competencia en los mercados, el emprendimiento, la eficiencia de la Administración Pública⁵⁶⁰, o calidad del entorno para el crecimiento económico⁵⁶¹ se ven en uno u otro grado afectados por este fenómeno, e incluso, al hablar de efectos más generales de la corrupción, algunos expertos no dudan en afirmar que la gran crisis económica desatada en 2008 es, en parte, producto de un comportamiento corporativo y administrativo antiético, que durante años permitió que las grandes compañías actuaran en la esfera internacional a través de sobornos, clientelismos, y otras prácticas corruptas⁵⁶².

⁵⁵⁶*Ibidem*; véase a su vez ARONE, M. e ILIOPULOS, E. *La corruzione costa... op. cit.* en p. 94.

⁵⁵⁷ ARONE, M. e ILIOPULOS, E. *La corruzione costa... op. cit.* en p. 60.

⁵⁵⁸ SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la...” *op. cit.* en p. 9; KUHN, S. y SHERMAN, L.B. *Curbing corruption in... op. cit.* en p.10.

⁵⁵⁹ SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la...” *op. cit.* en p. 21; ANDRE ROSAS, L.A. “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico: Inferencia bajo dos escenarios”. *Revista Universitaria Europea*, n.º 21, diciembre 2014, pp. 93-110.

⁵⁶⁰ JAIN, A.K. “Corruption: a review...” *op. cit.*; UGUR, M. “Corruption’s direct effects...” *op. cit.* en pp. 472-490.

⁵⁶¹ JOHNSON, N., LAFOUNTAIN, C.L. y YAMARIK, S. “Corruption is bad for growth (even in the United States)”. *Public Choice*, 2010.

⁵⁶² HOLMES, L. *Corruption: A Very... op. cit.* en p. 22.

Pero, independientemente de los efectos anteriormente mencionados, y dejando de lado las diferencias existentes entre unas y otras apreciaciones, lo cierto es que es evidente que la corrupción supone grandes pérdidas económicas en la contratación pública e incluso en relación con el total del PIB, y suprimirla –o al menos reducirla considerablemente– se presenta como uno de los mayores retos a los que la contratación pública mundial deberá hacer frente en los próximos años.

5. ALGUNOS DATOS SOBRE LA CORRUPCIÓN

Tras lo expuesto, podemos afirmar que la corrupción es un fenómeno extremadamente complejo. A pesar de los numerosos estudios realizados, aún hoy no podemos afirmar con precisión cuáles son sus causas o consecuencias, debido a que éstas se encuentran en la mayor parte de los casos desfiguradas, diluidas o encubiertas tras otros factores, lo que unido a la naturaleza oculta de la corrupción y a su carácter cambiante en el tiempo y en el espacio, hace que sea extremadamente difícil identificar no sólo sus consecuencias, sino las propias situaciones envueltas o afectadas por corrupción.

El estudio de la corrupción cuenta con diferentes dificultades, pero sin duda una de las más importantes es que, debido a la complejidad del fenómeno, su carácter transversal y su naturaleza escurridiza, la medición de su magnitud y de su impacto económico en la sociedad se antoja prácticamente imposible.

No obstante, existen algunas cifras o indicadores que intentan remediar, en cierta manera, esta falta de información a gran escala de la corrupción. A nivel global, los principales parámetros que encontramos son la percepción de la ciudadanía y las causas judiciales abiertas por corrupción.

5.1. La percepción de la ciudadanía

En un entorno marcado por las políticas de austeridad, la recesión económica y el crecimiento de las desigualdades sociales en y entre los Estados Miembros de la UE, los

ciudadanos se encuentran más sensibles a todos estos problemas de corrupción y falta de integridad en las instituciones públicas y representativas⁵⁶³.

Por estas y otras razones, el problema de la corrupción se ha hecho especialmente palpable tras los casos de corrupción que han tenido lugar en los últimos años. Y así parecen percibirlo los ciudadanos españoles, de acuerdo con el barómetro elaborado por el CIS en noviembre de 2014, que lo identifican como el segundo mayor problema existente actualmente en el Estado Español, ya que el 63,8% de los encuestados señalaron la corrupción como el primer, segundo o tercer problema de España – situándose sólo por detrás del paro (77%)⁵⁶⁴.

Conviene destacar en este sentido que, no obstante lo anterior, el barómetro publicado por el CIS en enero de 2016 muestra un descenso considerable en cuanto a la percepción de la corrupción como uno de los principales problemas de España. Así, en contra de lo que pudiera esperarse, en contraste con el 63,8% expuesto anteriormente, en el barómetro de enero de 2016 el porcentaje de españoles que creen que la corrupción es el primer, segundo o tercer problema de España decrece hasta el 39,2%, es decir, más de 20 puntos porcentuales, que sin embargo no sirven para desbancarlo como la segunda mayor preocupación de los españoles por detrás del paro. Hemos de decir, en este sentido, que los resultados de este barómetro elaborado por el CIS varían considerablemente en periodos relativamente cortos de tiempo, subiendo más de ocho puntos en febrero de 2016, hasta los 47,5%⁵⁶⁵. Las cifras varían, pero lo que es indudable es que la corrupción continúa siendo una de las principales preocupaciones de los españoles.

En este mismo sentido, según el eurobarómetro publicado por la Comisión Europea en 2014, el 97% de los empresarios españoles creen que la corrupción está extendida en

⁵⁶³ TEIXEIRA, A.A.C. “Corruption, economic growth and globalization: an introduction”. En: TEIXEIRA, A.A.C., PIMENTA, C., MAIA, A. y MOREIRA, J.A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Nueva York: Routledge, 2016, p. 1; véase a su vez GÓMEZ FORTES, B., CABEZA, L. y PALACIOS, I. “Double punishment for regional and national incumbents: the March 2012 regional election in Andalusia”. *South European Society and Politics*, n.º 18 (4), pp. 591-610.

⁵⁶⁴ CIS. *Barómetro de Noviembre 2014*. CIS Centro de Investigaciones Sociológicas. Estudio nº 3045. Noviembre 2014, p. 4-5.

⁵⁶⁵ CIS *Barómetro de Febrero 2016*. CIS Centro de Investigaciones Sociológicas. Estudio Estudio nº3128. Febrero 2014.

nuestro país, lo que supone el segundo porcentaje más alto de la encuesta, sólo por detrás de Grecia (99%)⁵⁶⁶.

Por su parte, Transparencia Internacional elabora de manera anual un informe de percepción de la corrupción denominado *Corruption Perceptions Index*, en que se asigna una puntuación numérica a los países de 0 a 100, siendo 0 extremadamente corrupto y 100 exento de corrupción. En la edición de 2015, se sitúa a España en la posición 36 del mismo, con una puntuación de 58 (ligeramente más baja que la obtenida en anteriores ediciones del informe), por detrás de la mayoría de países europeos, algunos de ellos con culturas y economías similares a la nuestra como Portugal (posición 28) o Francia (posición 23), aunque sensiblemente por delante de Italia (posición 61)⁵⁶⁷.

Pero, lo que puede ser aún más preocupante, es que la sensación de impunidad que perciben los empresarios con respecto a estas prácticas corruptas es realmente alta. En la UE, únicamente el 37% de los empresarios creen que los responsables de irregularidades serán puestos en manos de las autoridades, mientras que en España, dicho porcentaje desciende hasta el 31%⁵⁶⁸. Pero si hablamos de la posibilidad de que dichas personas responsables sean gravemente multados o condenados a pena de privación de libertad por un juzgado, los porcentajes de aquellas compañías que lo creen posible descienden hasta un 33% en la UE y un 19% en el caso español⁵⁶⁹. Y si hablamos de las empresas que creen que, en su país, aquellos que son condenados por corrupción son apropiadamente sancionados o castigados, los porcentajes no son más alentadores, conformando éstas un 46% en la UE y un 33% en España —es decir, ni siquiera la mitad de las empresas europeas creen que los castigos proporcionados a los corruptos son justos y convenientes⁵⁷⁰.

Todos estos indicadores sugieren que en España el fenómeno de la corrupción se encuentra considerablemente extendido, si bien es verdad que este sistema de medición

⁵⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*. European Commission. (Eurobarómetro) Flash Eurobarometer 374. Febrero 2014. p. 5

⁵⁶⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2015*. [consulta el 05-05-2016] Disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>

⁵⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en p. 83.

⁵⁶⁹ *Ibidem* en p. 86.

⁵⁷⁰ *Ibidem* en p. 89.

tiene sus limitaciones, siendo la principal la falta de objetividad, que hacen que los resultados puedan depender de algunas variables como la incidencia en los medios de comunicación de los escándalos de corrupción, factores económicos como las situaciones de crisis, etc. En este sentido, las cifras expuestas no pueden tomarse como definitivas o conclusivas, sino como meras guías o indicadores, ya que dichos datos tienen un marcado carácter subjetivo y no tienen por qué corresponderse necesariamente con la realidad⁵⁷¹.

3.2. Datos oficiales sobre la corrupción

Sin embargo, a pesar de las dificultades para cuantificar el fenómeno, sí que contamos con cifras oficiales, publicadas por organismos nacionales y supranacionales, que nos facilitan una aproximación número de casos de corrupción reales detectados por la justicia. Así, algunas estimaciones oficiales, como la de la Unión Europea, estiman que alrededor de 120.000 millones de euros se pierden cada año a causa de la corrupción, lo que supone entorno al 1% del PIB anual comunitario.⁵⁷²

A nivel nacional, existen algunos datos procedentes del Ministerio del Interior. Si bien los datos completos no son públicos y no existe posibilidad de acceso a la fuente primaria⁵⁷³, el Ministerio los publica parcialmente en informes y notas de prensa. Así, en fuentes del Ministerio se afirma que en la X Legislatura (2011-2015) se produjeron 709 investigaciones por delitos de corrupción, con la detención de 1.365 personas por delitos de este tipo⁵⁷⁴. Sin embargo, estos datos no identifican qué delitos concretos se consideran asociados con la corrupción, mencionando simplemente el cohecho⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ TARÍN, C. “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”. En: VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.M.; TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 67-82.

⁵⁷² TANDA, C. “La corruption un mal européen? Le phénomène analysé par la Commission”. [edición digital] En: *Le Portail de Référence pour l'espace de liberté, sécurité et justice*. 9 de febrero de 2015. Disponible en: <http://europe-liberte-securite-justice.org/2014/02/09/la-corruption-un-mal-europeen-le-phenomene-analyse-par-la-commission/>; EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament: EU anti-corruption report*. COM(2014) 38 final, p. 3.

⁵⁷³ TARÍN, C. “La medición de la...” *op. cit.* en p. 71.

⁵⁷⁴ Página web del Ministerio del Interior. [acceso el 20 de febrero de 2017] Disponible en: http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/6222651/

⁵⁷⁵ *Ibidem*.

Según datos del Consejo General del Poder Judicial, esta vez sí, detallando los delitos que son englobados dentro del término corrupción⁵⁷⁶, el número de procedimientos abiertos por casos de corrupción es considerable, como muestra la siguiente tabla:

Personas y procedimientos en los que están incurso: número total de acusados y procesados – procedimientos abiertos

	Hombres			Mujeres			Nº de procedimientos
	Españoles	UE	Extracomunitarios	Españolas	UE	Extracomunitarias	
Tribunal Supremo	0	0	0	0	0	0	0
Audiencia Nacional	30	8	10	3	3	9	3
CCAA	108	2	2	19	0	0	32
Total	138	10	12	22	3	9	35

Fuente: repositorio de datos sobre procesos de corrupción. Sitio web del Poder Judicial de España. Consultado el 18 de enero de 2017.

Según datos de este mismo organismo, durante el primer trimestre de 2017, el 77,8 % de las sentencias dictadas en primera instancia en causas por corrupción entre los pasados 1 de enero y 31 de marzo fueron condenatorias⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶A los efectos de la tabla, se consideran delitos relacionados con la corrupción:

- Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico. Arts. 320 y 322 CP
- Prevaricación de funcionarios públicos. Arts. 404, 405 y 408 CP
- Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. Arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP
- Cohecho. Arts. 419, 420, 421 y 422 CP
- Tráfico de influencias. Arts. 428, 429 y 430 CP
- Malversación. Arts. 432, 433, 434 y 435 CP
- Fraudes y exacciones ilegales. Arts. 436, 437 y 438 CP
- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función Arts. 439, 441, 442 y 443 CP
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Arts. 286, 3º y 4º CP

⁵⁷⁷ “Los jueces abrieron juicio oral o procesaron por delitos de corrupción a 97 personas en el primer trimestre del año”. Sitio web del Poder Judicial de España. Consultado el 27 de junio de 2017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-jueces-abrieron-juicio-oral-o-procesaron-por-delitos-de-corrupcion-a-97-personas-en-el-primer-trimestre-del-ano>

Sin embargo, estas fuentes oficiales, aunque ofrecen datos de indudable valor debido a su objetividad, no pueden tampoco, por sí mismas, medir la corrupción existente en nuestro país por diversas razones: (1) un mayor número de sentencias de corrupción puede deberse indistintamente a un incremento en la comisión de delitos o a una mejora del sistema de detección y enjuiciamiento (es engañosa, en tanto en cuanto en realidad lo que mide es la eficacia policial y judicial, y no el volumen real de corrupción⁵⁷⁸); (2) la corrupción comprendida en estos delitos es únicamente aquella sancionada penalmente por nuestro CP (hemos visto cómo la corrupción desborda los delitos penales y puede producirse por meras irregularidades); y (3) la dilación temporal entre la comisión del delito y la resolución judicial produce un desajuste que dificulta la interpretación de los datos.

6. LA COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO

La corrupción, como uno de los grandes problemas en las democracias avanzadas del siglo XXI, hunde sus raíces en lo más profundo de la sociedad. Sus causas, harto complejas, y su trascendencia en el espacio y en el tiempo, traspasando fronteras, creencias, culturas, siglos y civilizaciones, hacen plantearse incluso si su origen se encontrará intrínsecamente ligado al alma humana.

Sería algo simplista, no obstante, limitarnos a decir que la corrupción encuentra su causa en la propia idiosincrasia del ser humano. Y en este sentido, los diferentes estudios citados, realizados desde diversas disciplinas, arrojan algo de luz sobre la magnitud de un problema cuyos orígenes se encuentran anegados bajo un enredado entramado de causas psicológicas, sociales, legales, culturales e institucionales, que contribuyen de una u otra forma a favorecer la corrupción. Para entender el fenómeno, por tanto, debemos mantener una perspectiva global y multidisciplinar del problema, tratando de enlazar las diferentes variables que afectan de una u otra forma a esta realidad.

⁵⁷⁸ LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M. “Corrupción y transparencia:...*op. cit.* en p. 19.

Del mismo modo, las consecuencias del fenómeno, aunque evidentes, no son sencillas de identificar individualmente en un estudio científico pormenorizado. Y es que la corrupción socaba los cimientos de la misma civilización, del Estado de Derecho y del sistema democrático y económico actual.

Independientemente de la exactitud con la que podamos medir la dimensión de la corrupción y sus consecuencias, hoy en día no es sostenible una teoría que defienda los efectos ventajosos de la corrupción, pues se trata de un fenómeno que tiene innegables consecuencias negativas, tanto desde una perspectiva utilitarista –la corrupción tiene efectos negativos en la eficiencia del gasto público, en la inversión extranjera, en la gestión del capital humano, en la distribución de la riqueza, en la legitimación de los poderes públicos, etc.–, como desde una visión deontológica o kantiana del problema –el mero hecho de corromperse, implica de manera intrínseca una naturaleza negativa, de traición al deber, a la ética, a la honradez y a la integridad en las funciones públicas.

En definitiva, se trata de un problema complejo que, al igual que ocurre con la regulación medioambiental⁵⁷⁹, debe ser afrontado de manera transversal y desde una perspectiva interdisciplinar, que permita abordarlo desde diferentes disciplinas, como la economía, la sociología, la psicología o las ciencias de la educación. Desde el campo del Derecho Administrativo, la transversalidad debe llegar desde todas las áreas de especialidad, y fundamentalmente desde aquellas en las que el problema de la corrupción es especialmente evidente. Así, la arquitectura legal regulatoria de materias como el urbanismo, la fiscalidad, derecho electoral, y contratación pública, entre otras, deben ser conscientes de la necesidad de generar mecanismos especializados para asegurar la integridad en procesos administrativos concretos, de cara a alcanzar, como decimos, un grado de transversalidad suficiente que haga que, en todas las materias y en todos los campos de actividad administrativa, estén garantizadas unas actuaciones íntegras. La corrupción no puede ser ya una materia de regulación en sí misma, separada del resto de ramas del derecho, sino que la política anticorrupción debe empapar cada uno de los sectores legales de actuación, de forma que la integridad sea un valor a proteger en cualquier actividad que desarrolle el ser humano.

⁵⁷⁹ ORTEGA ÁLVAREZ, L. “Los principios del medio ambiente comunitario”. En: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. *Jornadas sobre el derecho administrativo comunitario*. Edit. RDU, 2001, pp. 169-202.

Capítulo III

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UN ACTO EMPRESARIAL ENVUELTO EN UN
PROCESO DE BUENA GOBERNANZA

El sistema era así, todos habíamos pecado.

**Bettino Craxi, político italiano condenado por corrupción en la década de los
noventa.**

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, en las Constituciones y Tratados de los Derechos Humanos, los primeros derechos reconocidos, más valorados y más protegidos han sido los inherentes a la individualidad del ser humano, como son el derecho a la libertad, la dignidad humana y a los derechos individuales. Desde la *Bill of Rights*, aprobada por el parlamento británico en 1689, que imponía una limitación de poderes a Guillermo de Orange para permitirle reinar, y que es considerada como el precedente inmediato y el antecedente desencadenante de las posteriores declaraciones de derechos humanos, los derechos individuales han gozado de una atención principal. Positivizaciones posteriores, como la Declaración de Derechos de Virginia de EEUU (12 de junio 1776), o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en Europa, siguen esta línea de la tradición iusnaturalista-racionalista, lo que implica convertir los derechos subjetivos en el centro de todo el orden jurídico. En esta época, la garantía constitucional de la dignidad humana se sitúa en lo más alto de las fuentes positivas que disciplinan las relaciones del Estado con el hombre; el Estado no se ha hecho a sí mismo, no es fruto de su propia voluntad, sino que ha sido creado por los hombres para servirles, y por tanto, la dignidad humana delimita la legitimidad del Estado.

En este sentido, el Derecho Administrativo fue concebido, tradicionalmente, como un medio para proteger al ciudadano frente a las actuaciones de la propia Administración y dotarle de los medios procesales necesarios para disponer de una tutela efectiva de sus derechos como ciudadano frente a los actos administrativos⁵⁸⁰. No obstante, esta vertiente de defensa o garantía de libertad del ciudadano deviene claramente insuficiente para expresar los fines y objetivos del Derecho Administrativo actual, enmarcado dentro del Estado del Bienestar⁵⁸¹. La labor del Derecho Administrativo va,

⁵⁸⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. “La explicación histórica del Derecho Administrativo”. En: CIENFUEGOS SALVADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M.A. (Coord.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 293-315 en p. 295 y ss.; véase a su vez GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo*, 9ª. ed., Madrid: Civitas, 199., t. I, p. 26

⁵⁸¹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2003. p. 25; CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada: una dicotomía central de la contratación administrativa.” *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 141 Enero-Febrero 2016, pp. 48-59 en p. 49.

hoy en día, mucho más allá de dispensar la mejor garantía contra los posibles abusos por parte de las Administraciones Públicas⁵⁸².

Así, una vez asegurado que el Derecho Administrativo limita y racionaliza el poder público de la Administración, aquel debe garantizar un adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos y las políticas del Estado, así como facilitar la acción administrativa, su eficacia y eficiencia⁵⁸³. Estos criterios, entre otros, son los que han servido de base para la elaboración de la teoría Administrativa moderna⁵⁸⁴. El Derecho Administrativo es el encargado de vertebrar la acción positiva de la Administración, es decir, de “dirigir” la actuación pública hacia unos determinados objetivos e intereses públicos, asegurando el funcionamiento de la Administración de manera eficaz.

Y es que en la realidad actual nos encontramos con una sociedad formada por una serie de relaciones multilaterales, en las que surgen derechos e intereses contrapuestos entre los ciudadanos, grupos de presión, grupos de poder, organizaciones internacionales, etc.⁵⁸⁵. Estos intereses o grupos de intereses denominados difusos⁵⁸⁶, protegidos por la Constitución⁵⁸⁷, se ven afectados de manera directa por las políticas públicas de la Administración, de forma que el Derecho Administrativo debe dar una respuesta, enmarcando y ponderando todos los intereses en juego, a la actuación que debe seguir la Administración Pública en su labor asistencial o prestacional para con los intereses públicos y las necesidades interrelacionadas de la ciudadanía. En este sentido, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN, *de acuerdo con la teoría de la dirección, el Derecho no representa el único medio de dirección de los procesos sociales, puesto que también los son el mercado, el personal y la organización*⁵⁸⁸, y por tanto debe ponerse en relación con el resto de los factores de dirección.

⁵⁸²CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada...” *op. cit.* en p. 49.

⁵⁸³SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general...* *op. cit.* en p. 26.

⁵⁸⁴CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada...” *op. cit.* en p. 49.

⁵⁸⁵Véase de manera general GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Globalización económica, políticas...” *op. cit.*

⁵⁸⁶SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”. En: BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Derecho Global, 2006, pp. 15-132 en p. 45; Véase a su vez GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Globalización económica, políticas...” *op. cit.*

⁵⁸⁷CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada...” *op. cit.* en p. 49.

⁵⁸⁸SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre...” *op. cit.* en p. 46.

Este fenómeno, bautizado por SCHMIDT-ASSMANN como la teoría de la dirección⁵⁸⁹, ha provocado que la estructura y la organización interna de las administraciones y entes públicos se haya visto notablemente modificada durante las últimas décadas, especialmente a partir de los años 70, en todo el continente europeo. Y es que, en efecto, siguiendo los postulados de las corrientes de *management* que imperan en la empresa privada⁵⁹⁰, las administraciones públicas actuales proceden de una manera que se asemeja a una empresa prestadora de servicios para los ciudadanos, dando lugar a una estructura organizativa descentralizada,⁵⁹¹ análoga a la utilizada en el modelo empresarial⁵⁹², que se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso de las múltiples entidades públicas no Administración Pública que encontramos hoy en día en cualquier país occidental⁵⁹³; y el Derecho Administrativo, por su parte, también se ha desarrollado extendiéndose a regular campos que, lejos de limitarse a asegurar la protección del ciudadano frente a la Administración, buscan realmente guiar las actuaciones de la Administración y de la sociedad en una determinada dirección. El profesor PONCE SOLÉ también ampara esta dicotomía en las actividades de la Administración Pública, asimilando la actividad de la Administración con el ilustrativo ejemplo del funcionamiento de un semáforo. Así, el Derecho Administrativo actúa a modo de semáforo en rojo cuando opera con el objetivo de proteger al ciudadano de los eventuales abusos o malas actuaciones de la propia administración, y lo hace como semáforo en verde –función ésta que se corresponde con la teoría de la dirección de SCHMIDT-ASSMANN– cuando se encarga de guiar al propio Poder Público y a la sociedad hacia la consecución de unos determinados intereses generales⁵⁹⁴. Esta nueva

⁵⁸⁹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general... op. cit.* en p. 28.

⁵⁹⁰ Conviene señalar que dicha analogía con el sector empresarial no es total. Es cierto que la Administración Pública tiende en los últimos años hacia una organización interna en la que la toma de decisiones se descentraliza con el objetivo de prestar el mayor número de servicios posibles de la manera más eficiente, pero esto no implica que el proceso de toma de decisiones sea idéntico al empresarial. De ser así, se correría el peligro de sustituir la función que cumple el Derecho con respecto a la Administración por los mecanismos de mercado y por una distribución descentralizada de los recursos, algo en ningún caso deseable si se quiere garantizar el respeto de los derechos fundamentales y de la ley en las actividades de la Administración.

La Administración no debe moverse exclusivamente por criterios de rentabilidad económica, sino que su servicio al interés general exige que otros principios sean tenidos en cuenta a la hora de la toma de decisiones: legalidad, proporcionalidad, transparencia, etc.

Véase: SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general... op. cit.* en pp. 34-35.

⁵⁹¹ Véase p. 187.

⁵⁹² SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general... op. cit.* en p. 32.

⁵⁹³ CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada...” *op. cit.* en p. 50.

⁵⁹⁴ PONCE SOLE, J. “Buen Gobierno Y Buena Administración”. [Ponencia]. En: *Seminario Internacional: Regeneración Democrática y Lucha contra la Corrupción*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya. 22 de octubre de 2015.

concepción de la esfera pública transporta a un primer plano a la contratación pública, que se configura como uno de los mediosineludibles que tienen, tanto la Administración Pública como el Derecho Administrativo, para conseguir cumplir con su “nuevo” cometido de dirigir a la sociedad en una determinada dirección, prestando los servicios e infraestructuras necesarias a los ciudadanos al tiempo que se incide indirectamente en políticas sociales, medioambientales, etc.

La contratación pública, por tanto, tiene un carácter asistencialista que se aleja de la mera protección de los derechos individuales de los primeros Estados modernos, que debe regular, o “guiar”, del Derecho de la contratación pública.

Pero las particularidades de la contratación pública no terminan en su carácter prestacional, sino que, a diferencia de lo que podría ocurrir, por ejemplo, con el Derecho de subvenciones, que regula una relación unidireccional y meramente prestacional en el sentido estricto, la contratación pública se lleva a cabo a través de una relación bidireccional e incluso multidireccional, en la que se produce un intercambio comercial entre el sector público y el privado para un consumidor final, que actúa como tercero en la relación contractual. La contratación pública representa, así, la transformación del Derecho Administrativo de la prestación en un Derecho Administrativo de la garantía de la prestación, de la que surge una auténtica responsabilidad del Estado de garantizar una prestación de servicios o bienes llevada a cabo por el sector privado⁵⁹⁵.

El marcado carácter comercial de la contratación pública, unido a los problemas planteados por la relación de agencia existente en estos procedimientos, que introduce una multiplicidad de intereses en relación, junto con el anteriormente mencionado carácter de actividad de dirección administrativa, hacen que la contratación pública sea un sector especialmente delicado, que cabalga a medio camino entre los principios comerciales, como los de libre mercado y de competencia, y los tradicionalmente administrativos como la eficiencia, buen gobierno, integridad, transparencia, etc.⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵SCHMIDT-ASSMANN, E. “Cuestiones fundamentales sobre...” *op. cit.* en pp. 104-106.

⁵⁹⁶SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general...* *op. cit.* en p. 18.

La contratación pública se configura en una relación comercial en la que las partes contractuales no se encuentran en posición de igualdad en la negociación, y que está regida a su vez por normas y principios rectores propios del Derecho Administrativo.⁵⁹⁷ Esta naturaleza mixta del fenómeno es lo que, junto con otras causas, como las grandes sumas de dinero en juego, lo hace especialmente vulnerable a los abusos y arbitrariedades relacionados con la corrupción⁵⁹⁸.

Es por eso que nos parece especialmente acertado el concepto utilizado por la OCDE al hablar de la contratación pública en su informe *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z*, al calificarlo como *un proceso empresarial en un contexto de buena gobernanza*⁵⁹⁹.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN NÚMEROS

Las particularidades de la contratación pública señaladas en las páginas anteriores, las posibilidades que ofrece, y los beneficios que de ellas se derivan, han hecho que se convierta en un mecanismo cada vez más utilizado por los Estados y los entes públicos para abastecer de servicios e infraestructuras a la población. La flexibilidad que ofrecen los contratos públicos y las concesiones, que procuran a las Administraciones Públicas una mayor capacidad de responder a las necesidades concretas de los ciudadanos en cada momento sin necesidad de acometer grandes cambios estructurales en su organización y cuerpos profesionales, hacen de la contratación pública un elemento clave de la gestión pública actual. A través de la misma, el sector privado pone sus medios al servicio de la Administración pública y los ciudadanos. Los recursos, la capacidad para la innovación, la capacidad para maximizar beneficios y responder ante los cada vez más frecuentes avances tecnológicos del sector privado, hacen especialmente atractiva la contratación pública como método de prestación de servicios en la Administración Pública actual.

⁵⁹⁷ OCDE. *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z*. OCDE. Traducción: Instituto Nacional de Administración Pública. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública. 2009, p. 17

⁵⁹⁸ WILLIAMS, R. "Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement". *Public Procurement Law Review*, n.º 4, 2014, pp. 95-100.

⁵⁹⁹ OCDE. *La integridad en...* *op. cit.* en p. 17.

No es de extrañar, por tanto, que la contratación administrativa suponga hoy en día una de las principales actividades del sector público a nivel nacional, europeo e internacional, invirtiéndose grandes cantidades y celebrándose un buen número de contratos para satisfacer las necesidades de la sociedad. No obstante, dar una cifra precisa del gasto anual a nivel mundial en contratación administrativa es algo complejo, y así se puede comprobar la vista de las divergencias entre las cifras aportadas por unos y otros estudios.

En 1972, con la primera directiva de contratación pública recientemente aprobada y la directiva sobre contratos de suministros de 1976 en proceso de elaboración, los estudios elaborados por la CEE estimaban que en los diferentes estados miembros la contratación pública representaba, en 1969: 8% del PIB en Francia (51,7 millones de francos); 8% en Alemania (Alemania Occidental); 3,4% en Italia; 3,6% en Bélgica; o 4,1% en los Países Bajos.⁶⁰⁰ Estos números, que datan ya de hace medio siglo, ofrecen sin duda la imagen de un sector poderoso dentro de las economías europeas.

Sin embargo, las estimaciones que se manejan en la actualidad muestran un aumento considerable del gasto público en contratación administrativa, y dan buena cuenta del peso específico adquirido por la contratación pública como política de actuación dentro de las Administraciones públicas desarrolladas.

De esta forma, la plataforma *Open Contracting Partnership* (Asociación para la Contratación Abierta) estima que, de media, cada año se invierten en el mundo en procedimientos contractuales 9,5 billones de dólares —es decir, alrededor de 8,3 billones de euros⁶⁰¹. Por otro lado, la ONU afirma que la inversión en contratación pública entre los países miembros oscila entre un 15% y un 30% del PIB, lo que significa que miles

⁶⁰⁰ COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. *Première communication de la Commission au Conseil sur l'état d'ouverture des marchés publics et des marchés des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général en ce qui concerne les fournitures*. SEC (72) 2601 final. Bruxelles, 24 de julio de 1972. pp. 4-5. Consultado en los Archivos Históricos de la Unión Europea, European University Institute, Florencia, Italia. (6 de diciembre de 2016).

⁶⁰¹ SPRULL, C. "Open Contracting: Factivists fighting Procureaucrats". En: *Open Contracting Partnership*. 9 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.open-contracting.org/open_contracting_factivists_fighting_procureaucrats

de millones de euros son gastados por los gobiernos cada año para la compra de diferentes tipos de bienes, servicios y obras.⁶⁰²

Por su parte, un informe de la CNMC española, sostiene que la contratación pública supone alrededor de un 15% del PIB en los países desarrollados⁶⁰³, mientras que la OCDE sitúa el porcentaje que ocupa la contratación pública a nivel internacional (de entre los miembros de la OCDE en 2008) entre un 13% sin tener en cuenta las *utilities*⁶⁰⁴, y entorno a un 18% comprendiendo dichas *utilities*.

Lo cierto es que, aunque las cifras varían, puede afirmarse que, en la economía global, la contratación pública puede cuantificarse entre un 13% y un 30% del PIB. Unos porcentajes que, comparándolos con las estimaciones que hacía la CEE en 1969, dejan claro el indudable salto cualitativo y cuantitativo que ha experimentado por el sector en la actuación administrativa y el funcionamiento de la economía.

Como veremos a continuación, la realidad de la situación en España y en la UE se acerca más a las últimas estimaciones señaladas –del CNMC y la OCDE–, aunque indudablemente cae también dentro de los umbrales señalados por la ONU –eso sí, más cerca del 15%, y en todo caso muy lejos del 30% establecido como máxima del rango.

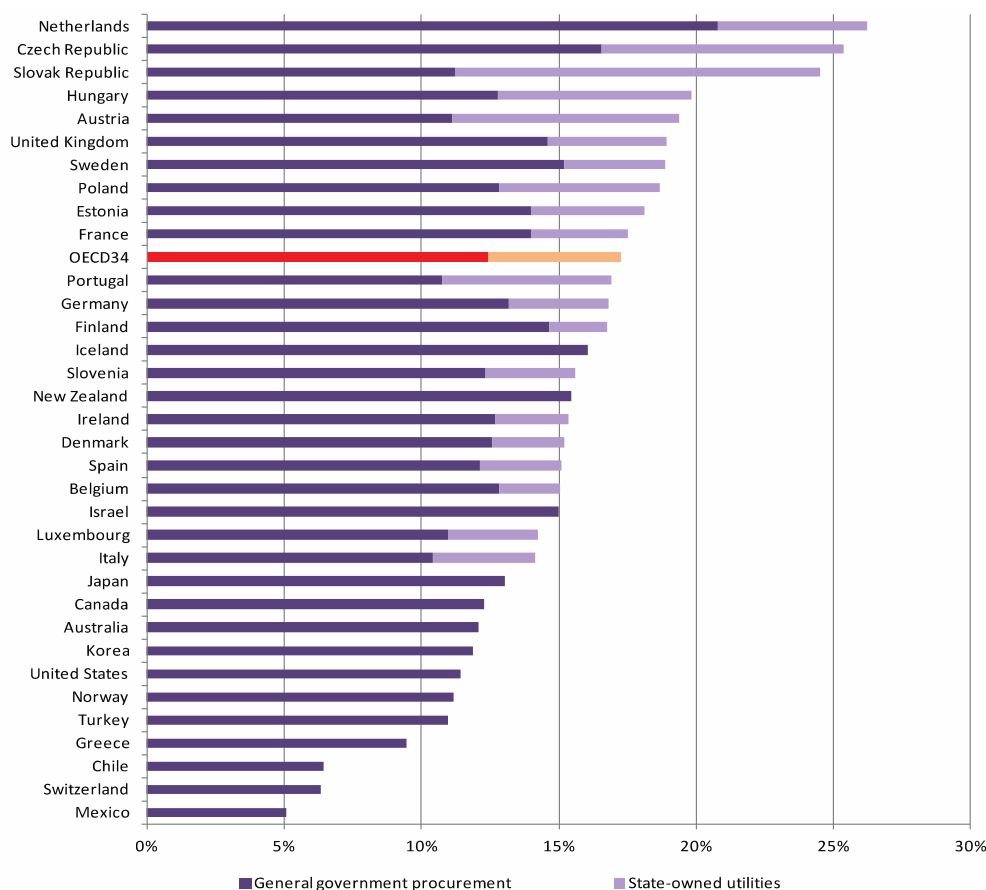
La siguiente gráfica muestra, de acuerdo con los datos de la OCDE, el porcentaje de PIB que suponen las contrataciones administrativas en los países miembros de la organización, tanto teniendo en cuenta las *utilities* como excluyéndolas:

Porcentaje que representa la contratación pública en relación al PIB (2008)

⁶⁰² UNODC. *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention Against Corruption*. United Nations Office of Drugs and Crime. Viena, septiembre de 2013, p. 8. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf

⁶⁰³ CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5 de febrero de 2015, p. 3.

⁶⁰⁴ El informe de la OCDE se refiere con el término *utilities* a aquellas compañías propiedad del estado, que normalmente prestan servicios como suministro de agua o electricidad (los comúnmente denominados sectores excluidos o sectores especiales). OCDE. *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth: Enabling reform through evidence and peer reviews*. OECD, Paris, 2012, p. 5. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/ethics/PublicProcurementRev9.pdf>



Fuente: OCDE. *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth: Enabling reform through evidence and peer reviews*. OECD, Paris, 2012. p.5. Disponible en:

<http://www.oecd.org/gov/ethics/PublicProcurementRev9.pdf>

Como podemos observar, la mayor parte de los países europeos presentan elevados porcentajes de utilización de la contratación pública. De acuerdo con estos números, en España esta actividad representaría un 12% del PIB excluyendo los encargos a medios propios (15% incluyéndolos) –aunque como veremos otros estudios revisan estas estimaciones al alza–, cerca del 13% que se atribuye, de media, a los estados miembros de la OCDE (17% incluyendo medios propios).

La Unión Europea, por su parte, destinó en 2009, 2.450 miles de millones de euros, incluyendo *utilities*, a la contratación pública, lo que supone un 19% sobre el PIB (UE-27)⁶⁰⁵ –mientras que otro estudio, éste de la Universidad de Utrecht, habla incluso de un

⁶⁰⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Evaluation report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*. Commission Staff Working Paper. European Commission, Bruselas, 27 de junio de 2011, p. i Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf

porcentaje del 20%⁶⁰⁶. Un informe más reciente, de la Comisión Europea, sitúa el porcentaje que representa la contratación pública en el PIB europeo (excluyendo las *utilities*⁶⁰⁷) en un 13,67%⁶⁰⁸; es decir, prácticamente igual a la media de la OCDE (13%).

Se trata de cifras que, sin duda, ponen de manifiesto el peso económico que tiene la contratación pública en las arcas europeas. Pero añadida a esta importancia económica encontramos una substancial trascendencia teórico-jurídica de los contratos administrativos. Y es que en origen, la actual Unión Europea se creó como una unión económica cuyo principal objetivo era el de hacer posible que los procesos económicos se desenvuelvan en un mercado sin fronteras internas, un originario objetivo que sigue residiendo como la razón de ser cardinal de la UE. Así, principios como el de libre circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores o la libre circulación de capitales y servicios se configuran como la base teórica de la UE.

En este sentido, es innegable la íntima relación que tiene la contratación pública con los anteriores principios y objetivos originarios, pues se trata de uno de los medios más directos y eficaces por los que la Administración incide en el mercado y en la circulación de trabajadores, mercancías, capitales y servicios. Una regulación de los contratos públicos que dificultase la movilidad de mercancías, servicios, etc., pondría en peligro el propósito principal de la formación de la UE. Por ello a nivel europeo, la contratación pública, en tanto en cuanto que condicionante e influenciante de la economía y del mercado interior, constituye una de las principales formas en las que el derecho administrativo influye en el primordial fundamento de la Unión. Esto, unido a la señalada trascendencia económica que tiene dentro de la unión, la transforman en uno de los pilares básicos de la política pública comunitaria.

⁶⁰⁶ PWC. *Marchés publics: Le coût de la corruption Identifier et Réduire la Corruption dans les Marchés Publics au sein de l'UE*. Universidad de Utrecht y PwC, 2013, p. 4.

⁶⁰⁷ En lo que concierne al derecho europeo, se consideran *utilities* aquellos contratos celebrados en los denominados sectores especiales, regidos por la 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

⁶⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Public Procurement Indicators 2013*, Documento de trabajo de la Comisión Europea de 17 de junio de 2015, p. 6. Disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11022?locale=es>

En el caso de España, ligeramente por debajo de la media europea, la contratación pública supone el 18,5% del PIB español –alrededor de 194.000 millones de euros anuales–⁶⁰⁹, aunque según el Observatorio de Contratación Pública podría estar incluso por encima de esta cifra si se incluyen otros aprovisionamientos no contractuales, como las encomiendas de gestión o los convenios. De la misma manera opina la Fundación ¿Hay Derecho?, que en sus estudios estima que la contratación pública representa el 20% del PIB Español (alrededor de 200.000 millones de euros y supondría el 40% del gasto público⁶¹⁰. Otros estudios, como el citado *Evaluation report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, estiman que el porcentaje destinado en España a contratación administrativa es ligeramente menor, suponiendo el 15,5% del PIB incluyendo las *utilities*, y un 11,83% si las excluimos del cómputo global. En el mismo sentido, un estudio del año 2015 elaborado por la Comisión Europea rebaja el porcentaje de la contratación pública en España al 9,78% de gasto en relación con su PIB si no incluimos las *utilities*⁶¹¹. Y en la misma línea se pronuncia la propia Comisión Europea en su estudio *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU*, publicado el 14 de abril de 2016, en el que cifra en un 10% el porcentaje del PIB que ocupa la contratación pública en España⁶¹².

Aunque estas últimas cifras son menores, suponen igualmente una gran inversión anual por parte de los entes públicos en contrataciones administrativas y, en todo caso la mayoría de investigadores –como muestra el Observatorio de Contratación Pública– y organismos del Estado, han asumido el 18,5% del PIB como la cifra “oficial” acerca de la inversión anual que nuestro sector público realiza en contratación pública.

3. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

⁶⁰⁹ CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis... op. cit.* en p. 3.

⁶¹⁰ FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?. *Corrupción institucional y controles administrativos previos*. 24 de mayo de 2015, p. 40 [consulta el 18-04-2016] Disponible en: <http://www.fundacionhayderecho.com/presentacion-del-estudio-corrupcion-institucional-y-controles-administrativos-preventivos/>

⁶¹¹ COMISIÓN EUROPEA. *Public Procurement Indicators 2013...op. cit.* en p. 6.

⁶¹² COMISIÓN EUROPEA. *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU*. 14 de abril de 2016. Consultado el 16-04-2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2016/04/14-04-2016-public-procurement-a-study-on-administrative-capacity-in-the-eu

3.1. La magnitud del problema

Las tentaciones y oportunidades que el mercado de la contratación pública ofrece tanto a los trabajadores públicos como a los operadores económicos, unido a los espacios de discrecionalidad que ofrece la contratación, la interconexión entre actores políticos, administrativos y empresariales, y las ingentes cantidades de dinero con las que se operan en este sector, hacen que el mercado de los contratos públicos se encuentre especialmente expuesto a las prácticas corruptas y que éstas sean uno de los grandes problemas de la contratación pública global.⁶¹³ Así lo afirmó en 2010 el Parlamento Europeo, señalando que *el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea*⁶¹⁴. Y así lo confirmó posteriormente la Comisión Europea en su Informe de Lucha contra la corrupción en la UE, en el que afirma que el análisis por países evidencia la propensión de los procedimientos de contratación pública a cobijar prácticas corruptas.⁶¹⁵

Lo pone de manifiesto el hecho de que el 57% de los casos de soborno extranjero enjuiciados por la Convención Anti-Soborno de la OCDE hasta la fecha están relacionados con los sobornos en procedimientos de contratación pública⁶¹⁶. Y lo corroboran los estudios de la Fundación ¿Hay Derecho?, que señalan que entre el año 2011 y 2014, el 31,4% de las condenas por casos de corrupción en España lo fueron en temas relacionados con la contratación pública, siendo el ámbito que más casos acapara

⁶¹³ RACCA, G.M. y YUKINS R.C. “Steps for Integrity in Public Contracts”. En: RACCA, G.M. y YUKINS R.C (eds.) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Brulyant, 2014, p. 2; NEU, D. EVERETT, J. y SHIRAZ RAHAMAN, A. “Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject”. *Critical Perspectives on Accounting*, 28, 2015, pp. 49–61.

⁶¹⁴ PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude - Informe anual 2008 (2009/2167(INI))*. Comisión de Control Presupuestario - Parlamento Europeo. 23 de marzo de 2010. A7-0100/2010. Apartado 27. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0100+0+DOC+PDF+V0//ES> ;

⁶¹⁵ COMISIÓN EUROPEA. *La lucha contra... op. cit.* en p. 9.

⁶¹⁶ OCDE. *Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*. OECD Publishing. 2014. p. 8 Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>

por encima del sector urbanístico (16,5%) y los procedimientos de autorización, revisión e inspección (15,8%)⁶¹⁷.

Por su parte, en lo que se refiere al peso relativo de la corrupción en los procedimientos de contratación pública, la ONG Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe afirma que *la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno*⁶¹⁸. Sin embargo, según un estudio de la OCDE, el impacto va mucho más allá, al estimar que su impacto supone, de manera general, pérdidas de entre un 20% y un 25% del valor de los contratos, es decir, más del doble de lo señalado anteriormente⁶¹⁹, mientras que la UNODC estima que dicho coste oscila entre un 10% y un 25% del valor total de cada contrato⁶²⁰. En la UE, el citado informe *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU* calculó que, para los contratos financiados con fondos FEDER, el coste de la corrupción estaba estimado entorno al 13% del coste de contrato⁶²¹.

La especial proliferación de la corrupción en el sector de la contratación pública también puede apreciarse en ámbitos más regionales, ya que, a modo de muestra, de las 36 investigaciones llevadas a cabo por la Oficina Antifraude de Cataluña en el año 2015, el 50% (18) versaban sobre temas relativos a la contratación pública⁶²².

Por su parte, Transparencia Internacional estima que la corrupción en la contratación pública puede llegar a suponer sobrecostes para los contratos de hasta un 50% del coste del proyecto en cuestión⁶²³. En esta misma línea, FLYVBJERG y MOLLOY, que han desarrollado diversos estudios cuantitativos en la materia, encontraron que en 20 países

⁶¹⁷FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?. *Corrupción institucional y...* op. cit. en p. 39 [consulta el 18-04-2016]

⁶¹⁸ Sitio web de Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe. Disponible en: http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas [consultado el 30 de septiembre de 2015]

⁶¹⁹ OCDE. "Why clean public procurement matters". En: *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*. OCDE Publishing. 2013, p. 20.

⁶²⁰ UNODC. *Guidebook on anti-corruption...* op. cit. en p. 8.

⁶²¹ WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* op. cit en p. 55.

⁶²² Web oficial de la Oficina Antifraude de Cataluña. Consultado el 28 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.antifrau.cat/images/web/docs/denuncies/investigacions_2015.pdf

⁶²³ Transparencia Internacional, "Public procurement" [acceso el 23 de mayo de 2017] Disponible en: https://www.transparency.org/topic/detail/public_procurement

diferentes, en un periodo de 75 años, la media del sobrecoste ocasionado por la corrupción fue de 44,7% en los proyectos ferroviarios, 33,8% en puentes y túneles, y de un 20,4% para la construcción de carreteras⁶²⁴.

La publicación llevada a cabo por la Universidad de Utrecht en 2013, en la que se estudian los efectos de la corrupción en la contratación pública en 8 países de la UE – España, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Países Bajos, Polonia y Rumanía– calculó que las pérdidas generadas por las prácticas corruptas en los contratos administrativos en dichos países alcanzaba el 13% de las cantidades invertidas⁶²⁵, lo que extrapolado al total de la UE supondría una pérdida anual de entorno al 2,5% del PIB europeo, más del doble del 1% estimado por la Comisión.

En este mismo sentido, según el Eurobarómetro, en la Unión Europea, ante la pregunta *en los últimos tres años, ¿piensa que la corrupción ha impedido a su empresa ganar una licitación o concurso público?*, un 32% de los operadores económicos encuestados afirmaron que, efectivamente, casos de corrupción les han impedido ganar concursos o licitaciones públicas. En España la estadística se sitúa ligeramente por encima de la media, con un 37% de respuestas afirmativas, lejos de Bulgaria (56%), el peor valorado, o de Bélgica, que es el país que mejor parado sale de esta encuesta con sólo un 6% de contestaciones afirmativas⁶²⁶.

ESCRIHUELA MORALES, por su parte, se aventura a dar una cifra a nivel nacional cuando afirma que podría considerarse que alrededor del 20% de los responsables de la contratación pública en los diferentes órganos adjudicadores actúan en la ilegalidad, procurando encubrir sus acciones a través de complicados mecanismos financieros⁶²⁷.

Según la CNMC, la corrupción y la ausencia de concurrencia efectiva originan un 25% de sobrecoste –de media– en los contratos públicos españoles, lo que implicaría un

⁶²⁴ FLYVBJERG, B. y MOLLOY, E. “Delusion, Deception and Corruption in Major Infrastructure Projects: Causes, Consequences and Cures”. En: ROSE-ACKERMAN, S. and SOREIDE, T. (eds.), *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. Massachusetts: Edward Elgar, 2011.

⁶²⁵ PWC. *Marchés publics: Le coût...op. cit.* p. 5.

⁶²⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards... op. cit.* en p. 54.

⁶²⁷ ESCRIHUELA MORALES, F.J. “La contratación del sector público y la corrupción”. *Práctica Contratación Administrativa: revista de contratación administrativa y de los contratistas*. Editorial Wolters Kluwer La Ley, n.º135 Enero - Febrero 2015, p. 16-21 en p. 17.

4,6% del PIB anual, es decir, 47.500 millones de euros al año⁶²⁸, y se considera que este coste puede llegar al 50% del valor en determinados contratos⁶²⁹. Conviene resaltar aquí que la cifra otorgada por la CNMC no parece referirse únicamente a las pérdidas generadas por la corrupción, como se insinuaba, entre otros, en el artículo publicado en el diario *El Confidencial* por José Antonio NAVAS⁶³⁰, sino que incluye también todas aquellas pérdidas generadas por la falta de competencia efectiva, que como afirma CASTELLANO CACHERO, no tienen por qué estar ligadas a casos de corrupción⁶³¹. De hecho, la afirmación literal de la CNMC es: *se estima que en ausencia de presión concurrencial se pueden originar desviaciones medias, al alza, del 25% del presupuesto de la contratación pública*. Es cierto que cualquier acto corrupto conlleva como consecuencia directa una falta de concurrencia, pero igual de cierto es que no todas las situaciones de “ausencia de presión concurrencial” vienen provocadas por una situación de corrupción, y algunas de ellas se derivan de eventos impredecibles, incompetencia, o un simple error de cálculo.⁶³² A lo que el CNMC parece referirse con dicho porcentaje es a las pérdidas ocasionadas en el mercado de la contratación pública a causa de diversas situaciones que distorsionan la competencia efectiva entre licitadores –entre las que se encuentra, qué duda cabe, la corrupción.

Llegados a este punto, hay que señalar que los costes de la corrupción son extremadamente difíciles de calcular, debido precisamente a su naturaleza clandestina, ya que únicamente los casos corruptos que salen a la luz pueden afirmarse como ciertos. De esta forma, los datos a partir de los cuales se estima normalmente la magnitud de la corrupción –percepción de la corrupción, sobrecostes de los contratos, etc.– no nos ofrecen una visión exacta de qué parte de la contratación pública ocupa estrictamente la corrupción, sino únicamente una perspectiva aproximada, y esta situación provoca que, como hemos visto, los cálculos de los costes de la corrupción varíen de unos estudios a otros. Sea como fuere, y dejando de lado las diferencias existentes entre unas y otras

⁶²⁸CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis... op. cit.* en p. 6.

⁶²⁹MEDINA ARNÁIZ, T. *Las prohibiciones de...op. cit.* en p. 316.

⁶³⁰ Enlace al artículo: http://www.elconfidencial.com/empresas/2015-02-10/la-cnmc-cifra-en-el-4-5-del-pib-el-coste-de-la-corrupcion-en-la-contratacion-publica_706560/

⁶³¹MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia... op. cit.* en p. 43; Véanse, a su vez, las críticas en el mismo sentido que señalamos en el texto de TEJEDOR BIELSA, J.C. “Los mantras de la corrupción y los 47.500 millones de euros”. Espúblico. [Consulta el 27 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.administracionpublica.com/los-mantras-de-la-corrupcion-y-los-47-500-millones-de-euros/>

⁶³² Véase en este sentido ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government:...* *op. cit.*

apreciaciones, lo cierto es que es evidente que la corrupción supone grandes pérdidas económicas en la contratación pública e incluso en relación con el total del PIB, y suprimirla –o al menos reducirla considerablemente– se presenta como uno de los mayores retos a los que debe hacer frente la política de contratación pública internacional.

Pero, a pesar de lo expuesto, lo cierto es que se aprecia, a nivel global, unapreocupanteescasez de iniciativas y avances en materia anticorrupción desde hace unos años hasta la fecha. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, TI en su informe *Progress Report 2015: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*, que tiene como objeto evaluar la progresión y el grado de cumplimiento que han alcanzado los diferentes estados firmantes en la implementación de las políticas anticorrupción, en general, y de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, en particular⁶³³. Según este estudio, únicamente diez países han llevado a cabo una activa o moderada implementación práctica de las políticas anticorrupción recogidas en la Convención: Estados Unidos, Alemania, Reino Unido y Suiza han implementado activamente estas políticas; mientras que el esfuerzo en la aplicación en Italia, Canadá, Australia, Austria, Noruega y Finlandia se considera moderado. El resto de países parte, un total de 29, y entre los que se encuentra España, han realizado escasos o ningún avance en la implementación de dichas políticas⁶³⁴.

3.2. Sobre la apertura del mercado, el principio de concurrencia y la corrupción

La concurrencia a las licitaciones públicas es una de las bases del propio derecho de la contratación pública⁶³⁵, pero, lo que es más, incide directamente en la integridad, ya que

⁶³³ HEIMANN, F., FÖLDES, A. y COLES, S. *Exporting Corruption. Progress Report 2015: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*. Transparency International. 2015.

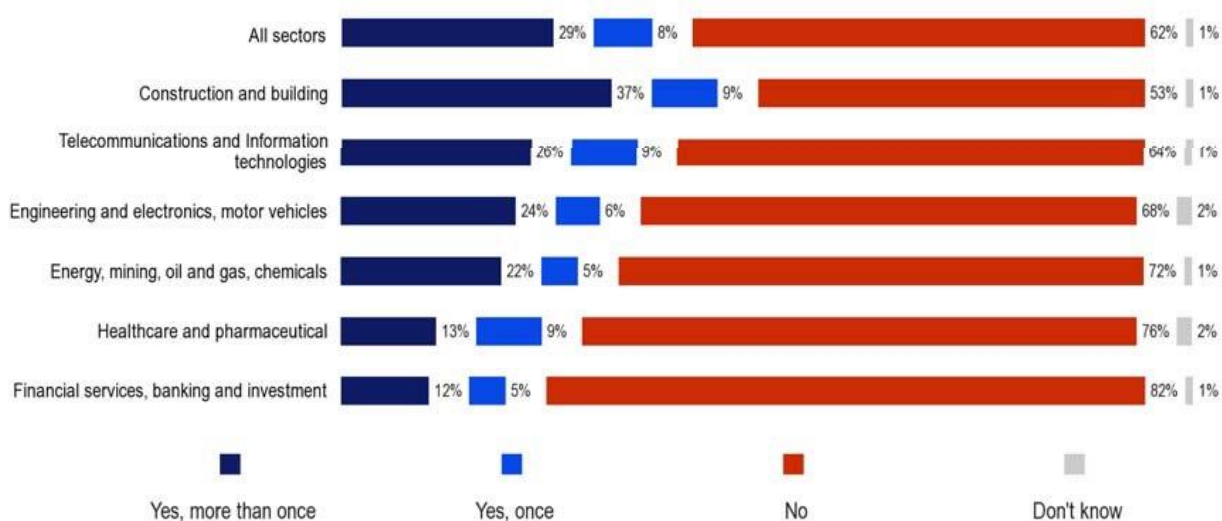
⁶³⁴ *Ibidem* en p. 2.

⁶³⁵ Sobre el indudable papel central que juega la competencia en el derecho de contratación pública europeo, véase SÁNCHEZ-GRAELLS, A. *Public procurement and the EU competition rules*. Oxford: Hart Publishing, 2015, pp. 196 y ss.; TREPTE, P. *Public procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 28-38; así como la reiterada jurisprudencia del TJUE en la que establece que el objetivo último de las directivas de contratos es asegurar una concurrencia efectiva en el sector de las compras públicas. En concreto véase, por todas, la STJUE, asunto C-2013/13, *Impresa Pizzarotti*, 10 de julio de 2014, apartado 63 y la jurisprudencia allí citada.

una escasa participación puede tener efectos nocivos para la probidad de los procedimientos al reducir la competencia y facilitar las relaciones directas y manipulaciones de los procedimientos. En este sentido, según las encuestas realizadas en el estudio *Businesses' attitudes towards corruption in the EU* en cuanto al número de compañías que toman parte en las licitaciones públicas, es decir, en lo referente a la accesibilidad del sector de la compra pública, en la UE el 37% de las compañías de todos los sectores afirman haber participado en una licitación pública en los últimos tres años. De ellas, un 78% lo han hecho en más de una ocasión, mientras que el 22% restante únicamente han participado en un proceso⁶³⁶. Estas estadísticas ilustran cómo, de media, un porcentaje notable de empresas se apoyan en la contratación pública de forma habitual como un mercado más a explotar dentro de sus actividades comerciales.

En cuanto a la representación por sectores, la construcción sigue siendo el sector con mayor presencia relativa tiene en las licitaciones públicas (46%) seguido por las telecomunicaciones y ciencias de la información (35%), mientras que los servicios financieros y bancarios (18%), seguidos por la sanidad y farmacéutica (22%), constituyen los sectores menos representados.

“¿En los últimos tres años, ha participado su compañía en un procedimiento de contratación pública?”:



⁶³⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en p. 47.

No obstante, este porcentaje de empresas que participan en licitaciones públicas disminuye considerablemente si nos centramos en el caso español, donde, teniendo en cuenta todos los sectores, únicamente un 13% de las compañías han participado en un procedimiento de contratación pública en los últimos tres años –muy lejos del 37% señalado anteriormente como media europea, y aún más de los países que lideran este aspecto, como son la República Checa (66%) y Grecia (57%)⁶³⁷.

Un porcentaje tan bajo de participación en contratación pública revela que únicamente un grupo reducido de empresas –generalmente grandes empresas– copan este mercado. Algo que se antoja especialmente alarmante en un país como España, cuyo gasto en contratación pública asciende hasta el 18,5% del PIB. De ello se ha hecho eco la Fundación CIVIO, que desde su plataforma “¿Quién cobra la obra?” pone de manifiesto cómo, en el sector de la construcción, en los contratos celebrados entre 2009 y 2015, *las diez grandes [constructoras españolas] estuvieron presentes en siete de cada diez euros de las adjudicaciones de obra*.⁶³⁸

El bajo porcentaje de participación indica que el sector se encuentra relativamente cerrado a la concurrencia de nuevas empresas, lo que tiene importantes implicaciones en materia de integridad. Y es que desde los orígenes de la regulación comunitaria en contratación pública, el principal empeño de los reguladores europeos ha sido el de promover una apertura efectiva del mercado de los contratos públicos, aplicando desde su origen restricciones a las tendencias proteccionistas de los Estados y, más recientemente, promoviendo la participación de las PYMES en las contrataciones administrativas.⁶³⁹ El objetivo primero de este proceso de apertura del mercado ha sido (y es), indudablemente, la eficiencia de los contratos, pero de forma paralela se debe advertir que la concurrencia en las licitaciones públicas puede tener una notable incidencia en los niveles de corrupción existentes, ya que ésta encuentra más dificultades para desarrollarse en entornos de competencia efectiva entre licitadores.

⁶³⁷ EUROPEAN COMMISSION *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*. European Commission. (Eurobarómetro) Flash Eurobarometer 374. Febrero 2014. p. 48.

⁶³⁸BELMONTE, E. “Los Reyes del ladrillo”. *Civio: Quién cobra la obra*. Acceso el 14 de octubre de 2017. Disponible en: <https://civio.es/quien-cobra-la-obra/2016/11/15/los-reyes-del-ladrillo/>

⁶³⁹En lo relativo a los objetivos de las primeras directivas de contratación, véase p. 81 y ss.; En cuanto a la importancia de abrir el mercado a las PYMES, véase COMISIÓN EUROPEA. *Making Public Procurement work in and for Europe*. Estrasburgo, 3 de octubre de 2017, COM(2017) 572 final, p. 3.

Así, una escasa apertura de mercado, en efecto, puede favorecer la aparición de nepotismo y favoritismo –por la constante interacción reiterada en el tiempo de las mismas empresas con el Sector Público–, prácticas colusorias y de reparto de mercado, etc. Y en consecuencia, como diferentes estudios se encargan de advertir, una concurrencia limitada en la contratación pública puede ser un indicador de la existencia de prácticas irregulares⁶⁴⁰.

Por ello, como trataremos de exponer más adelante, una política anticorrupción que aspire a ser efectiva no debe pasar por alto el papel que la competencia y la concurrencia en el mercado pueden jugar a la hora de crear un entorno adecuado que evite prácticas irregulares, y por tanto debe tener especial celo en no generar, a través de una sobrerregulación o medidas excesivamente restrictivas, entornos poco competitivos o que favorezcan prácticas anticompetitivas entre empresas.

3.3. Localizando la corrupción: un diagnóstico

3.3.1. Sectores de contratación expuestos a la corrupción

La OCDE afirma que, si bien la corrupción se encuentra presente en todos los sectores económicos en los que actúa la contratación pública, lo cierto es que determinados sectores, como el energético, la explotación minera, los grandes proyectos de infraestructura y construcción, las telecomunicaciones o la adquisición de material militar, son especialmente vulnerables a este tipo de irregularidades.⁶⁴¹

Sin embargo, un estudio de la Universidad de Utrecht, mencionado anteriormente, afirma que dentro de los contratos que son objeto de corrupción, las pérdidas ligadas a dichas prácticas supondrían alrededor de un 44% en los contratos de servicios, un 29% en urbanismo y servicios de construcción, un 20% en el ferrocarril, un 16% en el sector de gestión de aguas residuales, y de un 5% en el sector de investigación y desarrollo⁶⁴². De esta forma, en términos relativos –el porcentaje de dinero perdido por la corrupción

⁶⁴⁰ ANDERSON, R.D., KOVACIC, W.E. y MÜLLER, A.C. “Ensuring integrity and...” *op. cit.* en pp. 691-693.

⁶⁴¹ OCDE. *Corruption dans les...* *op. cit.* en pp. 27-28.

⁶⁴² PWC. *Marchés publics: Le coût...* *op. cit.* en p. 5.

en relación al dinero invertido— el sector que presenta mayores corruptelas es el de los contratos y concesiones de servicios, ya que ofrece mayores facilidades a la hora de inflar artificialmente los contratos, debido en parte a la dificultad de probar, en muchas ocasiones, la correcta o no prestación del servicio.⁶⁴³

En términos relativos al total de contratos celebrados en ese sector —y no sólo en relación a los contratos objeto de corrupción, como en el párrafo anterior— son los contratos ligados a servicios de formación los que presentan un mayor porcentaje de corrupción,⁶⁴⁴ seguido por el siempre problemático sector urbanístico.

No obstante, en cifras absolutas, el sector del urbanismo y la construcción, seguido del de carreteras y ferrocarril, suponen las mayores pérdidas económicas, debido principalmente a que son los sectores en los que se manejan mayores presupuestos, los proyectos suelen incluir aspectos innovadores — y por tanto, difícilmente comparables con otros contratos similares —, actividades de diversa índole y competencias múltiples que intervienen en las diferentes fases de ejecución del contrato, y otros aspectos que incrementan su complejidad y los hacen especialmente atractivos para abusos y manipulaciones.⁶⁴⁵

Costes directos de la corrupción en la Contratación Pública		
Sector	Costes directos de la corrupción (millones de euros)	% del valor global de los contratos perdido por corrupción
Carreteras y ferrocarril	488 - 755	1,9% a 2,9%
Agua y aguas residuales	27 - 38	1,8% a 2,5%
Urbanismo y construcción	830 - 1141	4,8% a 6,6%
Formación	26 - 86	4,7% a 15,9%
Investigación y desarrollo	99 - 228	1,7% a 3,9%

⁶⁴³ OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 28.

⁶⁴⁴ En España, podemos destacar el escándalo de corrupción en UGT Andalucía por la simulación de miles de cursos de formación que nunca llegaron a impartirse, y cuyo presupuesto se desviaba para fines personales. Véase “Fraude masivo en los cursos para formación en Andalucía” *El Mundo*. Acceso el 16 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.elmundo.es/andalucia/2014/04/15/534d19c5e2704ea3338b4572.html>

⁶⁴⁵ OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 28.

*Fuente: “Marchés publics: Le coût de la corruption Identifier et Réduire la Corruption dans les Marchés Publics au sein de l’UE”, estudio llevado a cabo por la Universidad de Utrecht y PwC
Países objeto de estudio: España, Italia, Francia, Hungría, Lituania, Holanda, Polonia y Rumanía.

A partir de estas cifras, podemos observar cómo la corrupción está presente en los principales sectores de contratación pública, y presenta unos efectos diferentes en función de a qué parte del mercado afecte.

Así, mientras que en los contratos de obras (especialmente urbanismo, carreteras y ferrocarril) la corrupción se materializa de manera puntual –aunque con un impacto trágico sobre el presupuesto público–, en otros contratos, como los de servicios o los de concesión de servicios, se sufre una corrupción con un mayor carácter endémico, si bien con efectos relativamente inferiores en cuanto al sobrecostrucción de los sobornos y manipulaciones contractuales.

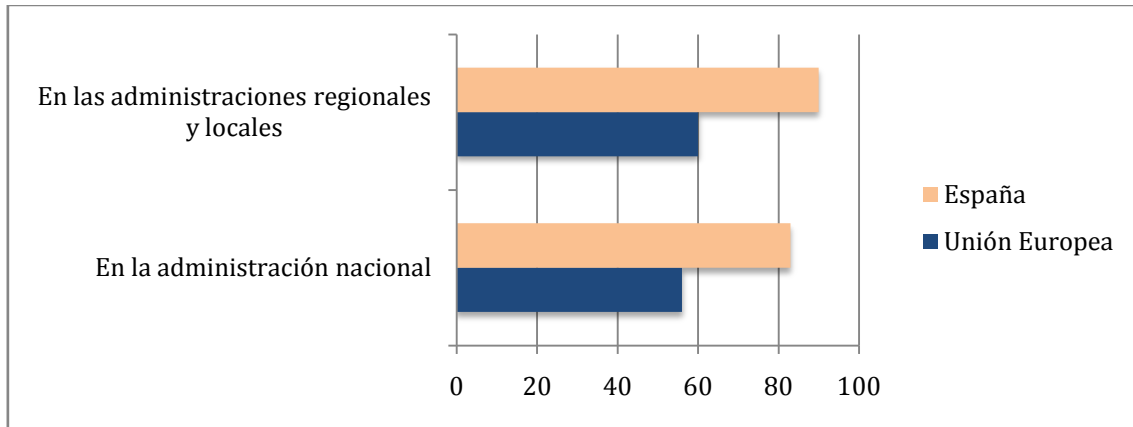
Esta diversidad en la forma de manifestación debe ser tenida en cuenta a la hora de desarrollar políticas anticorrupción dentro del marco de la contratación pública, pues el problema se manifiesta de formas muy diferentes en los diversos tipos contractuales y, como veremos, en los diversos niveles administrativos y fases contractuales.

3.3.2. Los tipos de contratos más propensos a la corrupción

Si separamos las licitaciones según hayan sido promovidas por un poder adjudicador nacional, regional o local, las empresas tienden a tener la percepción de que la corrupción se encuentra más extendida a nivel regional y local que nacional. Así, de media, el 56% de las empresas de la UE creen que la corrupción está extendida en los procedimientos de contratos públicos a nivel de la administración nacional, mientras que este porcentaje asciende al 60% en el ámbito de las administraciones locales y regionales. Las empresas españolas son, por su parte, las que más desconfían de los procesos de contratación impulsados por las instituciones estatales, siendo un 83% las empresas que creen que la corrupción está extendida en esta esfera; cifra que progresa hasta el 90% si hablamos de entidades locales y regionales –situándonos en este aspecto únicamente por detrás de Grecia, donde el porcentaje de los encuestados que creen que

la corrupción se encuentra extendida en el ámbito local y regional llega hasta el 94% de los operadores económicos⁶⁴⁶. En la siguiente gráfica se ilustran los datos mencionados:

Gráfica: Porcentaje de los operadores económicos encuestados que afirman que la corrupción está extendida en la contratación pública:



Fuente: EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en pp. 74-75.

La misma tendencia ha sido señalada por otros informes e investigadores en la materia, como es el caso de la Fundación ¿Hay Derecho?, que en sus estudios ilustran cómo el 48,5% de las condenas por corrupción en España entre los años 2011 y 2014 lo fueron en el ámbito local⁶⁴⁷, llegando a representar el 58% en 2013. Y la situación es aún más dramática si centramos nuestra atención en el sector de la contratación pública, donde respecto a los casos de corrupción condenados en el periodo señalado, el 100% lo fueron en los ámbitos regional (42,7%) y local (57,3%)⁶⁴⁸.

En contraste con lo expuesto, algunos datos pueden cuestionar estos argumentos acerca de la percepción de la corrupción a nivel local, regional y nacional, ya que según los datos ofrecidos por Manuel VILLORIA a través de un estudio comparativo de los Eurobarómetros 325, 2009, Eurobarómetro 245, 2005 y Eurobarómetro 397, 2013, en el caso de España la percepción de la corrupción a nivel nacional es la que más aumenta, por encima de la local y la regional:

País	Año	Local	Regional	Nacional
------	-----	-------	----------	----------

⁶⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en pp. 74-75.

⁶⁴⁷FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?. *Corrupción institucional y...* op. cit. en p. 42 [consulta el 18-04-2016]

⁶⁴⁸*Ibidem* en p. 44.

España	2005	74%	73%	74%
España	2009	89%	90%	91%
España	2013	91%	91%	95%
Comparación 2005-2013		+ 17%	+19%	+21%
Italia	2005	81%	81%	84%
Italia	2009	89%	86%	89%
Italia	2013	92%	92%	93%
Comparación 2005-2013		+11%	+11%	+9%
Francia	2005	71%	73%	81%
Francia	2009	79%	80%	83%
Francia	2013	75%	75%	76%
Comparación 2005-2013		+4%	+2%	-5%

VILLORIA MENDIETA, M. “La transparencia como política pública a nivel global”. *Revista Democracia y Gobierno Local*, n.º 26/27, pp.4-16, en pp. 9-10.

Esta divergencia podría explicarse principalmente por dos causas: la primera la componen los numerosos casos de corrupción a nivel nacional, implicando a altos cargos del Gobierno, con gran repercusión en la prensa y en la opinión pública, que coincidiendo con la crisis económica han provocado en la opinión pública la apreciación de un estado corrupto de las más altas esferas políticas; en segundo lugar, el hecho de que en el Eurobarómetro de 2014 citado con anterioridad los participantes son los operadores económicos, que generalmente experimentan más de cerca los casos de corrupción y contestan a las preguntas basándose en su propia experiencia o de sus colegas, mientras que los datos de la tabla elaborada por VILLORIA son referidos al conjunto de la sociedad, a la que pueden estremecer mucho más los grandes casos de

corrupción nacionales que las pequeñas corruptelas locales que no tienen la misma difusión en los medios de comunicación. Otro factor determinante para los resultados anteriores lo señala el propio VILLORIA, quien afirma que *en general, se acusa más al gobierno nacional de corrupción por razones de lejanía e ideológicas, así como por hacerle responsable del conjunto del problema*⁶⁴⁹.

En este sentido LIZCANO ÁLVAREZ, presidente de Transparencia Internacional España y catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, ya advertía en 2010 del mayor número de casos de corrupción, no sólo en España sino a nivel global, en los Ayuntamientos y entidades locales⁶⁵⁰. Y lo cierto es que, simplemente de manera ilustrativa, podemos citar algunos casos que han trascendido a la prensa, y que ponen de manifiesto la proliferación de irregularidades en el ámbito local en comparación con el nivel nacional:

- El alcalde del municipio de La Algaba, un municipio de apenas 16.000 habitantes en la provincia de Sevilla, admitía en unas conversaciones grabadas aportadas a juicio el amaño de al menos dos importantes contratos municipales por un valor total de 162.000 euros⁶⁵¹.
- La imputación del exalcalde de Espartinas, localidad de algo más de 14.000 habitantes, también de Sevilla, por la adjudicación irregular de dos contratos: en uno de ellos, la empresa adjudicataria (contrato de concesión) se constituyó oficialmente un día después de la adjudicación del contrato, es decir, ni siquiera estaba constituida en el momento del concurso público; en el otro caso, ligado al anterior, la empresa adjudicataria resultó propiedad de la mujer del adjudicatario del anterior contrato, siendo la cantidad anual percibida la misma que la que en el primer contrato se debía pagar al ayuntamiento⁶⁵².

⁶⁴⁹ VILLORIA MENDIETA, M. “La transparencia como política pública a nivel global”. *Revista Democracia y Gobierno Local*, n.º 26/27, pp. 4-16, en p. 9.

⁶⁵⁰ LIZCANO ÁLVAREZ, J. “El horizonte internacional...” *op. cit.* en p. 44.

⁶⁵¹ “La grabación, a la que ha tenido acceso *El Mundo* de Andalucía, tiene una duración aproximada de diez minutos y en ella el alcalde reconoce que se habrían amañado, al menos, dos adjudicaciones de otros tantos contratos municipales. El primero de ellos, una obra por un importe de 140.000 euros y, la segunda, el suministro de carros para los barrenderos, por 22.000 euros.” Noticia del diario *El Mundo*, del día 23 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/andalucia/sevilla/2016/02/23/56cb6d85ca4741805a8b4638.html>

⁶⁵² Noticia de *El Mundo*, del 27 de enero de 2016. Disponible en: http://www.elmundo.es/andalucia/sevilla/2016/01/27/56a8eadc268e3ece288b46c9.html?cid=MNOT23801&s_kw=imputado_el_ex_alcalde_del_pp_de_espartinas_por_contratos_amanados

- El programa social de la Diputación de Lugo abarcaba tanto servicios médicos como ayudas familiares , gastos en restaurantes y viajes de empleados . El importe total destinado al gasto social osciló entre los 318.700 euros de 2004 y 2005 y los 371.791 euros de 2007, y se dedicó a gastos sociales, médicos y de ocio para el personal de la Diputación y sus familiares. Así, figuran viajes a India, Argentina, a Euro Disney y un crucero por el Rhin, entre otros, por más de 80.000 euros⁶⁵³.
- La Diputación de Lugo gastó cerca de 200.000 euros en dos años (entre 2011 y 2013) en floristerías, relojerías y restaurantes. Pilar García Porto, diputada de economía, aseguró que “evidentemente” estos gastos se realizaron por protocolo, pero no están destinados a ningún cargo de la institución⁶⁵⁴.
- En la Diputación de Valencia, que en 2011 acumulaba 37 asesores para 31 diputados provinciales, han aparecido varios casos de corrupción. Alfonso Rus, expresidente, fue detenido en la Operación Taula por el presunto saqueo de la institución. Se investiga un gasto de 30 millones de euros en bombillas mediante una operación por la que pagaba 150 euros por cada bombilla (que realmente costaba 75) a un empresario amigo, propietario de Inelcom, que introdujo el alumbrado led en los municipios valencianos. La empresa contrató, además, a excargos del PP valenciano para que persuadieran a alcaldes valencianos de sumarse al plan de bombillas “gratis”, pagadas por la Diputación⁶⁵⁵.

La lista de escándalos de corrupción podría seguir de forma interminable, pero los datos expuestos sirven para ofrecer una idea aproximada del alcance de la corrupción y las irregularidades más comunes en lo que podríamos denominar la “micro contratación pública”. Además, se debe tener en cuenta que, a pesar del gran número de casos destapados por los órganos auditores y fiscalizadores nacionales, la dificultad en la identificación de anomalías en los niveles regionales se incrementa debido, por un lado, al carácter marcadamente descentralizado de nuestra organización administrativa y el fenómeno de la huida del derecho administrativo, y por otro, al mayor uso en estos niveles de los contratos de escasa cuantía. Esto, debido a la multiplicidad de regímenes

⁶⁵³FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?. *Coste y utilidad de las Diputaciones provinciales: claves para un debate necesario*. Mayo de 2016 p. 79 [consulta el 22-05-2016] Disponible en: http://www.fundacionhayderecho.com/wp-content/uploads/2016/05/FHD_Informe-Diputaciones-Correccion.pdf

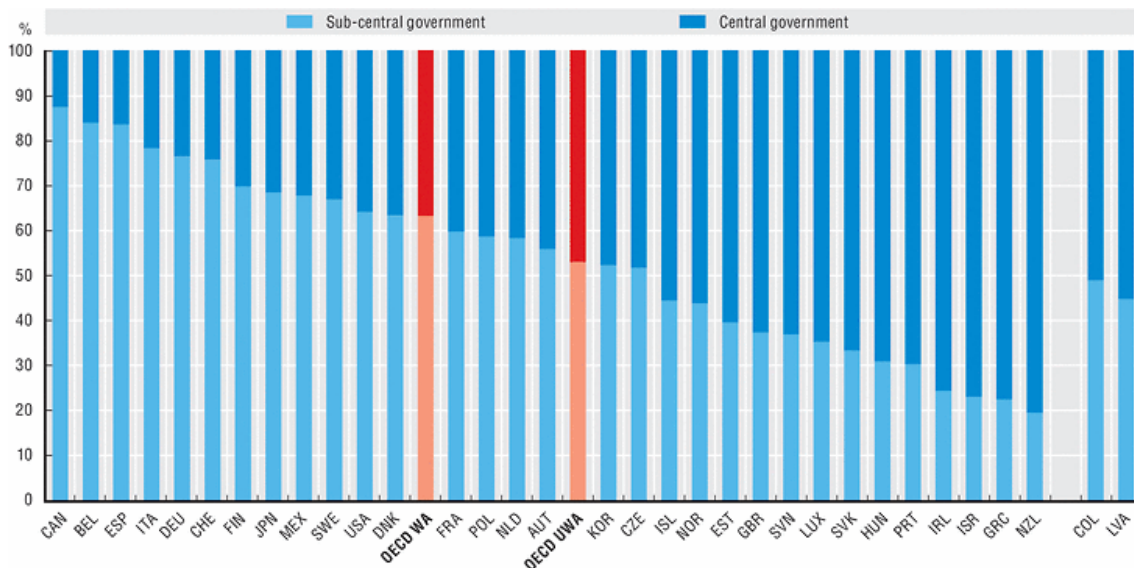
⁶⁵⁴*Ibidem*.

⁶⁵⁵*Ibidem*.

aplicables a los contratos en función de la naturaleza del órgano convocante y del presupuesto contractual, hace que ante muchos de estos contratos no se pueda interponer recurso especial o sean de aplicación normas procedimentales y de publicidad limitadas, y que por tanto los controles fiscalizadores encuentren mayores dificultades.

En este sentido, España presenta, como se ha mencionado, una organización administrativa descentralizada, y la mayoría de los contratos públicos celebrados en nuestro país lo son precisamente por estas Administraciones regionales, como muestra la siguiente gráfica extraída directamente del informe de la OCDE:

Porcentaje de la contratación pública total llevada a cabo por el gobierno central (central government) y el subcentral (Sub-central government) en 2013:



Fuente: *Government at glance 2015*, Figure 9.2 General government procurement by level of government, 2013. En OECD National Account Statistics (database). [consulta el 28-04-2016]. Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/sites/gov_glance-2015-en/09/01/index.html?contentType=&itemId=%2Fcontent%2Fchapter%2Fgov_glance-2015-42-en&mimeType=text%2Fhtml&containerItemId=%2Fcontent%2Fserial%2F22214399&accessItemIds=

Podemos observar cómo en España más del 80% (83,5%) de los contratos públicos celebrados corresponden al ámbito regional o local, mientras que menos del 20% pertenecen al gobierno central. Sólo Canadá y Bélgica nos superan en este aspecto dentro de los países de la OCDE.

Nosotros consideramos que si bien la percepción de la corrupción es alta referida a cualquiera de las esferas de lo público, la preocupación de los operadores económicos por la situación en el ámbito local y regional debe ser tomada en serio, y es a estos niveles donde se deben redoblar los esfuerzos hacia la integridad, pues en este medio es en el que (1) los controles tienden a ser más laxos y existe una mayor participación política en la gestión de los contratos, (2) los “amiguismos”, las relaciones entre licitador y licitante, los conflictos de intereses y las situaciones de riesgo de corrupción más comunes debido a la proximidad geográfica y (3) existen menos exigencias de publicidad y transparencia debido a la menor cuantía de los contratos o a la naturaleza jurídica del sujeto contratante. Esta misma postura mantiene ROSE-ACKERMAN, quien afirma que los contratos con una menor magnitud económica se presentan como los campos más propensos a que se den casos de corrupción⁶⁵⁶. De hecho, es el propio VILLORIA el que pone sobre la palestra la situación, en el mismo artículo citado anteriormente, cuando afirma: *De los datos objetivos de corrupción existentes (causas abiertas, escritos de acusación, sentencias) la inmensa mayoría son imputables a representantes locales. En el ámbito local, de los 110 municipios con más habitantes y/o capitales de provincia, en más de 40 de ellos ha habido casos investigados en estos años. A ellos, se pueden añadir más de 550 municipios medianos y pequeños con casos también investigados. No hay que olvidar, por otra parte, que el 90% de los municipios españoles tienen menos de 10.000 habitantes. En suma, que probablemente estemos hablando de casi 300 municipios con alguna causa abierta de entre un número total de municipios con posibilidades de generar corrupción altamente rentable no superior a los 1000 (750 mayores de 10.000 habitantes y otros costeros).*⁶⁵⁷

Esto no implica que la situación española sea peor que la de los países con más contratos impulsados por el gobierno central, sino simplemente que nuestra realidad administrativa es distinta. Más gobierno central no quiere decir necesariamente menos corrupción. De hecho, vemos que países como Grecia o Portugal, con unos índices de corrupción similares e incluso superiores a los de España, se encuentran en la situación opuesta, en la que casi el 80% de los contratos son llevados a cabo por el gobierno central.

⁶⁵⁶ ROSE-ACKERMAN, S. “Corruption and the...” *op. cit.* en. p. 27.

⁶⁵⁷ *Ibidem.*

No queremos insinuar que deba iniciarse un proceso de descentralización de los contratos administrativos, ni mucho menos. Pero sí queremos poner el acento sobre la situación de la contratación española e incidir sobre la necesidad de dotar de homogeneidad al sistema de contratos y adaptar la legislación de contratos a una realidad innegable, a la que no podemos dar más la espalda. Las legislaciones y los esfuerzos de los últimos años en materia de transparencia y publicidad han venido regulando generalmente garantías que únicamente se aplicaban a contratos de elevado coste, que en la mayoría de los casos únicamente el gobierno central podía llevar a cabo, con una distinción añadida en cuanto a las normas aplicables en función de si el poder adjudicador es Administración Pública o no. Esta situación deja “desregularizados” en materia de transparencia un gran número de contratos que, si bien individualmente no suponen un gasto excesivo, en su conjunto conforman la inmensa mayoría de los contratos celebrados en nuestro país, que además son los más vulnerables a la corrupción.

Por ello, la realidad de la contratación pública española debe servir como incentivo para poner fin a la multiplicidad de regímenes jurídicos, a las fragmentaciones legislativas artificiales del sector que prácticamente reducen la aplicación íntegra de la LCSP a los contratos armonizados o a aquellos celebrados por la Administración Pública, y que siguen permitiendo la temida huida del derecho administrativo a través de umbrales arbitrarios y del mantenimiento de diferenciaciones doctrinales entre sujetos contractuales declaradas hace tiempo caducas por el TJUE para el ámbito de la UE.⁶⁵⁸ La nueva LCSP viene a corregir algunas de estas carencias, imponiendo la aplicación de la legislación de contratos a los poderes no Administración Pública

⁶⁵⁸ Un buen número de autores se han pronunciado en este sentido, pero quizá podemos destacar los siguientes por la contundencia y claridad de sus afirmaciones: GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”. *Revista Internacional transparencia e Integridad*, n.º 2, 2016, p. 10; MORENO MOLINA, J.A. “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”. *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 175-213; BAÑO LEÓN, J.M. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 13; RODRÍGUEZ-ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E. y NAVARRO MEDAL, K. *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. Guayacán: Ediciones Guayacán, 2011, p. 193; SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Public procurement below thresholds in Spain”. En: CARANTA, R. y DRAGOS, D. (eds), *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* Vol. 4, European Procurement Law Series, Copenhagen, 2011; En cuanto a la consideración funcional del concepto de entidad adjudicadora, véase la sentencia del TJUE, *BFI Holding (C-360/96)*, de 10 de noviembre de 1998, en la que el Tribunal desecha cualquier clasificación formal al afirmar que *para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional* (considerando 62).

también en los contratos no sujetos a regulación armonizada, al tiempo que reduce los umbrales de aplicación para el recurso especial en materia de contratación pública.⁶⁵⁹ Sin embargo, se excluye de su aplicación a los sindicatos, partidos políticos y organizaciones profesionales cuando no exista financiación pública mayoritaria, al tiempo que sigue sin existir una justificación fundada para mantener los umbrales a la aplicación de un recurso especial que ha demostrado ser un eficiente instrumento de control⁶⁶⁰. Esperemos que, como también denuncia GIMENO FELIÚ, esta medida sea *el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe*.⁶⁶¹

3.3.3. Las fases del contrato más proclives a la corrupción y las prácticas corruptas más comunes

Un reciente informe del Tribunal de Cuentas Europeo (2015)⁶⁶² realiza un análisis sobre los errores que se cometen en los procedimientos de licitación de contratos en los diferentes países miembros de la Unión Europea. De entre los contratos objeto de estudio, se detectaron un número total de 587 errores, que el Tribunal de Cuentas Europeo (TCuE) divide de acuerdo a su impacto o relevancia sobre el resultado del contrato, de menor a mayor, en errores leves, significativos y graves⁶⁶³:

- Los errores leves son *de carácter formal, que no inciden negativamente en el nivel de competencia*. Dentro de este tipo, el TCuE pone como ejemplos la no publicación, la publicación fuera de plazo de los contratos adjudicados, o su no

⁶⁵⁹GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública” *Observatorio de Contratación Pública*, 23 de octubre de 2017. Acceso el 30 de octubre de 2017. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/re/menu.3/chk.5ae6d56c8ce0a3e6533497d25a4135ff?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=edba87a4c7-ley-CP-TOCT&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-edba87a4c7-712266669

⁶⁶⁰GIMENO FELIÚ, J.M. “Medidas de prevención...” *op. cit.* en pp. 50-51 GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en pp. 83-84; DÍEZ SASTRE, S. “Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública”. En DÍEZ SASTRE, S. (dir.) *Informe sobre la justicia administrativa 2016: tributos, contratos públicos, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Investigación Sobre la Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, 2016, pp. 121-172.

⁶⁶¹*Ibidem*.

⁶⁶²TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. *Informe especial: la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*. Tribunal de Cuentas Europeo. Luxemburgo, 2015. Disponible en: http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf

⁶⁶³*Ibidem* en p. 18.

publicación en el DOUE. Aunque es discutible la posición del TCuE al afirmar que este tipo de errores de publicidad no dañan ni menoscaban la competencia, ya que numerosos investigadores, e incluso el propio TJUE y la Comisión Europea, han insistido en que la publicidad es en realidad el corolario del principio de libre concurrencia, y que por tanto no puede ser entendido como un mero principio formal,⁶⁶⁴ tomaremos como bueno –en este apartado– el criterio del TCuE, y entenderemos, por tanto, que en los calificados como errores leves no hay corrupción al no producir éstos, por sí mismos y de manera directa, un beneficio privado en detrimento de un interés público.

- Los errores significativos constituyen un *incumplimiento significativo de las normas, a pesar del cual se considera que los contratos se adjudicaron a los mejores licitadores*. A modo de ejemplo el TCuE enumera los siguientes: a) *Criterios ilícitos de selección/adjudicación o aplicación incorrecta de los mismos, pero que no inciden en el resultado de la licitación*; b) *Falta de publicación de algunos criterios de selección/adjudicación en el pliego de condiciones*; c) *Limitación de la competencia a causa de una urgencia injustificada*. Como se puede apreciar, al igual que ocurría en el caso anterior, se trata de conductas que, si bien el TCuE afirma que no tuvieron incidencia alguna en el resultado de la licitación, suelen estar detrás de los actos corruptos más comunes en la contratación pública. Sin embargo, es cierto que no se pueden asociar de forma directa con corrupción.

- Los errores graves suponen un *incumplimiento grave de las normas* , a consecuencia del cual se obstaculizó la competencia o se considera que los contratos no se adjudicaron a los mejores licitadores, y se mencionan como ejemplos a) *Adjudicación directa: contrato adjudicado sin recurrir a un procedimiento de contratación pública cuando este era necesario*; b) *Adjudicación de obras o servicios adicionales importantes o previsibles sin recurrir a un procedimiento de contratación pública cuando este era necesario*;

⁶⁶⁴ GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en la contratación pública”. En: CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 19; TJUE *Reino de España vs Comisión Europea* (T- 402/06) 16 de septiembre de 2013.

c) Criterios ilícitos de selección/adjudicación o aplicación incorrecta de los mismos, que inciden en el resultado de la licitación. Este tipo de errores se corresponden directamente con casos de corrupción, pues dan lugar a un beneficio privado ilegítimo al obtener el contrato una empresa que no presenta la mejor oferta. No se respetan los procedimientos ni los principios básicos de la contratación pública, y de esta forma se lesiona y perjudica el interés general que todo ente público debe perseguir en favor de intereses particulares.

Pues bien, del estudio realizado por el TCuE se obtuvieron como resultados que, de las 587 irregularidades detectadas, 131 tenían carácter leve (22%), 288 eran significativas (49%), y 168 presentaban irregularidades de gravedad (29%) y por ende indicios claros de corrupción⁶⁶⁵. Esto significa que cerca de un 30% de las irregularidades cometidas en licitaciones públicas en la UE constituyen actos de corrupción que derivan en una adjudicación ilegítima.

El TCuE divide los errores detectados en función de que se hayan producido en una o en otra parte del procedimiento, y los subdividen agrupándolos según el tipo de prácticas irregulares de las que formen parte, tal y como se ilustra en el siguiente cuadro:

Descripción y análisis de los errores detectados en las distintas fases de los procedimientos de licitación

⁶⁶⁵*Ibidem* en p. 52.

	Descripción del error	Número de errores detectados por el Tribunal en el período 2009-2013			
		Graves	Significativos	Leves	Total
Fase previa a la licitación	División artificial de obras o servicios en licitaciones de menor envergadura para eludir los umbrales	23	3	0	26
	Adjudicación directa injustificada de un contrato	21	2	0	23
	Utilización de procedimientos de licitación inadecuados	27	10	1	38
	Fase previa a la licitación: subtotal	71	15	1	87
Licitación	Problemas con los requisitos de publicación y transparencia y en los pliegos de condiciones	11	64	111	186
	Especificación de criterios de selección y adjudicación ilícitos y aplicación incorrecta de dichos criterios	33	128	6	167
	Deficiencias procedimentales, incluida la falta de documentación pertinente	22	39	12	73
	Fase de licitación: subtotal	66	230	130	426
Gestión de contratos	Modificación o ampliación del ámbito de los contratos sin utilizar el procedimiento de contratación	31	42	1	74
	TOTAL	168	288	131	587
		29 %	49 %	22 %	100 %

Fuente: TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. *Informe especial: la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*. Tribunal de Cuentas Europeo. Luxemburgo, 2015. p. 52. Disponible en:

http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf

Como se puede observar, la fase de preparación de la licitación y la fase de gestión o ejecución de los contratos, dos fases a las que históricamente se les ha dado muy poca importancia en la legislación sobre contratación pública, son los momentos del procedimiento en los que hay una mayor proporción de irregularidades que condicionan gravemente el resultado del contrato, constituyéndose en zonas oscuras donde la corrupción ha encontrado mayores ventajas. Así, en la fase de preparación el 80% de las irregularidades detectadas suponen una adjudicación ilegal del contrato, mientras que este porcentaje es del 42% en la fase de gestión de los contratos, es decir, casi la mitad de las irregularidades en la fase de ejecución del contrato.

Es preciso destacar que, por el contrario, en la fase de licitación, que tradicionalmente ha sido el caballo de batalla de la legislación nacional y comunitaria en contratación pública, el porcentaje de irregularidades que inciden directamente en la adjudicación del contrato apenas alcanza un 15% –una cifra que, por otro lado, no se debe subestimar.

Pero lo cierto es que las fases de preparación y de ejecución del contrato han sido las grandes olvidadas por la legislación contractual, y han supuesto una puerta de entrada para la corrupción que la nueva generación de directivas de 2014 trata en cierto modo de cerrar. Sin dejar de prestar atención a la fase de licitación, uno de los principales objetivos de la política anticorrupción contractual del futuro próximo debe ser eliminar las facilidades a los actos corruptos en las fases de preparación y gestión de los contratos, y la cuarta generación de directivas ofrece una oportunidad inigualable para ello.

En lo que se refiere a las prácticas irregulares más comunes, en número de éstas, prestando atención únicamente a las consideradas graves, es muy homogéneo en términos absolutos, oscilando entre 11 y 31 casos en todos los tipos de actividades corruptas. Sin embargo, en términos relativos obtenemos sustanciales diferencias –es decir, el porcentaje, de entre las irregularidades de un mismo tipo, que causan en la práctica situaciones de corrupción y beneficios privados ilegítimos. Éstas serían, en otras palabras, las actividades que, de cometerse, tienen una mayor probabilidad de envolver un caso de corrupción:

- División artificial de obras o servicios en licitaciones de menor envergadura para eludir los umbrales (88,4%).
- Adjudicación directa injustificada de un contrato (91,3%).
- Utilización de procedimientos de licitación inadecuados (71%).
- Problemas con los requisitos de publicación y transparencia y en los pliegos de condiciones (5,9%).
- Especificación de criterios de selección y adjudicación ilícitos y aplicación incorrecta de dichos criterios (19,8%).
- Deficiencias procedimentales, incluida la falta de documentación pertinente (30,1%).
- Modificación o ampliación del ámbito de los contratos sin utilizar el procedimiento de contratación (42%).

Podemos observar cómo la elección del procedimiento, la adjudicación directa o el fraccionamiento de los contratos son algunas de las prácticas que con mayor

probabilidad esconden casos de corrupción, seguidos por la modificación de contratos, que como ya había advertido GIMENO FELIÚ, pueden actuar como una de las principales puertas de entrada de la corrupción.⁶⁶⁶

El resto de prácticas irregulares estudiadas, como las incorrecciones procedimentales, incumplimientos de los requisitos de publicación, o la elaboración o aplicación deficiente de criterios de selección o de adjudicación, sin embargo, presentan una relación menos evidente con casos de corrupción. Sin embargo, estas irregularidades no deben entenderse en modo alguno como inocentes.

Por el contrario, la preparación de pliegos *ad hoc* para un determinado licitador y la manipulación de los criterios de adjudicación a través de fórmulas matemáticas incomprensibles y métodos relativos de valoración son prácticas habituales de manipulación de los contratos, como denuncian los propios licitadores en sus respuestas al informe *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*.⁶⁶⁷ Por ello, los resultados del informe del TCuE deben analizarse de manera crítica, entendiendo que aquellas irregularidades que en el mismo presentan un menor porcentaje de relación con la corrupción no son benignas, sino más difíciles de relacionar de manera directa con un caso de corrupción. Y es que es evidente que una falta de publicación, así como una determinada especificación técnica, o la valoración de los criterios de adjudicación, son enormemente difíciles de relacionar con una manipulación intencionada del contrato. Incluso una vez que se ha detectado la irregularidad, ésta puede deberse a diversos factores como una mala planificación, a la incompetencia, o a un mero error humano, y es difícil mostrar su incidencia directa en el resultado del contrato.

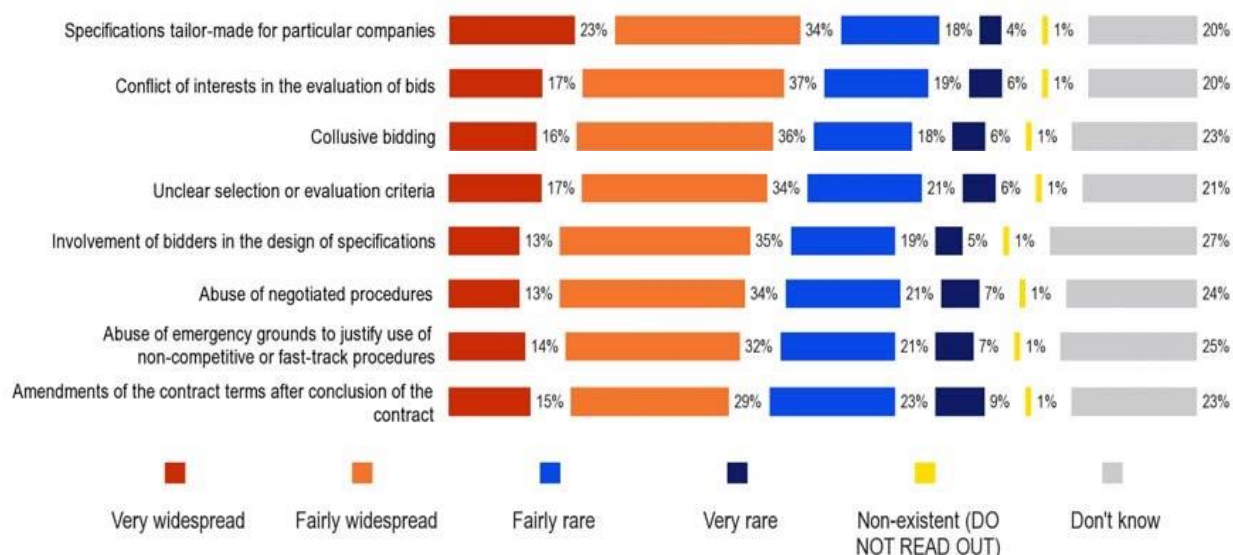
Por ello, estos datos deben complementarse con otros estudios como el ya mencionado *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, que se basa en las percepciones de los participantes en el procedimiento. Así, en cuanto a las prácticas que las empresas consideran más extendidas, el siguiente gráfico ilustra que las principales

⁶⁶⁶GIMENO FELIÚ, J.M. “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”. *Observatorio de los Contratos Públicos*. Consulta el 16 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/reلمenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>; GIMENO FELIÚ, J.M. “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos públicos del sector público”. En GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 31-136.

⁶⁶⁷ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* *op. cit.* en p. 60.

irregularidades percibidas por las empresas –de entre las opciones: especificaciones técnicas hechas a medida para determinadas compañías, conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas, prácticas colusorias, criterios de selección vagos, abuso del procedimiento negociado, abuso de las situaciones de emergencia para justificar procedimientos no competitivos, modificaciones del contrato después de su formalización– son las especificaciones técnicas y pliegos del contrato elaboradas para un licitador determinado, los conflictos de intereses, y criterios de selección vagos que dan lugar a discrecionalidad. Así, a la pregunta *¿Cómo piensa que están de expandidas las siguientes prácticas en su país?* éstas fueron las respuestas que dieron las empresas de la UE:

¿Cómo piensa que están de expandidas las siguientes prácticas en su país?



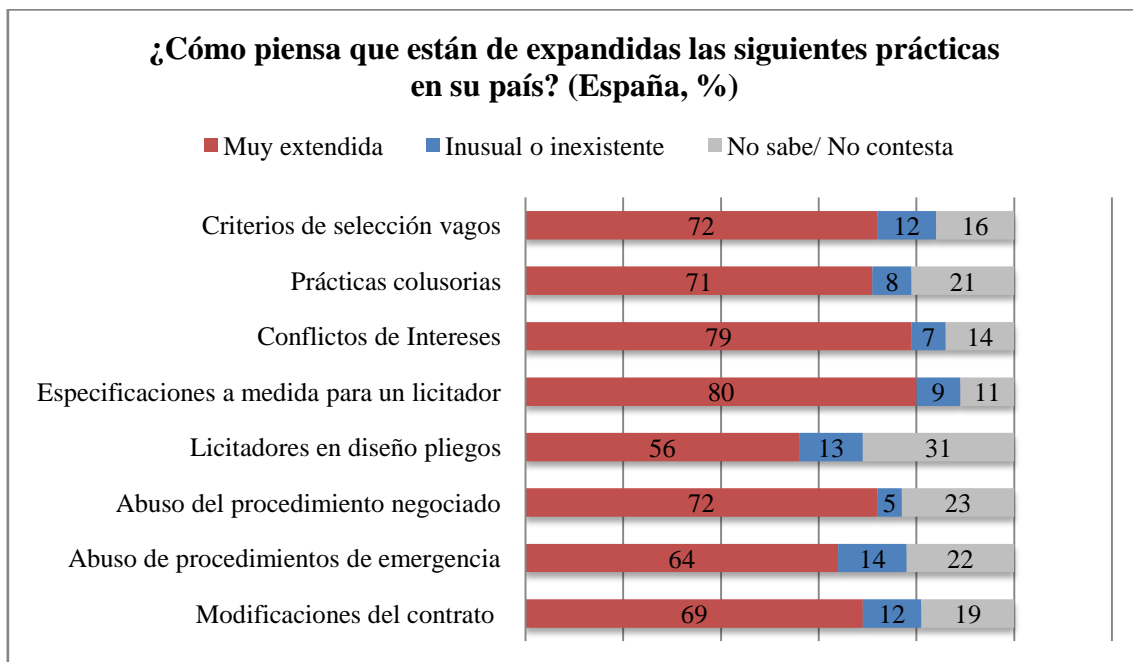
EU27

Fuente:EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en p. 60.

Haciendo una media entre todas las respuestas, y entendiendo por respuestas afirmativas las dos primeras (*very widespread* y *fairly widespread*), y respuestas negativas las dos últimas (*fairly rare* y *very rare*), se puede afirmar que en la UE, casi la mitad de las empresas (49,87%) piensan que dichas prácticas están extendidas en su país, siendo las prácticas más denunciadas las especificaciones técnicas *ad hoc*, la existencia de conflictos de interés en la evaluación de las ofertas y la existencia de criterios de selección vagos. Se trata de una cifra realmente alarmante, sobre todo si tenemos en cuenta que a la encuesta responden países como Dinamarca o Finlandia, donde la media

de respuestas afirmativas a las preguntas de la gráfica apenas alcanza el 15% y el 20% respectivamente⁶⁶⁸, lo que indica que, en otros países, las empresas mayoritariamente creen que las irregularidades mencionadas están ampliamente extendidas. España, desgraciadamente, forma parte de este segundo grupo de países, superando el porcentaje medio de respuestas afirmativas el 70%.

Las respuestas dadas por los operadores económicos españoles referentes a cada una de las prácticas corruptas objeto de la encuesta, de la cual como hemos mencionado España no sale bien parada, se desglosan en la siguiente gráfica:



Fuente: EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards... op. cit.* en pp. 62-69.

España es uno países que peores resultados obtienen en esta parte del Eurobarómetro, junto con otros países como Grecia o Portugal, y como vemos, las mayores preocupaciones de los empresarios españoles a la hora de enfrentarse a un concurso público son los conflictos de intereses (80%) y las licitaciones preparadas o “cocinadas” para un licitador predeterminado (79%), a las que les siguen los criterios de selección vagos (72%), el abuso del procedimiento negociado como procedimiento de licitación (72%), las prácticas colusorias y falseadoras de la competencia (71%), las modificaciones del contrato una vez éste se encuentra formalizado (69%), el abuso de la

⁶⁶⁸ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards... op. cit.* en pp. 62-69.

situación de emergencia para acudir a procedimientos no competitivos (64%), y por último la participación de alguno de los licitadores en el diseño de los pliegos y las especificaciones técnicas (56%).

Otro estudio, éste de la Universidad de Utrecht, realiza un análisis comparativo entre las que consideraron principales prácticas corruptas –manipulación de licitaciones, sobornos, conflictos de interés y mala gestión deliberada– en ocho países miembros de la Unión Europea. Para ello, se estudiaron 96 casos de corrupción en esos ocho países, de lo que se obtuvieron los siguientes resultados:

Tipo de corrupción por estado miembro (número de casos afectados sobre una muestra de 96)				
Estado	Manipulación de licitaciones	Sobornos	Conflictos de interés	Mala gestión deliberada
Francia	6	3	5	1
Hungría	9	2	4	0
Italia	12	3	4	0
Lituania	11	2	1	1
Holanda	0	0	1	0
Polonia	10	6	2	1
Rumanía	4	8	4	1
España	5	11	1	1
Total*	57	35	22	5

*Fuente: “Marchés publics : Le coût de la corruption Identifier et Réduire la Corruption dans les Marchés Publics au sein de l’UE”, estudio llevado a cabo por la Universidad de Utrecht y PwC
Algunos casos han estado expuestos a más de un tipo de corrupción, lo que explica que el número de observaciones (116) es superior al número de casos estudiados (96)

Podemos apreciar cómo Italia, Lituania y Polonia son los países con peores resultados en la manipulación de las licitaciones para un determinado licitador, mientras que España muestra sus debilidades en el apartado de los sobornos, “liderando” esta

clasificación a tres puntos de Rumanía, el siguiente país, y muy lejos del resto de estados objeto de estudio. Curiosamente, en contraposición con los resultados del Eurobarómetro expuestos anteriormente, en este estudio España no sale especialmente mal parada en cuando a conflictos de intereses –en donde, de hecho, España obtiene la segunda mejor calificación del estudio–, y manipulación de las licitaciones, que suponían, según aquel, la máxima preocupación de los operadores económicos españoles en cuanto a corrupción en la contratación pública se refiere.

Como podemos observar, la dificultad de identificar anomalías y de vincular dichas actividades irregulares con casos de corrupción, así como la propia problemática de definir correctamente un marco que precise qué actividades constituyen casos de corrupción y cuáles meras incorrecciones procedimentales, de diseño o de valoración, hace que los resultados varíen considerablemente de unos estudios a otros.

Sin embargo, a partir de los datos obtenidos, sí que puede comenzar a dibujarse un mapa de la corrupción en la contratación pública que afecta a todas las fases contractuales, y en el que se puede destacar la existencia de determinadas prácticas como la adjudicación directa, el fraccionamiento de contratos, la modificación de contratos, la huida del derecho administrativo a través de la elección del procedimiento, la existencia de conflictos de interés, las especificaciones diseñadas *ad hoc*, los criterios de selección o de valoración vagos, etc. Todas estas prácticas, algunas más sofisticadas que otras aunque igualmente perniciosas, se fundamentan sobre una manipulación ventajista del principio de discrecionalidad que la legislación de contratos otorga a los poderes adjudicadores, y se materializan en un abuso de poder doloso.⁶⁶⁹ En este sentido, las posibles soluciones a unas y otras problemáticas variarán en función del nivel de discrecionalidad necesario o deseado en cada una de las actividades del órganos de contratación. Algunas de estas prácticas, como el fraccionamiento o la modificación de contratos, podrán objetivarse normativamente, limitando el poder de discrecionalidad de la entidad adjudicadora de cara a evitar manipulaciones fraudulentas, pero otras irregularidades, como las derivadas de la definición del propio objeto del contrato, las especificaciones técnicas o la precisión de los criterios de adjudicación, aspectos estos pertenecientes a la esfera más estrictamente estratégica y de planificación del poder

⁶⁶⁹ Véase, en este sentido, CHEVER, L. y MOORE, J. “Discretion and Efficiency in Public Procurement: Evidence from France”. *Chaire Economie des Partenariats Public-Privé*, Discussion Paper 9, 2012, p. 21.

adjudicador, ofrecen más problemas a la hora de ser abordadas desde una perspectiva de limitación de la discrecionalidad.

3.4. Las *red flags*: identificando los síntomas

Desde el cambio de paradigma experimentado a finales del siglo XX, cuando la corrupción pasó al primer plano de la política pública internacional, son diversas las herramientas que se han creado para su detección y evaluación. En este sentido, probablemente una de las cuestiones básicas, según un buen número de expertos, para una correcta aproximación a la corrupción es la formación de los agentes de control, tanto externo como internos, así como de los propios gestores públicos, sobre qué rasgos puede presentar un contrato público salpicado por corrupción. Son los denominados indicadores o *red flags* (banderas rojas o signos de alarma). Estos son una serie de síntomas comunes que con frecuencia presentan los contratos afectados por corrupción, y que por tanto facilitan una detección temprana y efectiva de las anomalías⁶⁷⁰.

Así, los indicadores fueron utilizados en materia de fraude ya en 2002 por el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA)⁶⁷¹, y posteriormente, en 2007, el Banco Mundial adoptó una nueva Estrategia de Gobernanza y Anticorrupción en la que recomendaba el uso de *red flags* para la localización de casos de corrupción en los proyectos que financia.⁶⁷² Desde entonces, el uso de este tipo de indicadores ha ido extendiéndose y desarrollándose por parte de una dilatada literatura jurídica con el objetivo de minimizar los efectos de las irregularidades en los procedimientos de contratación y en otras áreas de actividad pública.⁶⁷³

⁶⁷⁰ OLAF. *Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales*. Guía práctica para los responsables de la gestión. Bruselas: Comisión Europea, 2014, pp. 25 y ss.

⁶⁷¹ AICPA. *Consideration of Fraud in a Financial Statement Audit*. 2002. Sección 316, 1719 – 1770. Acceso el 19 de octubre de 2017. Disponible en: www.aicpa.org/Research/Standards/AuditAttest/DownloadableDocuments/AU-00316.pdf

⁶⁷² BANCO MUNDIAL. *Improving development outcomes – annual integrity report*. Washington D.C.: Grupo del Banco Mundial, 2007.

⁶⁷³ KANE, R.J. y WHITE, M.D. “Bad cops: A study of career-ending misconduct among New York City police officers”. *Criminology & Public Policy*, n.º 8, 2009, pp. 737–769; DI NICOLA, A. y MCCALLISTER, A. “Existing experiences of risk assesment”. *European Journal of Criminal Policy and Research*, 12 (3-4), 2007, pp. 179-187.

De esta forma la Comisión Europea elaboró, ya en el año 2009, una nota informativa sobre los indicadores de la corrupción y el fraude en los procedimientos de contratación pública.⁶⁷⁴ Posteriormente, en el informe *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU* encargado por la Comisión y publicado en el año 2013, se identifican 27 *red flags* que se consideraron especialmente relevantes a la hora de detectar irregularidades y corruptelas.⁶⁷⁵

Durante los últimos años, se está desarrollando por parte de TI Hungría, con la colaboración de la Comisión Europea y la OLAF, uno de los proyectos más ambiciosos en lo que se refiere al análisis y desarrollo de indicadores de corrupción hasta la fecha. Denominado proyecto *Red Flags*, la iniciativa ha supuesto la creación de un programa informático de alerta de *red flags* que analiza la presencia de indicadores en los contratos recogidos en la plataforma electrónica *Tenders Electronic Daily* (TED) de la UE. Esta plataforma, aunque está dirigida especialmente a los encargados de supervisar los procedimientos, es de acceso abierto y pueden utilizarla tanto el resto de empleados públicos como empresas privadas y la población civil en general. Este carácter público, según afirman los promotores de la aplicación, puede condicionar el comportamiento de licitadores y entidades adjudicadoras hacia comportamientos más transparentes.⁶⁷⁶

En definitiva, durante todo este proceso de estudio en la materia por parte de las más importantes organizaciones y expertos en la lucha contra la corrupción, se han elaborado un gran número de indicadores, que sin embargo varían en su grado de utilidad e impacto. Así, KENNY y MUSATOVA clasificaron en 2010, en un trabajo para el Banco Mundial, los indicadores existentes hasta la fecha en cuatro tipos:⁶⁷⁷

- *Indicadores inobservables*: se trata de aquellas *red flags* que son difíciles o imposibles de apreciar incluso realizando una supervisión “sobre el terreno” del

⁶⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF*. EC DG REGIO, COCOF 09/0003/00-EN. 2009. Acceso el 08 de octubre de 2017. Disponible en: www.eufunds.bg/document/271

⁶⁷⁵ WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing... Op. Cit* enp. 367-368

⁶⁷⁶ Véase ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems for the identification of red flags in public procurements*. Transparency International Hungary, 2015.

⁶⁷⁷ KENNY, C. y MUSATOVA, M. “‘Red Flags of Corruption’ in World Bank Projects: An Analysis of Infrastructure Contracts”, *Policy Research Working Paper*, n5243, 2010, pp. 6-7; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems... op. cit.* en p. 6.

- contrato. Es el caso de las presiones a los miembros de la mesa de contratación, falsificación de currículums en prestación de servicios, etc.
- *Indicadores irrecopilables*: son aquellos que, si bien pueden observarse en un proceso de supervisión o fiscalización estándar, no dejan un rastro palpable en los documentos de contratación, y son difíciles de identificar en un examen “de oficina”. En este tipo se podrían encuadrar, entre otros, la elaboración de especificaciones técnicas o criterios de selección en exceso limitadores de la concurrencia.
 - *Indicadores irrelevantes*: este tipo de *red flags* se encuentran en un gran número de contratos, tanto corruptos como íntegros, y aunque pueden ser indicadores de corrupción, su relación con el fenómeno es difusa y no puede afirmarse una relación clara. Ej.: la falta de publicidad de determinados aspectos.
 - *Indicadores relevantes, detectables y recopilables*: este tipo de indicadores son aquellos que deben ser especialmente tenidos en cuenta a la hora de evaluar la posibilidad de actos corruptos en un contrato, ya que se consideran directamente relacionados con el fenómeno y son fácilmente observables.

Como es evidente, aunque otro tipo de indicadores pueden complementar el estudio de un contrato sospechoso de corrupción, lo cierto es que para que éstos puedan ser efectivos, de cara a que las agencias de supervisión y fiscalización puedan seleccionar los contratos a ser investigados, se debe prestar especial atención a las *red flags* visibles y relevantes. Así, del análisis de la literatura científica en la materia se pueden llegar a identificar algunas características que presentan un mayor peso específico como señal de irregularidades:

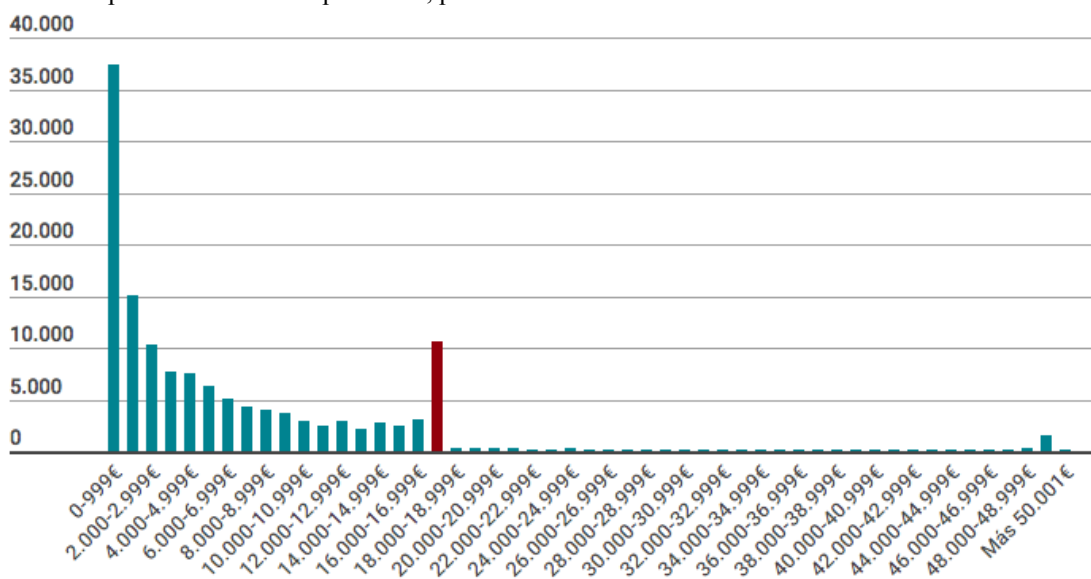
- a) El *plazo* para la presentación de ofertas. Aunque con el objetivo de simplificar y flexibilizar el mercado de los contratos públicos la nueva legislación española y comunitaria prevé la reducción de plazos si se cumplen las debidas circunstancias, un plazo excesivamente reducido o que no cumple con los mínimos estándares puede ser identificado como un síntoma a vigilar.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ KENNY, C. y MUSATOVA, M. “Red Flags of...” *op. cit.* en p. 8; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *Op. Cit.* enp. 367-368; BANCO MUNDIAL. *Fraud and Corruption Awareness Handbook. How it Works and what to look for: a handbook for staff.* Banco Mundial, 2013, p. 11; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 15

- b) El uso del *procedimiento de urgencia* u otro procedimiento no competitivo de uso excepcional puede esconder intenciones ilegítimas para soslayar las obligaciones de transparencia y publicidad.⁶⁷⁹
- c) Contratos celebrados sutilmente por *debajo de los umbrales* que imponen obligaciones de transparencia o competencia adicionales.⁶⁸⁰
- d) *Limitada concurrencia* de licitadores. Aquellos procedimientos en los que únicamente se presentan 3 o menos ofertas presentan mayores facilidades a la hora de manipular los procedimientos.⁶⁸¹

⁶⁷⁹ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators”. *Eur J Crim Policy Res*, 2016, p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing... Op. Cit* en p. 367-368; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems... op. cit.* en p. 14; FERRANDO GAMIR, A. “Mapping high-level corruption risks in Spanish public procurement”. Corruption Research Center Budapest, 2015. p. 20 ; OLAF. *Detección de conflictos... op. cit.* en p. 25; en España se ha producido en este sentido, durante muchos años, un uso indiscriminado del procedimiento negociado por razón de cuantía que llegó a alcanzar un uso del 60%, y que en ocasiones podía dar cobijo a prácticas irregulares y manipulaciones de los contratos. CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis... op. cit.* en p. 16; BELMONTE, E. “El 60% de los contratos de los ministerios en 2014 se adjudicaron sin concurso”. En *Quién cobra la obra*. Consultado el 31 de marzo de 2016. Disponible en: <http://quiencobraobra.es/el-60%25-de-los-contratos-de-los-ministerios-en-2014-se-adjudicaron-sin-concurso/>

⁶⁸⁰ BANCO MUNDIAL. “Most Common Red Flags of Fraud and Corruption in Procurement”. Acceso el 19 de octubre de 2017. Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Red_flags_reader_friendly.pdf ; BANCO MUNDIAL. *Fraud and Corruption... op. cit.* en p. 11; en este sentido, cabe destacar cómo, en España, se ha detectado a través de los datos proporcionados por la Plataforma de Contratos del Sector Público un elevado número de contratos que se celebran apenas unos euros por debajo de los umbrales del contrato menor, con las exenciones de publicidad, transparencia y control que ello supone. En la siguiente gráfica, elaborada por el diario El Independiente, puede observarse dicha situación



Fuente: RIAÑO, M. “Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público”. *El Independiente*, 21 de Febrero de 2017. Acceso el 20 de octubre de 2017. Disponible en: <https://www.elindependiente.com/politica/2017/02/21/contratos-menores-12-228-adjudicaciones-a-dedo-para-esquivar-el-concurso-publico/>

- e) La celebración de *acuerdos marco*, debido a las características de estos procedimientos, que limitan la competencia y generan una relación duradera entre contratista y contratante, puede presentar indicios de corrupción cuando: el acuerdo implica grandes sumas de dinero, se celebra con tres o menos operadores económicos o la duración del mismo es extensa en el tiempo.⁶⁸²
- f) Existe un gran porcentaje de *ofertas declaradas excluidas* por no cumplir con alguno de los requisitos expuestos en los pliegos de condiciones o pocas empresas de las que solicitaron información se presentan a la licitación⁶⁸³. Este tipo de situaciones pueden encubrir casos de colusión y falseamiento de la competencia.⁶⁸⁴
- g) El *tiempo invertido en la evaluación* de las ofertas excesivo puede indicar problemas interpretativos destinados a adulterar el resultado del concurso.⁶⁸⁵
- h) *Diferencias positivas* entre las ofertas presentadas y el presupuesto del contrato, que pueden implicar presupuestos inflados y prácticas anticompetitivas.⁶⁸⁶
- i) La *persona o la oficina de contacto* designada para el proceso no se encuentra directamente empleada por la entidad adjudicadora o se ofrecen múltiples puntos de contacto.⁶⁸⁷
- j) Las *características técnicas o de solvencia* que definen el objeto del contrato se ajustan únicamente a una de las empresas proveedoras en el mercado.⁶⁸⁸ Esta característica, aunque como se ha mencionado es considerada por los operadores económicos uno de los métodos más utilizados para perpetrar actividades corruptas, debe más bien clasificarse como un indicador irrecopilable, ya que la detección del mismo a través de la revisión de los documentos de contratación presenta grandes dificultades. El Banco Mundial, no obstante, aporta algunos subindicadores, como la presencia de especificaciones innecesarias o

⁶⁸¹ KENNY, C. y MUSATOVA, M. ““Red Flags of...” *op. cit.* en p. 8; FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367-368; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en pp. 6 y 17.

⁶⁸² ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning...* *op. cit.* en p. 11.

⁶⁸³ OLAF. *Detección de conflictos...* *op. cit.* en p. 27.

⁶⁸⁴ KENNY, C. y MUSATOVA, M. ““Red Flags of...” *op. cit.* en p. 8.

⁶⁸⁵ *Ibidem*; véase a su vez ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 18.

⁶⁸⁶ KENNY, C. y MUSATOVA, M. ““Red Flags of...” *op. cit.* en p. 8; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367-368; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en pp. 12 y 18.

⁶⁸⁷ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367.

⁶⁸⁸ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; OLAF. *Detección de conflictos...* *op. cit.* en p. 26.

- inapropiadas, de descripciones e informaciones vagas y/o escasas, o la exclusión de un gran número de licitadores.⁶⁸⁹
- k) El *tamaño* del contrato parece excesivamente grande y/o incluye prestaciones muy diversas.⁶⁹⁰
 - l) La *duración* del contrato. Si éste se renueva de manera periódica de manera indefinida implica un cierre del mercado y una relación perenne entre contratista y entidad adjudicadora que es propicia a corrupción.⁶⁹¹
 - m) Han existido *recursos* u otro tipo de reclamaciones por parte de los licitadores en lo que concierne a la imparcialidad de la entidad adjudicadora.⁶⁹²
 - n) Existen *relaciones* entre las empresas licitadoras –ya sean organizativas o de otro tipo– que podrían haber puesto en peligro la competencia efectiva entre ellas.⁶⁹³
 - o) Se dan *comportamientos extraños entre las ofertas* presentadas: en los resultados de la evaluación las empresas están muy cerca o muy lejos unas de otras, existen ofertas anormalmente altas o con cifras redondas (lo que puede implicar falsas ofertas para cumplir con los requisitos de competencia), rotación de los ganadores en contratos sucesivos, los licitadores perdedores se convierten en subcontratistas, etc.⁶⁹⁴
 - p) La misma empresa obtiene *contratos sucesivos* celebrados por la misma entidad adjudicadora.⁶⁹⁵
 - q) No se da *publicidad* adecuada a los documentos de adjudicación del contrato o no se informa de forma igualitaria a todos los participantes.⁶⁹⁶

⁶⁸⁹ BANCO MUNDIAL. *Fraud and Corruption...* *op. cit.* en p. 12.

⁶⁹⁰ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; MOODY-DTUART, G. *How business bribes damage developing countries*. UK: World View Publishing, 1997; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367; BANCO MUNDIAL. “Most Common Red...” *op. cit.*; BANCO MUNDIAL. *Fraud and Corruption...* *op. cit.* en pp. 12 y 16; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 12.

⁶⁹¹ ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 12.

⁶⁹² FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367; BANCO MUNDIAL. “Most Common Red...” *op. cit.*

⁶⁹³ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367.

⁶⁹⁴ BANCO MUNDIAL. “Most Common Red...” *op. cit.*; BANCO MUNDIAL. *Fraud and Corruption...* *op. cit.* en pp. 14-15.

⁶⁹⁵ BANCO MUNDIAL. “Most Common Red...” *op. cit.*

⁶⁹⁶ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 368; ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 17.

- r) Se han producido *modificaciones* sustanciales en un corto lapso de tiempo tras la adjudicación del contrato, o de forma claramente beneficiosa para el licitador (reducción de las prestaciones sin reducción del precio, aumento de personal sin aumento de prestaciones o materiales, etc.).⁶⁹⁷
- s) Se aprecian *deficiencias en la ejecución del contrato* o éste no se llega a ejecutar.⁶⁹⁸

La elaboración de este tipo de indicadores supone sin duda un gran paso adelante en lo relativo al control de la integridad en la contratación pública. Sin embargo, conviene subrayar que estas herramientas no identifican casos de corrupción y no suponen irregularidades en sí mismas, sino que sirven para localizar situaciones o contratos que presentan un cierto riesgo, y en todo caso tendrán que ser evaluados e investigados con detalle por parte de los organismos competentes para esclarecer la existencia o no de irregularidades.⁶⁹⁹

Por otro lado, se debe tener en cuenta que un mero listado de indicadores no puede ser eficaz si no se proporciona un medio eficiente de análisis contractual a escala global, que permita manejar y reutilizar información, filtrar parámetros, comprobar la concurrencia de estas situaciones y comparar contratos administrativos de diversa índole en todo el ámbito nacional (o europeo)⁷⁰⁰. Por ello, iniciativas como la desarrollada en Hungría por TI y la UE, unido a la implantación efectiva de la contratación electrónica, pueden resultar de notable interés para dotar a estos indicadores de funcionalidad.

Deben configurarse, en este sentido, como una herramienta para dotar de funcionalidad a las actuaciones de los órganos de auditoría o de supervisión externa a la hora de seleccionar los contratos objeto de análisis y poner fin a la excesiva formalidad que caracteriza a dichos procesos y que afecta a la eficiencia final de las actuaciones de fiscalización.

⁶⁹⁷ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. "Corruption in Public..." *op. cit.* en p. 6; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 367; BANCO MUNDIAL. "Most Common Red..." *op. cit.*

⁶⁹⁸ BANCO MUNDIAL. "Most Common Red..." *op. cit.*

⁶⁹⁹ ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems...* *op. cit.* en p. 28.

⁷⁰⁰ PONCE SOLÉ, J. "La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y derecho a una buena administración". *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018, p. 10.

3.5. Las afueras de la corrupción: infracciones relacionadas

La corrupción, como queda patente tras el análisis realizado hasta ahora, no es un compartimento estanco aislado del resto de actividades y problemas a los que tiene que hacer el Derecho. Al contrario, se trata de una anomalía que habitualmente aparece vinculada a otras irregularidades anexas.⁷⁰¹ Por ello, a la hora de intentar atajar el problema en la contratación pública, no deben obviarse dichas relaciones, las cuales, aunque debe tenerse claro que representan realidades diferenciadas, pueden ser útiles a la hora de controlar y detectar casos de corrupción.

3.5.1. El fraude y los delitos económicos

Como ya hemos expuesto anteriormente en el presente trabajo, el fraude debe ser claramente diferenciado de la corrupción para evitar una excesiva ampliación del concepto que añadiera confusión a un fenómeno ya de por sí complejo y que deformara de manera innecesaria la estrategia anticorrupción hasta vaciarla de contenido.⁷⁰²

Sin embargo, la realidad muestra cómo en la práctica diaria los delitos de corrupción vienen asociados a determinadas infracciones económicas y fiscales casi de forma sistemática.⁷⁰³ Así, por ejemplo, ocurre con el blanqueamiento de capitales, el cual suele ir asociado con la corrupción debido a la naturaleza clandestina del dinero proveniente de ésta, y por tanto, a la necesidad de introducir ese caudal en un flujo de capitales legalizado. Así, algunos de los casos de corrupción en las compras públicas más sonados, como el conocido como del 3% catalán, han sido destapados a raíz del descubrimiento de cuentas bancarias en paraísos fiscales u otras situaciones similares de ocultación o blanqueo de capitales.⁷⁰⁴ Otros delitos fiscales, como las declaraciones irregulares de impuestos, la emisión de facturas falsas, la falsificación de libros

⁷⁰¹OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 31.

⁷⁰²Véanse pp. 157 y ss.

⁷⁰³OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 32.

⁷⁰⁴QUÍLEZ, C. “Andorra, un paraíso para los imputados por el 3%”. *Crónica Global*. Consulta el 18 de octubre de 2017. Disponible en: https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/andorra-paraíso-imputados-cdc_69815_102.html

contables, son también métodos de disimulación de capitales obtenidos de manera ilegal.⁷⁰⁵

Todas estas prácticas sirven para ocultar los resultados de la corrupción, y por tanto, una estrategia anticorrupción que aspire a ser efectiva debe ser coordinada con una ambiciosa política antifraude y de rastreo de capitales. Y al mismo tiempo, las agencias auditoras y fiscalizadoras externas de la contratación pública deben coordinarse con las instituciones antifraude, de manera que puedan detectarse y relacionarse este tipo de irregularidades económicas y fiscales con posibles indicadores de corrupción en los procedimientos de contratación, con el objetivo último de seleccionar convenientemente aquellos contratos a los que se debe dar prioridad en la investigación *ex post*.

3.5.2. Actos colusorios y delitos de la competencia

Los actos colusorios y otras irregularidades de falseamiento de la competencia suponen un fenómeno complejo que tiene una relación con la corrupción igualmente complicada. Sin embargo, lo cierto es que la doctrina se inclina de forma mayoritaria por la existencia de una relación de causalidad mutua entre ambas alteraciones.⁷⁰⁶ Así, estas dos anomalías ocurren en la práctica de manera conjunta, actuando como un tándem definitivo que tiene efectos de fortalecimiento mutuo y que tiene como resultado distorsionar la competencia, de manera que el contrato no es adjudicado en base a méritos objetivos o en atención al interés general, y no se consigue la maximización de la calidad-precio deseable.⁷⁰⁷

En este sentido, cuando la corrupción tienen lugar en un procedimiento de contratación, determinadas prácticas colusorias y anticompetitivas pueden ser necesarias para asegurar que los licitadores perdedores no interponen recursos ante las autoridades competentes para denunciar los abusos (por ejemplo, determinados pagos compensatorios a competidores o la promesa de incluirlos como subcontratistas).⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 32.

⁷⁰⁶ WARE, G.T. *et al.* "Corruption in public procurement: a perennial challenge". En: CAMPOS, J.E. y PRADHAN, S. *The many faces of corruption: Tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington D.C.: The World Bank, 2007; OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 32; OECD. *Competition and Procurement... op. cit.* en p. 14.

⁷⁰⁷ OECD. *Competition and Procurement... op. cit.* en p. 14.

⁷⁰⁸ *Ibidem*.

Pero también a la inversa, la corrupción puede actuar como un complemento ideal para cárteles anticompetitivos, por ejemplo, a través de la implicación de los empleados públicos encargados de gestionar el contrato (la figura del *insider*), ya sea simplemente comprando su silencio o a través de una participación activa, que implicara la manipulación del contrato o la coacción a las empresas ajenas al cártel para que no participen en el procedimiento o para que entren a formar parte de la trama.⁷⁰⁹

Ambas prácticas están tan sumamente relacionadas que ninguna política que pretenda reducir la incidencia de la una debe obviar la existencia de la otra. Consecuentemente, una estrategia anticorrupción adecuada debe tener en cuenta la incidencia que las medidas a adoptar puedan tener en materia de prevención de prácticas colusorias, y más generalmente, como veremos, en el mercado y en la competencia efectiva.

3.5.3. La financiación de los partidos políticos

Al igual que ocurre con el resto de irregularidades relacionadas con los flujos paralelos de capitales mencionadas anteriormente, la financiación privada de los partidos políticos puede ocultar formas de soborno indirecto destinado a remunerar actuaciones de injerencia política en adjudicaciones de contratos públicos.⁷¹⁰ Estas donaciones irregulares, pueden tener como fin la financiación del propio partido político (corrupción política) o de alguno de sus integrantes de forma personal.

En la UE únicamente el 24% de las empresas encuestadas en el Eurobarómetro opinan que existe suficiente transparencia y supervisión en la financiación de partidos políticos en su país, porcentaje que, como era de esperar tras los últimos casos de corrupción descubiertos, en España desciende bruscamente hasta un ínfimo 5%, muy por debajo de Eslovaquia, el segundo país que peor “nota” obtiene de toda la Unión en este ámbito, con un 10%. Esto se traduce en que, en nuestro país, un 94% de los operadores económicos cree que la financiación de los partidos políticos presenta grandes

⁷⁰⁹ WARE, G.T. *et al.* “Corruption in public procurement...” *op. cit.*

⁷¹⁰ OCDE. *Corruption dans les...* *op. cit.* en p. 32; Véase a modo de ejemplo “Los donativos registrados por Bárcenas coinciden con adjudicaciones del PP” en *Eldiario.es*, 26 de enero de 2017. Consulta el 18 de octubre de 2017. Disponible en: http://www.eldiario.es/politica/Barcenas-adjudicaciones-contratos-decididos-PP_0_104990206.html

deficiencias en materia de transparencia (un 1% de las empresas encuestadas contestó con un “no sabe/no contesta”).⁷¹¹

Una regulación deficiente de la financiación de los partidos políticos puede poner en riesgo todo el sistema de contratación pública, que es utilizado a menudo como herramienta de financiación política.⁷¹² En este sentido, debido a la evidente relación entre política y corrupción, la estrategia de integridad en la contratación pública debe tender, por un lado, a despolitizar las decisiones en los procedimientos de contratación, y por otro, a una regulación y control eficiente de la actividad económica y los medios de financiación utilizados por los partidos políticos. Dicha regulación, sobre la cual la UE deja total libertad al legislador nacional a la hora de elegir el método y las condiciones de financiación, ha sufrido algunos cambios en nuestro país en los últimos años, si bien organizaciones internacionales como el Consejo de Europa ya venían advirtiendo de la necesidad de emprender reformas en nuestro país desde principios de siglo.⁷¹³ Así, el paquete de reformas consecuencia de los escándalos de corrupción destapados durante la crisis económica, denominado Plan de Regeneración Democrática (PRG), incluyó entre sus medidas la aprobación de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico -financiera de los Partidos Políticos, en la que, entre otras medidas, se endurecen los requisitos y los controles para las donaciones privadas a partidos políticos y fundaciones a ellos vinculadas y se amplían los poderes fiscalizadores del TCu en relación a aquellos organismos.

4. LIMITACIONES, OPORTUNIDADES Y RETOS FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Lo expuesto hasta ahora nos permite, aun en un momento temprano de nuestra exposición, llegar a algunas conclusiones fundamentales para el presente trabajo, que actuarán como eje vertebrador sobre el que se construye el argumentario de los próximos capítulos. Y es que, tras el análisis realizado, que nos permite conocer las complejidades que presentan las dos realidades objeto de estudio y su interacción

⁷¹¹ EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en p. 95.

⁷¹² OCDE. *Corruption dans les...* op. cit. en p. 33.

⁷¹³ En CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación Rec (2003)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a las reglas comunes contra la corrupción en el financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales.*

(corrupción y contratación pública), podemos ya entrar a evaluar con cierta precisión la naturaleza de las medidas y herramientas legales que deben ser utilizadas para enfrentar el fenómeno de la corrupción.

Las formas en las que se manifiesta a corrupción son múltiples y heterogéneas, sus causas y sus consecuencias casi interminables y su identificación presenta en generalmente importantes dificultades. Al tiempo, la contratación pública es un sector que precisa de una cierta discrecionalidad, agilidad y flexibilidad de actuaciones, y en el que entran en juego importantes cuestiones que afectan al funcionamiento del mercado y de la competencia. Por tanto, la respuesta del Derecho Administrativo debe ser adaptada a las características de ambas realidades, siendo en todo caso consciente de sus limitaciones y de los efectos múltiples que una regulación o interpretación en una u otra dirección pueda tener en el complejo entramado de principios e intereses ponderables en la contratación pública.

Así, de lo expuesto en el presente capítulo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- (1) La corrupción permea de un sector a otro y presenta lazos complejos con diferentes tipos de irregularidades y actividades delictivas que por sí mismas no pueden ser consideradas constitutivas de corrupción. Por ello, la actividad reguladora de la integridad no puede ya acometerse desde una perspectiva lineal como un sector individualizado, sino que debe permear, al igual que lo hace la corrupción, en todas las ramas del derecho, teniendo en cuenta las características propias del entorno a regular y convirtiéndose en una materia transversal y multinivel. No existe una solución a la corrupción, sino múltiples medidas sectoriales que, en conjunto, pueden contribuir a la erradicación de esta anomalía de la función pública. La aproximación plantea en este sentido ciertas similitudes con el concepto de acción “glocal”, en tanto en cuanto el complejo entramado de actuaciones y relaciones en el que se desarrolla la corrupción debe ser debidamente comprendido y analizado de cara a evaluar las medidas

concretas que deben tomarse en cada situación o sector específico⁷¹⁴. En el caso de la contratación pública, esta actividad de prevención sectorial se encuentra ampliamente justificada debido al impacto estimado que presenta la corrupción en el sector.

Además, estas características hacen que la corrupción no pueda ser abordada ya (o al menos no exclusivamente) desde una aproximación negativa al problema, a través de sanciones y una regulación que trate de impedir la corrupción. Como algunos importantes juristas ya se han encargado de advertir, *no se puede luchar contra la corrupción simplemente luchando contra la corrupción*⁷¹⁵. Al contrario, el fenómeno debe enrentarse basándose en conceptos que permitan una acción positiva, como el de integridad o buena administración, los cuales han de desempeñar un papel central en la prevención y control de la actividad contratante del sector público, contribuyendo a la creación de un entorno éticamente saludable que dificulte la aparición de prácticas corruptas.

Así, un procedimiento idealmente íntegro debería, al menos cumplir con las siguientes condiciones:

- a) *En la fase de preparación y diseño del contrato*: (1) que en el diseño del contrato no se creen necesidades innecesarias o manipuladas⁷¹⁶; no se seleccione el procedimiento con el único objetivo de esquivar las normas de publicidad o concurrencia;⁷¹⁷(2) que no se modifique artificialmente el valor

⁷¹⁴ RANGONE, N. “A behavioural approach to administrative corruption prevention”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 69-99.

⁷¹⁵ KAUFMANN, D. “Diez mitos sobre la...” *op. cit.*; véase a su vez TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 1; GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario Big-Bang...” *op. cit.* en p. 6.

⁷¹⁶ MATECHAK, J.P. “Fighting corruption in public procurement”. *Center for International Private Enterprise*, 2005. p. 2; MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 2016, pp. 77-112; FAZEKAS, M., JANOS TOTH, I. y KING L.P. “Corruption manual for beginners: “Corruption techniques” in public procurement with examples from Hungary”. *Corruption Research Center Budapest Working Paper series: CRCB-WP/2013:01*, 2013, p. 14; GALLEGO CÓRCOLES, I. “La prevención de la corrupción en la contratación pública”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92.

⁷¹⁷ GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. “Integridad en la contratación pública: patologías al uso”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2453-263.

estimado del contrato para evitar determinadas obligaciones de control o publicidad⁷¹⁸; (3) que se de un correcto uso de las consultas preliminares de mercado, de la participación de expertos externos en la elaboración del contrato y de la información proporcionada a los licitadores, de manera que evite la aparición de conflictos de intereses y ventajas indebidas⁷¹⁹; (4) evitar y controlar la inclusión de criterios de solvencia técnica y especificaciones técnicas poco claros o excesivos que sean discriminatorios y generen distorsiones en el mercado o que estén diseñados *ad hoc* para uno o varios operadores económicos⁷²⁰; (5) la división en lotes debe realizarse teniendo en cuenta las condiciones del mercado concreto para evitar una segmentación artificial del mismo o una reducción artificial de la competencia que pudiera facilitar prácticas colusorias o corruptas⁷²¹; (6) evitar, en definitiva, cualquier característica del contrato que limitase voluntariamente la competencia o el grado de transparencia de proceso.

- b) *En la fase de adjudicación del contrato*: (1) que la publicidad sea suficiente y los plazos de presentación de las ofertas no se acorten indebidamente⁷²²; (2) que no existan porcentajes desproporcionados de los criterios de adjudicación que pudieran esconder criterios dirigidos; (3) en el mismo sentido, una correcta elaboración y publicación de los métodos de evaluación de los criterios, evitando especialmente metodologías de evaluación relativas que pudieran desvirtuar el porcentaje inicial publicado⁷²³; (4) que los métodos de valoración sean sencillos y

⁷¹⁸ FAZEKAS, M., JANOS TOTH, I. y KING L.P. “Corruption manual for...” *op. cit.* en p. 16

⁷¹⁹ En DE GUERRERO MANSO, M.C. “Las consultas preliminares al mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública”. En: EGIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.047-1.072 en pp. 1.065 y ss.

⁷²⁰ Sobre los riesgos que este tipo de practicas a través de criterios de las especificaciones técnicas pueden esconder, véase: TJUE asunto C-288/08, *Nordiska Dental*, de 19 de noviembre de 2009; TJUE asunto C-613/14, *James Elliot Construction*, de 26 de octubre de 2016.

⁷²¹ TRYBUS, M. “Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?”. *EPPPL*, n 3, 2017. p. 224-238.

⁷²² FAZEKAS, M., JANOS TOTH, I. y KING L.P. “Corruption manual for...” *op. cit.* en pp. 38 y ss.

⁷²³ Las entidades adjudicadoras están obligadas a publicar y mantener estables los porcentajes asignados a cada criterio, pero ésta obligación no se extiende a las metodologías de evaluación (véase el considerando 90 y el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE), y sin embargo, como han puesto de manifiesto TELGEN y MANUNZA, la metodología puede realmente dejar sin relevancia el porcentaje atribuido a cada uno de los criterios. TELGEN, J. y MANUNZA, E.R. “Non-intentional price preferences” *Working paper presented at 12th June 2017 Global Revolution VII*, University of Nottingham, 2017.; TELGEN, J. y

comprensibles por cualquier potencial licitador; (5) que se eviten licitaciones basadas en un único criterio de adjudicación, pues ofrece mayores facilidades de manipulación a través de criterios diseñados ad hoc (especialmente cuando dicho criterio único es el precio)⁷²⁴.

- c) *En la fase de ejecución del contrato*: (1) que se asegure que no existen ineficiencias provocadas por una mala calidad de los materiales utilizados, una deficiente prestación del servicio, o un retraso temporal en la entrega o incumplimiento de plazos de ejecución; (2) que las eventuales modificaciones del contrato cumplan con las prerrogativas legales y respondan a situaciones de idoneidad y/o necesidad. (3) controlar adecuadamente la subcontratación, ya que puede dar lugar a conflictos de interés o actos colusorios que no se encontraban presentes durante el proceso de contratación, que se escondieron o se pasaron por alto durante la fase de adjudicación.

En esta lista no exhaustiva de aspectos indeterminados que deben cumplirse para que se respete el principio de integridad en la contratación pública se pone de manifiesto cómo el número y tipología de las actividades que pueden dañar la integridad en un proceso de licitación pública son prácticamente inabarcables, y en todo caso, su integridad depende de aspectos que exceden lo meramente legal para entrar en conceptos más subjetivos como la corrección en las actuaciones y en la toma de decisiones⁷²⁵. Podemos categorizar una serie de irregularidades, riesgos de corrupción e indicadores que han sido identificados en los diferentes

TIMMER, J. "Conditions for Rank Reversal in Supplier Selection" *University of Twente working paper*, 2016. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/307575475>; TELGEN, J. y SCHOTANUS, F. "The effects of full transparency in supplier selection on subjectivity and bid quality" *University of Twente working paper*, 2010. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/254860242>

⁷²⁴ FAZEKAS, M., JANOS TOTH, I. y KING L.P. "Corruption manual for..." *op. cit.* en pp. 38 y ss.; SADDY, A. "Front-line public..." *op. cit.* en p. 345.

⁷²⁵ GIBERT ha puesto de manifiesto, con gran acierto, la levedad y la intangibilidad de las actuaciones irregulares que él llama "pecados" de la Administración, y que sin embargo, generan dinámicas clientelares basadas en la burocracia, la confianza y el falso mecenazgo, y que constituyen, en efecto, el caballo de Troya de la gestión pública actual. GIBERT I BOSCH, A. "Administración Local y competencia. Una visión económica (con "pecados" clasificados)". En: CANEDO ARRILLAGA, M.P. y GORDILLO, PÉREZ, L.I. *La autonomía local en tiempos de crisis: (reformas, fiscalidad y contratación pública)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 307-322; en el mismo sentido, PIGA ha hecho hincapié sobre la estrecha relación y, en ocasiones, las dificultades para diferenciar, entre corrupción e incompetencia, y las múltiples facetas que puede adquirir su materialización. PIGA, G. "A fighting chance against..." *op. cit.* en pp. 149-165.

estudios mencionados⁷²⁶, pero la naturaleza escurridiza y subjetiva de estas actividades implica, en la práctica, que la corrupción, o más concretamente, las situaciones que pueden dar lugar a casos de corrupción, no pueden regularse de manera exhaustiva – especialmente sin provocar una asfixia del sistema de contratación pública o eliminar el poder de discrecionalidad de los órganos contratantes.

- (2) En este sentido, existen diversos aspectos que hacen especialmente compleja la aplicación de una política anticorrupción efectiva en el sector de los contratos administrativos. El primero de ellos es la imposibilidad de regular de forma exhaustiva y burocrática la actividad contractual de la administración sin eliminar la discrecionalidad de la Administración esencial en un sector que demanda agilidad y flexibilidad como la contratación pública, debido a la incapacidad de prever la aparición de corrupción como consecuencia de la mencionada complejidad del fenómeno y la forma esquiva y multiforme en que se materializan los actos de corrupción en los procesos de contratación pública⁷²⁷. Además, una aproximación tal implicaría el riesgo de someter a las entidades adjudicadoras a una sobre-regulación, que afectaría directamente a la eficiencia de la compra pública al incrementar la carga burocrática y anular la discrecionalidad, aspecto esencial para el diseño de los contratos de acuerdo a las necesidades específicas de los ciudadanos y las administraciones.
- (3) Ligado a lo anterior, unido al hecho de que las irregularidades se cometen frecuentemente, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo, en abuso de un poder discrecional que no tiene por qué dejar rastro visible para una fiscalización puramente legal (ej. criterios, condiciones de solvencia o especificaciones técnicas a medida), un control de la corrupción a través de controles meramente formalistas o generalistas se antoja claramente ineficiente. La corrupción tiene un marcado elemento subjetivo o volitivo que en numerosas ocasiones supone el límite entre irregularidad y corrupción, y que es especialmente difícil de prevenir y controlar sin asfixiar el sistema de contratación, por lo que las medidas de detección y control deben poder

⁷²⁶ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.*

⁷²⁷ GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. “Integridad en la...” *op. cit.* en pp. 2453-263.

individualizarse e ir un paso más allá para abordar la corrección en la actuación de las Administraciones Públicas, es decir, la idoneidad o diligencia debida de las actuaciones en los contratos públicos, independientemente de la voluntad de los implicados. Para una construcción eficiente y sistemática de un Derecho de la contratación pública, no debe ser la corrupción, sino sus alrededores, el objeto de control.

Este sistema de control, sin embargo, y como se verá en las próximas páginas, debe configurarse cuidadosamente con el objetivo de no poner en riesgo los principios de legalidad y de seguridad jurídica que deben gobernar todas las normas de Derecho Público.

- (4) En cuanto a los mecanismos de control *ex post*, deben comenzar a utilizar las herramientas a su disposición con el objetivo de optimizar su actividad. Así, la utilización de indicadores en la elaboración de un programa de control efectivo es esencial para una actuación eficiente de los agentes de supervisión. Por otro lado, estos mecanismos *ex post* deberían permitir, además de la localización de casos concretos de corrupción y otras irregularidades, la identificación de deficiencias estructurales del sistema o áreas de riesgo. Así, por ejemplo, en el presente capítulo hemos visto cómo algunos estudios ubican un mayor riesgo en determinados aspectos tradicionalmente desregulados como los contratos de bajo importe, contratos locales, o cómo las fases de diseño y ejecución del contrato presentan altos índices de corrupción. El diseño del marco legal de contratos públicos no debe permanecer ajeno a estas y otras realidades estudiadas como el tamaño y grado de descentralización del sector a regular.

CAPÍTULO IV

EL CONFLICTO DE INTERÉS Y SU CONTROL COMO MEDIDA DE
PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción, como la belleza, existe sólo en los ojos del observador.

Political corruption in Africa – Robert Williams

1. INTRODUCCIÓN

Como se puede observar tras lo expuesto hasta ahora, el problema de la corrupción es extremadamente complejo, de forma que su identificación y prevención se presenta considerablemente enredada. Un fenómeno de estas características no puede ser, o al menos no exclusivamente, abordado desde una perspectiva penal o meramente sancionadora por diferentes razones. En primer lugar, este tipo de medidas, si bien pueden contribuir a prevenir futuras conductas irregulares en base al fin disuasorio de la pena, experimentan, debido a su desfase temporal⁷²⁸, importantes dificultades a la hora de restituir la situación a su momento inicial y reparar el daño causado por la actuación dolosa (la obra adjudicada ya se encuentra construida, el servicio prestado, etc.). En este sentido, con la corrupción, como ocurre en medio ambiente, debe primar el principio de prevención por una mera cuestión de eficacia⁷²⁹.

En segundo lugar, como consecuencia, por un lado, de las características de la corrupción –siempre esquiva, encubierta y en constante evolución, que no responde siempre a clasificaciones claras y que, en muchas ocasiones puede confundirse con la mera negligencia o mala administración⁷³⁰– y por otro, del propio sistema sancionador, que debe en todo momento garantizar de forma estricta el principio de legalidad y preservar la seguridad jurídica y la previsibilidad en sus actuaciones –en otras palabras, que requiere una clara clasificación previa (tipificación)–, una legislación exhaustiva de sanciones sobre de las irregularidades fruto de corrupción se antoja manifiestamente inalcanzable. El sistema sancionador será siempre insuficiente para alcanzar a la magnitud del fenómeno. Esta rama punitiva del Derecho encontrará siempre franjas oscuras, situaciones difusas que no se hayan podido prever con suficiente detalle.

Por ello, ya desde hace algunos años, buena parte de la doctrina entiende que la lucha anticorrupción en la contratación pública, un sector que como hemos visto ofrece retos

⁷²⁸ PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, enero-marzo 2016, pp. 57-84 en p. 62.

⁷²⁹ PONCE SOLÉ, J. “La prevención de riesgos...” *op. cit.* en p. 8.

⁷³⁰ PONCE SOLÉ ha puesto de manifiesto las dificultades que para el Derecho presenta en la práctica, la diferenciación, basada en el dolo, de un acto administrativo negligente y uno de corrupción. PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 62.

adicionales, debe centrar su acción en la actividad preventiva. Como afirmaba Daniel KAUFMANN, *no se puede luchar contra la corrupción simplemente luchando contra la corrupción*⁷³¹.

Sin embargo, también una aproximación preventiva al problema de la integridad plantea algunos potenciales riesgos e ineficiencias. En este sentido, las tradicionales medidas anti-corrupción en materia de contratación han ido dirigidas a la reducción del poder de discrecionalidad por parte de las entidades adjudicadoras⁷³², algo que, sin embargo, puede tener un efecto contraproducente, ya que, si bien las medidas preventivas de restricción normativa pueden ser necesarias en un sistema legal en el que exista una corrupción sistémica o un deficiente (o nulo) desarrollo de la ética pública⁷³³, un abuso o uso exclusivo de estas prohibiciones puede derivar en: (1) fracaso en el control de la corrupción debido a la imposibilidad de prever normativamente todas las complejas relaciones entre los diferentes fenómenos cercanos (fraude, corrupción, y conflicto de interés), así como al carácter opaco y escurridizo de las prácticas corruptas; y/o (2) en la generación de un sistema burocratizado, carente de toda flexibilidad y agilidad, que puede obstaculizar la actividad eficiente de los órganos contratantes⁷³⁴.

⁷³¹ KAUFMANN, D. “Back to the Basics – 10 Myths About Governance and Corruption” *IMF Journal ‘Finance and Development’*, vol. 3, n.º 42, 2005; véase a su vez TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 1; GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario Big-Bang...” *op. cit.* en p. 6.

⁷³² JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la corrupción: integridad y transparencia*. Madrid: Caranta, 2017, pp. 9 y ss.; SADDY, A. “Front-line public...” *op. cit.* en p. 353; YUKINS, C. “A Versatile Prism: Assessing Procurement Law through the Principal-Agent Model”. *Public Contract Law Journal*, Vol. 40, n.º 1, 2010, pp. 63-89 en p. 70.

⁷³³ En este sentido, diferentes autores e informes se han pronunciado acerca de la ausencia de una corrupción sistémica en España y en la UE. Vid. FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO?. *Corrupción institucional y...op. cit.* en p. 10; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en un país sin corrupción sistémica”. En: ESTEFANÍA, J. (dir.), *Informe sobre la Democracia en España 2014*, Madrid: Fundación Alternativas, 2014, pp. 165-187; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J. “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”. En: PASTOR, E., TAMEZ, G. y SÁENZ, K. (eds.), *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa. Análisis comparado España-México*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 157-174; VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 156, 2012, pp. 13-47.

⁷³⁴ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 7; TREPTE, P. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations” *Supplement to the 2011 Annual Statistical Report on United Nations Procurement: Transparency and public procurement*, 2012, p. 6; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.). *La corrupción en España. Ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 187 y ss.; sobre los problemas que podría generar una excesiva burocratización, véase por todos GALLEGO CÓRCOLES, I. “Contratación pública e innovación tecnológica”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 2017, pp. 193-219.

Estos riesgos, además, son especialmente sensibles en un sector como el de la contratación pública, en el que la agilidad de los procedimientos y la eficiencia en la ejecución de los gastos se configuran como los ejes principales alrededor de los cuales pivota toda la estrategia de contratación pública de la UE⁷³⁵. Una aproximación deficiente a la problemática de la corrupción podría además, *de facto*, perjudicar los intereses últimos de la política de contratos públicos comunitaria, e incluso a la propia política anticorrupción, que, como advierten tanto la propia UE⁷³⁶ como TI⁷³⁷ y otras voces críticas de la doctrina⁷³⁸, se ve directamente afectada de forma negativa por la sobrecarga y burocratización de los procedimientos administrativos⁷³⁹. Por ello, la nueva estrategia anticorrupción de los contratos públicos debe aspirar a superar esta aparente dicotomía entre la eficiencia y la integridad, creando un entorno íntegro y de control que al tiempo permita un uso eficiente y estratégico de los fondos públicos⁷⁴⁰. A través de una implementación racional de las medidas anticorrupción, priorizando medidas de integridad “no invasivas” y con una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad y una correcta ponderación de principios, los estados comunitarios y la propia UE deberían ser capaces de hacer frente al problema de la corrupción sin poner en peligro la eficiencia y simplicidad del procedimiento de contratación.⁷⁴¹

Por otro lado, una política anticorrupción eficiente debería aspirar a que la integridad permee todas las actuaciones dentro del procedimiento de contratación pública, las de los diferentes actores que presentan intereses en él y la del entorno económico-

⁷³⁵ COMISIÓN EUROPEA. *EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016*, Bruselas: Comisión Europea, 2015, p. 10; GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación de la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 41-132.

⁷³⁶ COMISIÓN EUROPEA. *EU Public Procurement...* *op. cit.* en p. 10.

⁷³⁷ MARTINI, M. “Reducing bureaucracy and corruption affecting small and medium enterprises”. *Transparencia Internacional y Anti-Corruption Resource Centre*, 2013.

⁷³⁸ SADDY afirma que, de hecho, los intentos de controlar la discrecionalidad a través de las leyes, normalmente derivan, paradójicamente, en una mayor discrecionalidad de decisión. SADDY, A. “Front-line public...” *op. cit.* en p. 353.

⁷³⁹ LAMBSDORFF, J.G. *The institutional economics...* *op. cit.* en pp. 58 y ss; BANERJEE, A., HANNA, R. y MULAINATHAN, S. “Corruption”. *Massachusetts Institute of Technology Working Paper*, 12-08, 2012, p. 3; PIGA, G. “A fighting chance against...” *op. cit.* en pp. 149-153.

⁷⁴⁰ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 10 y ss.; SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives” *University of Leicester School of Law Research Paper*, n.º 13-11, 2013. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005; MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 137.

⁷⁴¹ YUKINS, C. “A Versatile Prism...” *op. cit.* en p. 81.

empresarial que rodea estos procesos⁷⁴². Un alcance tal, necesario para un resultado efectivo, únicamente puede ser alcanzado sin poner en peligro el principio de eficiencia a través de una aproximación inclusiva, transversal y no restrictiva, que actúe a modo de lubricante del procedimiento, alcanzando todos los contratos, fases y actores e identificando actividades ímprobas a tiempo real con capacidad de corrección efectiva⁷⁴³. Esta necesaria permeabilidad de las medidas relacionadas con el conflicto de interés implican un inevitable enfoque funcional o descriptivo del sistema de prevención, que permita la impregnación en todas las fases del proceso, frente a una hipotética aproximación prescriptiva, basada en la definición de una serie de situaciones específicas y tasadas de incompatibilidades totales, la cual puede llegar a inmovilizar el sistema, ya que dejaría sin respuesta determinados supuestos de conflictos de interés que, como veremos, no pueden ser tasados de manera efectiva⁷⁴⁴.

2. EL CONFLICTO DE INTERESES Y SU NATURALEZA: RELACIONES CON LA TEORÍA DE AGENCIA

Los peligros que conllevan los conflictos de intereses para un correcto y efectivo funcionamiento del servicio público no son nuevos ni exclusivos del área de la contratación pública. Muchos de los estados europeos aprobaron, a lo largo del siglo XIX y sobre todo durante el siglo XX, leyes diversas sobre la regulación de los conflictos de intereses de jueces y funcionarios públicos⁷⁴⁵. Y así lo confirma la OCDE en sus Directrices para gestionar los conflictos de intereses en el sector público de 1999, en las que señalaba que la mayoría de los Estados miembros de la OCDE habían

⁷⁴² TÁTRAI, T. “EU public procurement...” *op. cit.* en p. 504-505; GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. “Integridad en la...” *op. cit.* en pp. 2453-263.

⁷⁴³ GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario big-bang...” *op. cit.* en p. 6;

⁷⁴⁴ Sobre la distinción de ambos enfoques, véase OCDE. *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD guidelines and country experiences*. Paris: OECD Publications service, 2003. pp. 53 y ss; una aproximación similar a la nuestra, criticando este enfoque prescriptivo al problema, este caso en relación con la regulación de los conflictos de interés y el buen gobierno en la LTBG, es llevada a cabo por DESCALZO GONZÁLEZ, A. “El buen gobierno de los altos cargos”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 44, 2017. Así, el autor afirma en su artículo que *no parece que deba identificarse el buen gobierno, sólo y exclusivamente, con el Derecho disciplinario*; en la perspectiva internacional, véanse las consideraciones en relación con la legislación americana y la imposibilidad de prever todos los posibles casos de conflicto en LYON, E. “Organizational Conflicts of Interest: A Practical Legal Issue in Implementing the Vision for Space Exploration, a View from the Trenches”. *Journal of Space Law*, 32, 2006, pp. 111 y ss. en p. 120 y ss.

⁷⁴⁵ Sobre el desarrollo normativo histórico del conflicto de interés en España, es de sumo interés la obra de GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de interés y la corrupción contemporánea*. Navarra: Aranzadi, 2001. pp. 101-140.

tomado, para entonces, algún tipo de medida legal en relación a la regulación de los conflictos de interés en empleados públicos⁷⁴⁶.

Sin embargo, al igual que ocurre con la corrupción, la propia naturaleza de estas situaciones ha sido a nuestro juicio, debido a su complejidad, erróneamente conceptualizada, clasificada y regulada tanto por la doctrina⁷⁴⁷ como por la jurisprudencia⁷⁴⁸. Por ello, consideramos oportuno, a modo de punto de partida, exponer y desarrollar el análisis de los conflictos de interés a través de la teoría económica de agencia, ya que, habiendo sido esta perspectiva apenas desarrollada en el estudio legal de la contratación pública en nuestro país⁷⁴⁹, entendemos que puede aportar claridad para comprender la crítica a la regulación nacional y europea en la materia⁷⁵⁰.

Esta teoría trata de ofrecer una clave interpretativa al análisis de los comportamientos humanos en los procesos organizacionales económicos. En base a la misma, existe una relación de agencia en todas aquellas situaciones en las que una persona (principal) delega en otra persona (agente) para llevar a cabo determinadas acciones en beneficio del primero⁷⁵¹. Este tipo de relación, que se establece debido a que el principal considera que el agente presenta determinadas cualidades que le permiten ejecutar mejor dicha tarea, implica inevitablemente que el agente gestione intereses que difieren de los suyos propios⁷⁵². Una situación, ésta, que engendra el riesgo de que los intereses del agente entren en conflicto con los del principal, estimulando una posible actuación unilateral del agente en beneficio propio y en detrimento de los intereses del

⁷⁴⁶ Para más información en cuanto a las medidas adoptadas por cada Estado miembro, véase el documento de la OCDE. *Managing Conflict of... op. cit* en pp. 45 yss.

⁷⁴⁷ Autores como FERWERDA et al. identifican los conflictos de interés como una red-flag más, pero lo cierto es que consideramos que sus características hacen que deba ser estudiado como una situación especial, separado de los meros indicadores, ya que un conflicto de interés no es un indicio, sino, como veremos, un paso previo a la corrupción. FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. "Corruption in Public..." *op. cit.* en p. 6.

⁷⁴⁸ Véase, en este sentido, el análisis desarrollado en pp. 319 y ss.

⁷⁴⁹ Sí lo ha sido por autores internacionales entre los que destacan SÁNCHEZ-GRAELLS, TREPTE, YUKINS, en cuyos trabajos nos basaremos para desarrollar esta parte de la exposición.

⁷⁵⁰ YUKINS, C. "A Versatile Prism..." *op. cit.* en p. 80.

⁷⁵¹ BERGEN, M., DUTTA, S. y WALKER, O.C. "Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories". *Journal of Marketing* Vol. 56, n.º 3, julio, 1992, pp. 1-24.

⁷⁵² YUKINS, C. "A Versatile Prism..." *op. cit.* en p. 64.

principal⁷⁵³. Por último, el riesgo se agrava por la existencia de una asimetría de información, que hace que el agente opere con mayor información que el principal, que se encuentra en este punto en una situación de desventaja⁷⁵⁴.

La medida en la que los intereses de una y otra parte diverjan entre ellos, unido al sistema de incentivos, recompensas y sanciones que regulen la relación, son variables que influyen a la hora de minimizar la denominada por los economistas “pérdida de agencia”, es decir, la pérdida que se genera por no compartir intereses, que hace que nunca pueda resultar una realización 100% eficiente de los objetivos del principal⁷⁵⁵. En base a lo anterior, en términos de agencia, un caso de corrupción no es sino un fruto de un conflicto de interés, es decir, de la deficiente minimización de la pérdida de agencia.

Aplicado a la contratación pública, las relaciones de agencia pueden contribuir a identificar, con mayor claridad que otro tipo de análisis, el origen de los conflictos de interés que, posteriormente, pueden dar lugar a corrupción. Así, los autores han reconocido tradicionalmente la relación de agencia en la contratación pública como una relación entre un principal, que puede ser la ciudadanía, el Gobierno, o el Congreso, y un agente que gestiona dichos intereses que encarna la figura del empleado público⁷⁵⁶. Otros, sin embargo, identifican la relación de agencia de la siguiente manera: los ciudadanos, como destinatarios finales de los servicios representarían al principal, mientras que el contratista o adjudicatario tendría la figura de agente último (prestador de servicios).⁷⁵⁷ Estas serían, por así decirlo, relaciones de agencia generales. Sin embargo la contratación pública dista de estar representada por una simple relación de agencia clásica o básica, sino que puede identificarse una suerte de cadena de gestión de intereses que hacen que algunos de los intervinientes en el proceso decisorio tengan al tiempo una posición de principal y agente, ya que, como afirma SÁNCHEZ-GRAELLS, a la tradicional relación entre el electorado y los gestores, se debe añadir la relación interadministrativa, así como aquella que caracteriza la contratación del sector público

⁷⁵³ JURICH, J. “International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 4, 2012, p. 244.

⁷⁵⁴ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.*; ROSS, S.A. “The economic theory of agency: the principals problem”. *American Economic Review*, 1973, vol. 63, n.º 2, pp. 134-39.

⁷⁵⁵ GORBANEFF, Y. “Teoría del Agente -Principal y el mercadeo”. *REVISTA Universidad EAFIT*, n.º 129, 2003, pp. 75-86.

⁷⁵⁶ YUKINS, C. “A Versatile Prism...” *op. cit.* en pp. 63-89.

⁷⁵⁷ PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption Strategies for ensuring Integrity in Public Contracts: U.S. and EU systems compared”. *Procurement Law Journal*, n.º 1, 23, 2017. pp. 23-39 en p. 25.

con sector privado⁷⁵⁸.

Así, siguiendo el razonamiento de SÁNCHEZ-GRAELLS, en primer lugar cabría identificar una relación de agencia entre la ciudadanía o electorado (principal) y el legislador/Gobierno (agente), cuyo encargo consiste, respectivamente, en regular la actividad contractual y delimitar la estrategia de contratación⁷⁵⁹. Esta relación de agencia deriva en el riesgo de aparición de un primer tipo de conflicto de interés supracontractual –es decir, que excede el propio proceso de contratación– que da lugar a la conocida como captura del Estado, en la que el legislador elabora la legislación –y el Gobierno elabora sus planes de actuación estratégica– en base a otros intereses que difieren del interés general de la ciudadanía⁷⁶⁰. Tales situaciones de conflicto pueden tener lugar en los diferentes niveles regulatorios –comunitario, nacional, autonómico o regional, e incluso local– y su prevención y control se hace más complejo cuanto más elevado es el organismo que actúa como agente. Esta tipología de conflictos de interés, como veremos, no está expresamente regulada en la legislación de contratación pública europea, aunque el control de la transposición de las Directivas por parte el TJUE puede desempeñar un papel importante en posibles influencias a nivel nacional.

Otro tipo de relación de agencia, en este caso interadministrativa, y cuyos conflictos no implican comportamiento corrupto ni captura de estado⁷⁶¹, es aquella que se da en las relaciones entre instituciones a diferentes niveles: comunitario, nacional, regional, etc. En estos casos, el principal estaría encarnado por el organismo superior (véase, un organismo comunitario) y el agente por un organismo de grado inferior (nacional, regional o local)⁷⁶². En estos casos, el mandato comunitario, que persigue una defensa

⁷⁵⁸SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “La aplicación de la teoría de agencia a la prevención de conflictos de interés en contratación pública bajo la Directiva 2014/24/UE”. *Economía Industrial: análisis económico del Derecho*, n.º 398, 2016, pp. 103-110.

⁷⁵⁹*Ibidem*.

⁷⁶⁰En relación a la captura del Estado en contratación pública, son de especial relevancia los trabajos de Mihály FAZEKAS. Véase FAZEKAS, M. y TÓTH, I. J. “From Corruption to State Capture. A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary”. *Political Research Quarterly*, vol. 69, Issue 2, 2016; FAZEKAS, M. TÓTH, I.J. y KING, L.P. “Anatomy of grand corruption: A composite corruption risk index based on objective data”. *Corruption Research Center Budapest Working Paper series* CRC-WP/2013:02, 2013.

⁷⁶¹No obstante, tal y como señala AUBY, este tipo de conflicto de interés sí que ha sido estudiado en ocasiones como un desvío del interés público, o, al menos, como disfunciones hacia la obtención del mismo. AUBY, J.B. “Corruption and conflict of interest: some comparative comments”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 123-131.

⁷⁶²Sobre el origen de las practicas proteccionistas en la UE, véase MOLINA, J.A. *Derecho global de... op. cit.* en pp. 41 y ss.

de los intereses generales de la UE en tanto en cuanto la contratación es considerada una política pública, puede entrar en conflicto con aquellos intereses de determinadas regiones o círculos de población que, representados en sus instituciones, se ven tentados a guiarse en su propio beneficio en detrimento del general de la comunidad⁷⁶³. Este tipo de conflictos son corregidos, por ejemplo, a través del reparto competencial o, en materia de contratos, por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que prohíbe que, por razones de territorialidad, etnia, religión o cualquier otra circunstancia local ajena a los criterios de eficiencia y calidad en la prestación, se pueda incidir en el resultado de la adjudicación pública.

Un tercer tipo se da, ya a nivel contractual, entre la entidad adjudicadora (principal), que representa el interés público en el contrato, y los empleados públicos encargados de gestionar el contrato (agente). Otros académicos han identificado la relación de agencia entre los usuarios finales (como principales) y la entidad adjudicadora o las personas implicadas en el desarrollo del contrato (agentes)⁷⁶⁴. Lo cierto es que, independientemente de a quién identifiquemos como el principal – ya sea el usuario final o el organismo contratante como persona jurídica e institución garante del interés público – lo cierto es que ambos principales delegan la actividad efectiva de contratación (diseño de pliegos, evaluación, monitoreo de la ejecución, etc.) en determinadas personas físicas, que actúan como agentes en la relación, gestionando el interés general en la actividad contractual. Y es ésta la nota determinante para comprender la naturaleza del problema, ya que, como hemos indicado anteriormente, es en el agente, y no en el principal, en el que surge el conflicto de intereses –en este caso, por tanto, en el empleado público.

El conflicto de interés fruto de esta última relación de agencia es el recogido en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, y supone, a nuestro juicio, la principal novedad de la legislación europea en la lucha contra la corrupción en la contratación. Este tipo de relación de agencia se constituye, por tanto, en el marco de control sobre el que deberán focalizarse las interpretaciones legales en materia de integridad contractual⁷⁶⁵. El

⁷⁶³ SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept of “Conflict of Interest” in the EU Public Procurement Law”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 2/2017, pp. 112-131 en p. 113.

⁷⁶⁴ JENNY, F. “Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement”. En: OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris, 2005, chapter 3, p. 31.

⁷⁶⁵ SOUDRY, O. “A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement”. En: PIGA, G. y THAI, K.V. (eds.), *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing*. Boca

conflicto de interés nace en la figura del empleado público (agente), y puede responder a diversas causas: sobornos, actividades económicas propias o de personas vinculadas, lazos afectivos o familiares, e incluso por razones de raza, etnia, ideología y, en definitiva, cualquier interés que pueda comprometer su servicio imparcial a los objetivos del principal, en este caso, el interés general.

Una última relación de agencia, que es importante a efectos del estudio legal del conflicto de interés en tanto en cuanto permite diferenciar los dos tipos de conflictos regulados en la Directiva 2014/24, es la que configura en esencia el propio sistema de compras públicas: aquella que se da entre el contratante (principal) y el contratista (agente)⁷⁶⁶. Esta situación presenta una relación de agencia típica, fruto en una reciprocidad contractual, y es la que da lugar a toda la regulación legal clásica de las compras públicas, que intenta minimizar los efectos de la “pérdida de agencia” a través de la creación de incentivos para los adjudicatarios, la determinación de los criterios de adjudicación, la supervisión de la ejecución, etc⁷⁶⁷.

Todas tipologías de relaciones indicadas, lejos de comportarse de forma aislada, se presentan entrelazadas y a menudo pueden confundirse, por lo que una legislación de contratación pública efectiva no puede ser ajena a la complejidad derivada de esta realidad, así como de otras sub-categorías de agencia nacidas de las expuestas. Es por ello, precisamente, que una correcta regulación y control del conflicto de interés requiere un conocimiento profundo de las bases del fenómeno, de forma que permitan una correcta delimitación y análisis de los fundamentos jurídicos en cada caso concreto, ya que, como veremos, las posibles deformaciones en su comprensión pueden distorsionar la eficacia de su control y prevención.

3. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Raton, FL, USA: PrAcademics, 2007, p. 432-450; TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.*

⁷⁶⁶ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “La aplicación de...” *op. cit.* en p. 104; McAFEE, R.P. y McMILLAN, J., *Incentives in Government Contracting*. Toronto: Toronto University Press, 1987.

⁷⁶⁷ PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption...” *op. cit.* en p. 25.

Aunque como se ha mencionado en capítulos anteriores ⁷⁶⁸ algunas normas internacionales como la CNUCC o la Ley Modelo de la CNUMDI ya incluían un mandato para luchar contra los conflictos de intereses, lo cierto es que el desarrollo de estas medidas había sido más bien escaso en materia de contratos públicos, ya fuera debido a su falta de especificación o desarrollo o a su no obligatoriedad, tanto en España como en la UE. Igualmente, como también se ha puesto de manifiesto en capítulos anteriores, la complejidad de los procedimientos de contratación conforma un sistema que se sitúa lejos de la concepción clásica de sector público, y que no responde a la tradicional dicotomía público-privada. La estrecha y compleja colaboración entre el sector público y el privado se configura como una de las características principales de la contratación, lo que hace que sea especialmente difícil trazar una línea divisoria entre el ámbito público y el privado ⁷⁶⁹, y por ende entre los intereses de uno y otro sector.

Un una política pública como la contratación pública, en la que el uso profesionales externos, expertos, asesores, y otro tipo de profesionales del sector privado para beneficio del interés general en la elaboración y evaluación de los contratos es una práctica habitual, y en la que la participación de entidades privadas en las fases preliminares del contrato a través de consultas preliminares está de hecho promovida por la legislación europea ⁷⁷⁰, una legislación general sobre los conflictos de intereses, basada en un concepto tradicional de funcionario público y en unas relaciones bidireccionales entre dos ámbitos estancos, queda la mayor parte de las veces corta para hacer frente a la fenomenología de los conflictos de interés en el sector ⁷⁷¹. Una regulación explícita del conflicto de interés en la contratación pública, que tuviese en cuenta la situación de cada actor presente en el procedimiento de contratación, su relación con el sector público, su capacidad de decisión, su injerencia en el proceso y, en definitiva, las características específicas que la contratación, era, en definitiva, necesaria para el objetivo de alcanzar una completa integridad en las actuaciones en contratación pública.

⁷⁶⁸ Véanse pp. 45 y ss. y pp. 77 y ss.

⁷⁶⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo paquete legislativo comunitario...” *op. cit.* en p. 43.

⁷⁷⁰ Véase el artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE.

⁷⁷¹ En nuestro país, las diferentes normas que recogen una definición de conflicto de interés presentan aún un elevado formalismo, los cual evidencia la necesidad de que este fenómeno fuera regulado desde una perspectiva finalista centrada en las relaciones creadas en los procedimientos de contratación. A modo de ejemplo puede verse la definición contenida en Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

En respuesta a esta necesidad, que había sido advertida por la OCDE⁷⁷², la comunidad internacional ha dado un decidido paso hacia la regulación de los conflictos de interés en procesos de contratación, que puede apreciarse principalmente en el ACP de la OMC y en las regulaciones para prestatarios del Banco Mundial⁷⁷³.

El primero de ellos, en su revisión de 2012 (aprobado en 2014), es de especial importancia para el objeto de estudio en tanto en cuanto desempeñó una notable influencia en la elaboración final del articulado de las directivas de contratación, siendo además legalmente vinculante para la UE y todos los Estados Miembros⁷⁷⁴. Éste, incluye en su artículo IV.4 la obligación, para las autoridades de contratación, de conducir los procedimientos de contratación de manera que eviten la aparición de conflictos de intereses. No obstante, no contiene disposiciones específicas, de forma que presenta algunas limitaciones, entre las que cabe destacar la ausencia de una definición de conflicto de interés capaz de delimitar el marco de aplicación de las disposiciones relacionadas.

Por su parte, conviene mencionar también las nuevas regulaciones para prestatarios del Banco Mundial, en vigor desde 2016, que contienen una regulación a nuestro juicio considerablemente adecuada, con una definición de conflicto de interés que observa algunas de las características propias de la contratación pública actual como los conflictos organizacionales, la aplicación extensiva el ámbito subjetivo o la necesidad de una aproximación funcional.⁷⁷⁵ No obstante, se ve considerablemente limitada por su

⁷⁷² OECD, *Managing Conflict of... Op. Cit.* en pp. 91.

⁷⁷³ BANCO MUNDIAL. *Bank Directive: Procurement... op. cit.*

⁷⁷⁴ MORENO MOLINA, J.A. y CANCINO GÓMEZ, R. *La contratación pública internacional... op. cit.* en p. 159 y ss.

⁷⁷⁵ *A firm shall be considered to have a conflict of interest if the firm:*

a. is providing Goods, Works, or Non-consulting Services resulting from, or directly related to, Consulting Services that it provided for the preparation or implementation of a project, or where such services were provided by an affiliate that directly or indirectly controls, is controlled by, or is under common control with that firm. This provision does not apply to the various firms (Consultants, contractors, or suppliers), which together are performing the contractor's obligations under a turnkey or design and built contract;

b. including its personnel, has a close business or family relationship with a professional staff of the Borrower, or of the project implementing agency, or of a recipient of a part of the Bank's financing, or any other party representing or acting on behalf of the Borrower who:

i. is directly or indirectly involved in the preparation of the Procurement Documents or contract specifications, and/or the evaluation process of such contract;

ii. would be involved in the execution or supervision of such contract, unless the conflict stemming from such relationship has been resolved in a manner acceptable to the Bank throughout the procurement process and execution of the contract; or

ámbito objetivo de aplicación, ya que, como se ha mencionado anteriormente⁷⁷⁶, únicamente es vinculante en aquellos proyectos de compra pública financiados por el propio Banco Mundial. Presenta, además, algunas aparentes contradicciones, como la ubicación del nacimiento del conflicto de interés en la empresa o licitador en lugar de en el empleado público.

Ya en el ámbito de la UE, con la aprobación del paquete de Directivas de 2014, se introduce por primera vez una regulación del conflictos de interés específica para los procedimientos de contratación pública, a través de una aproximación funcional del fenómeno que pretende servir para sentar las bases del problema al tiempo permite un prudente margen de actuación a los Estados Miembros para respetar las legislaciones nacionales en la materia, y la cual tiene diferentes implicaciones que estudiaremos en las siguientes páginas.

3.1. La definición del conflicto de intereses y sus implicaciones.

La importancia de una definición del conflicto de interés para la contratación pública es, como se viene apuntando, evidente.⁷⁷⁷ Una definición adecuada es esencial para una correcta comprensión del problema y para sentar las bases para un desarrollo legislativo en cuanto a las medidas de control y prevención de estas situaciones que presentan características altamente complejas⁷⁷⁸. Además, influye considerablemente en toda la política anticorrupción, ya que, aunque la existencia de un conflicto de interés no implica la existencia de corrupción, aquella actúa generalmente como antesala de ésta⁷⁷⁹ y como requisito previo para que exista⁷⁸⁰.

c. does not comply with any other conflict of interest situation as specified in the Bank's Standard Procurement Documents relevant to the specific procurement process.

⁷⁷⁶ Véanse pp. 79 y ss.

⁷⁷⁷ MARTINI, M. *Conflict of interest in public procurement*. Anti-corruption Helpdesk, Transparency International and European Commission, 2013. p.12 [consulta el 08/07/2016] Disponible en: http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Conflict_of_interest_in_public_procurement.pdf; MORENO MOLINA, J.A. *et al. Claves para la aplicación...* *op. cit.* en p. 51.

⁷⁷⁸ La Comisión europea ya había advertido de la necesidad de adoptar una definición funcional de conflicto de interés específica para la contratación pública en su *Libro verde sobre la modernización...* *op. cit.* en p. 53; Véanse también las consideraciones en torno a la importancia de una definición en OECD, *Managing Conflict of...* *Op. Cit.* en p. 53.

⁷⁷⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 30; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en pp.187 y ss.

⁷⁸⁰ Véase MORENO MOLINA, J.A. *et al. Claves para la aplicación...* *op. cit.* en p. 51.

Antes de comenzar su análisis, cabe destacar que, tal y como algunos autores han apuntado⁷⁸¹, en determinados aspectos el artículo 24 –principal novedad en la materia– no hace más que reproducir el texto del artículo 57 de la Regulación 966/2012⁷⁸², en el que se impone, junto con algunas sanciones administrativas para aquellos participantes que otorguen información falsa, que cuando una situación de conflicto de intereses es detectada, la persona en cuestión inmersa en dicho conflicto deberá cesar todas las actividades en el procedimiento. Pero independientemente de ello, en líneas generales, la inclusión del artículo 24 en la Directiva 2014/24/UE es notablemente oportuna, tanto en cuestiones de fondo como formales, para la lucha contra la corrupción en la contratación pública, ya que trae a la primera línea de actuación, de manera notablemente acertada, una cuestión esencial y compleja como son los conflictos de interés.

Así, como decimos, probablemente el mayor avance introducido por la Directiva 2014/24/UE en relación con los conflictos de interés es el texto del artículo 24, el cual actúa como piedra angular del paquete de medidas hacia la integridad, y cuyo el texto reza:

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

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

⁷⁸¹ Véase AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, pp. 209-239 en p. 222.

⁷⁸² TORNOS, J. *et al.* “Detección y reducción...” *op. cit.* en p. 30.

su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

El artículo puede ser dividido en dos partes que se corresponden con los dos párrafos observables a primera vista. En el primero, impone una obligación a los Estados Miembros de asegurarse de que *los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir*. Del tenor literal del texto podría considerarse, ya que la obligación se dirige únicamente a los Estados Miembros⁷⁸³, que las autoridades de contratación tienen un mero papel pasivo en la implementación de la política contra el conflicto de intereses, no existiendo, así, imposición legal de actuación o responsabilidad directa en caso de incumplimiento de las prerrogativas contenidas en la Directiva.

Una interpretación literal de lo anterior supondría que las entidades adjudicadoras no tendrían obligación ni responsabilidad directa en materia de prevención de conflictos de interés, y que, por tanto, si el Estado falla en la regulación y control de este tipo de situaciones, éstas estarían exentas de responsabilidad por una eventual existencia de conflictos de interés. Sin embargo, dada la naturaleza del problema regulado en el artículo (los conflictos de interés), unido al resto del articulado de la Directiva en la materia –que, como veremos, parece de hecho cargar de responsabilidad a las entidades adjudicadoras– parecería desafortunado afirmar que los entes públicos no tienen por sí mismos ninguna obligación o responsabilidad en la prevención de conflictos de intereses.

Más bien al contrario, la prevención y la identificación del conflicto de intereses bajo la Directiva 2014/24/UE, y especialmente las disposiciones del artículo 24, deben considerarse como una regla general ligada de manera directa al principio de integridad, que debe ser respetada por todas las partes inmersas en el procedimiento de contratación. Esto es, además, confirmado por el hecho de que el Capítulo II, en el que se encuentra emplazado el artículo 24, recibe el nombre de “Normas Generales”. En

⁷⁸³ SEMPLE, A. “Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 3/2015, pp.171-186 en p.182.

este capítulo se encuentran regulados aspectos como los principios rectores de la contratación pública (art.18), operadores económicos (art.19), los contratos reservados (art. 20), o la confidencialidad (art.21), entre otros; siendo todos ellos preceptos generales que se aplican en un sentido amplio a los contratos públicos.

Consecuentemente, aunque es cierto que el artículo 24 está dirigido expresamente a los Estados Miembros, debemos clarificar que ello no impide que la definición de conflictos de interés, así como su prevención y las posibles responsabilidades que puedan derivarse de un excesivamente laxo control, sea de aplicación, de igual manera, a las entidades contratantes, como se desprende en efecto del considerando 16 –sin el cual no puede hacerse una correcta interpretación del artículo 24– en el que la Directiva 2014/24/UE expone:

Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.

Esto implica que las entidades adjudicadoras no están limitadas a respetar el Derecho nacional, sino que deben aprovechar todas las ventajas que éste ofrezca para prevenir y detectar conflictos de intereses, y en defecto o ausencia de ésta, deben velar por un correcto tratamiento de estas anomalías en los procedimientos de contratación. Es decir, deben tomar una posición activa en la regulación de los conflictos de interés, un mandato que se observa en el resto de preceptos de la Directiva y que es uno de los objetivos subyacentes en su articulado: la garantía de la integridad en los procedimientos y la posición central de los órganos de contratación⁷⁸⁴.

A través de esta interpretación, es razonable apuntar que la referencia que realiza el artículo 24 a los Estados Miembros está dirigida exclusivamente a subrayar que los

⁷⁸⁴ Así lo ha afirmado también la jurisprudencia del TJUE en aplicación del anterior paquete de directivas al afirmar que El poder adjudicador está obligado , en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. TJUE, asunto C-538/13, *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas*, de 14 de octubre de 2013, apartado 66.

mismos deberán tomar nuevas medidas activas en la prevención de estas situaciones. Es decir, que no es suficiente con que se apliquen las medidas existentes, sino que la Directiva 2014/24/UE exige un mayor esfuerzo a los Estados Miembros, que deberá traducirse en medidas concretas, las cuales además deberán ser además reportadas a la Comisión Europea en base a las disposiciones contenidas en el artículo 83.3, siendo por tanto los Estados Miembros los responsables subsidiarios en este sentido.

El segundo párrafo del artículo, por su parte, incluye por primera vez en la legislación europea de contratos una definición de conflicto de interés. Un aspecto esencial para la integridad en la contratación pública, ya que la misma determina el alcance de las actuaciones y de la regulación en la materia. Ésta, en todo caso, es una definición de mínimos⁷⁸⁵, pues la expresión *comprenderá al menos* permite al legislador nacional extender la regulación sobre el conflicto de interés a los casos que estime oportuno siempre y cuando comprenda también aquellos contemplados por la Directiva.

3.2. Características de la definición y posibles limitaciones

a) *Ámbito subjetivo*

En primer lugar, la definición fija un ámbito subjetivo de aplicación que determina las personas que podrán incurrir en conflicto de intereses⁷⁸⁶. En primer lugar, el precepto señala de manera preclara, demostrando una gran comprensión conceptual del conflicto que se pretende regular y las relaciones de agencia intervinientes, que el sujeto que da lugar a un conflicto de interés es un empleado o persona vinculada al poder adjudicador, y no los licitadores o agentes privados intervinientes.

En segundo lugar, es esencial, en este punto, que junto con los funcionarios y empleados públicos tradicionales –que se encuentran, por otra parte, incluidos en la

⁷⁸⁵ MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en pp. 77-104.

⁷⁸⁶ FERNÁNDEZ MALLOL, A.L. “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”. *reALA nueva época*, n.º 2, 2014, p. 3 [Consultado el 05/07/2016] Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=issue&op=view&path%5B%5D=686&path%5B%5D=showToc>

mayoría de definiciones de conflicto de interés históricas⁷⁸⁷—, la definición amplía el alcance subjetivo del fenómeno al incluir a *cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento*. Es decir, que cualquier persona que tenga capacidad real de influenciar el desarrollo o la adjudicación final del contrato debe ser sometida a la política de prevención y control de conflictos de intereses, independientemente de su relación formal con la entidad adjudicadora (ya sea funcionario, trabajador temporal, consejero, experto externo, etc.). Al respecto debemos señalar en primer lugar que, aunque el artículo 24 supone un gran paso adelante en la regulación del conflicto de interés y en la lucha contra la corrupción, autores como FERNÁNDEZ MALLOL han criticado su falta de precisión en cuanto al ámbito subjetivo del mismo, al tildarlo de más limitado que el artículo 21 del propuesta de Directiva aprobada en 2012⁷⁸⁸, el cual, adicionalmente a lo establecido en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, establecía una lista no exhaustiva de personas a las cuales era de aplicación el artículo⁷⁸⁹, una lista no exhaustiva de medidas y herramientas para la detección de conflictos de interés⁷⁹⁰, y una lista no exhaustiva de medidas para poner fin a un conflicto de interés detectado⁷⁹¹. Pero lo cierto es que, en

⁷⁸⁷ véase GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de... op. cit.* en pp. 82-83.

⁷⁸⁸ FERNÁNDEZ MALLOL, A.L. “La integridad del...” *op. cit.* en p. 3.

⁷⁸⁹ Artículo 21.2 de la propuesta de Directiva sobre contratación pública (COM(2011) 896 final: *Las normas mencionadas en el apartado 1 se aplicarán a los conflictos de intereses que afecten al menos a las siguientes categorías de personas:*

(a) *miembros del personal del poder adjudicador, proveedores de servicios de contratación o miembros del personal de otros proveedores de servicios que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación;*

(b) *el presidente del poder adjudicador y los miembros de sus órganos decisorios que, sin intervenir necesariamente en el desarrollo del procedimiento de contratación, podrían no obstante influir en su resultado.*

⁷⁹⁰ Artículo 21.3 de la propuesta de Directiva sobre contratación pública (COM(2011) 896 final: *En particular, los Estados miembros velarán por que:*

(a) *los miembros del personal a los que se hace referencia en el apartado 2, letra a) estén obligados a revelar la existencia de cualquier conflicto de intereses que pueda existir en relación con los candidatos o los licitadores, tan pronto como tengan conocimiento de ese conflicto, a fin de permitir al poder adjudicador adoptar medidas correctoras;*

(b) *los candidatos y los licitadores estén obligados a presentar, al inicio del procedimiento de contratación, una declaración sobre la existencia de vínculos privilegiados con las personas a las que se hace referencia en el apartado 2, letra b), que puedan colocar a esas personas en una situación de conflicto de intereses; el poder adjudicador indicará en el informe individual contemplado en el artículo 85 si algún candidato o licitador ha presentado esta declaración.*

⁷⁹¹ En caso de existir conflicto de intereses, el poder adjudicador tomará las medidas apropiadas, que podrán consistir en la denegación de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades.

cuestiones funcionales, el texto definitivo artículo 24 ofrece las mismas posibilidades que las propuestas mencionadas, e incluso, a nuestro entender, optimiza su alcance al no limitar formalmente su aplicación subjetiva.

Este ámbito de aplicación –en nuestra opinión uno de los mayores aciertos de la regulación del conflicto de interés por el legislador europeo– podemos aventurar que responde, con gran probabilidad, al hecho de que la jurisprudencia del TJUE existente en materia de conflictos de interés a fecha de su elaboración se centraba, casi en su totalidad, en conflictos de interés surgidos en trabajadores de empresas privadas que participaban en las fases previas de la elaboración y diseño del contrato sin relación contractual o laboral formal⁷⁹².

b) *Ámbito objetivo*

Otro aspecto principal a resaltar de la definición que ofrece el artículo 24 es que, a la hora de definir el ámbito objetivo, esto es, los intereses no oficiales –aquellos que divergen de los objetivos de la estrategia de contratación– que pueden dar lugar a un conflicto, deben ser de carácter *financiero, económico o personal*. La amplitud de interpretación de estos tres tipos de intereses es un elemento esencial para asegurar la efectividad de su aplicación en todos los territorios nacionales que integran la UE, en los cuales las tipologías y características de las redes de intereses pueden llegar a variar notablemente (a modo de ejemplo, mientras los lazos familiares son mucho más difusos y limitados en el norte de Europa, la familia en un sentido amplio se configura como uno de los pilares de la organización social básica en los países mediterráneos)⁷⁹³. Por

Cuando un conflicto de intereses no pueda solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento.

⁷⁹² Véase TJCE asunto C-21/03 y C-34/0316, *Fabicom*, de 3 de marzo de 2005; TJCE asunto C-538/07, *Assitur*, de 19 de mayo de 2009; TJCE asunto C-376/08, *Serrantoni*, de 23 de diciembre de 2009.

⁷⁹³ Otras diferencias sustanciales en el tratamiento de los conflictos de interés son puestas de manifiesto por AUBY en relación con los EEUU, Alemania, Francia o Francia, como el carácter irregular o no del fenómeno o la antigüedad regulatoria del mismo. AUBY, J.B. “Corruption and conflict of interest: some comparative comments”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 123-131; es interesante en este sentido, cómo ejemplo de las diferencias sociales en las relaciones, el amplio espectro de relaciones denominado Guanxi, en China, que describe la dinámica básica de las redes de contactos e influencias personales, y que constituye un concepto central de la sociedad china cuya posible función como fuente de conflictos de interés es estudiada por BRAENDLE, U.C., GASSER, T. y NOLL, J. “Corporate Governance in China - Is Economic Growth Potential Hindered by Guanxi?”. *Business and Society Law Review*, vol. 110, n.º 4, 2005. pp. 389-405; PROVVIS, C. “Guanxi” and Conflicts of Interest”.

ello es de destacar el enfoque funcional del artículo al no reducir artificialmente su alcance delimitándolo a aquellos intereses provenientes de determinados grados de relación o vínculos formales⁷⁹⁴.

De este modo, bajo el paraguas del artículo se encontrarían aquellos intereses familiares o de amistad (personales) o aquellos relacionados con los negocios o con un eventual beneficio económico propio o de un tercero (financieros o económicos), pero también aquellos intereses más difusos que a menudo son ignorados en la regulación de este tipo de conflictos, pero que pueden llegar a generar distorsiones a nivel contractual, como aquellos relacionados con aspectos políticos (contrataciones por afinidades ideológicas sin aparente beneficio económico directo), e incluso étnicos o religiosos – estos últimos, aunque en la UE no han tenido una gran incidencia debido a la generalizada laicidad o aconfesionalidad de la población, se ha demostrado un problema real en algunos países africanos⁷⁹⁵.

c) *Naturaleza objetiva del concepto*

En tercer lugar, el artículo establece la naturaleza objetiva del concepto⁷⁹⁶, o en otras palabras, que el poder o la intención de la persona afectada por el conflicto es irrelevante de cara a la calificación de una situación como conflicto de intereses⁷⁹⁷. No es necesario, pues, que la persona tenga la intención de sacar alguna ventaja de dicha situación irregular, sino que basta con su propia existencia objetiva,⁷⁹⁸ lo que contrasta

Journal of Business Ethics, vol. 79, n.º 1/2, 2007, pp. 57-68; HOLMES, L. *Corruption: A Very... Op. Cit.* en . p.1

⁷⁹⁴ La configuración del interés en la definición del artículo 24 es coherente, así, con el análisis de interés propio propuesto en el análisis de la corrupción en el presente trabajo. Véanse pp. 173 y ss.

⁷⁹⁵ IBIDAPO-OBE, B.B. “The many faces of conflict of interests in public procurement in Nigeria”. *7th public procurement research students conference*, 8 y 9 de septiembre 2016, University of Nottingham; JOHNSTON, M. *Syndromes of corruption... op. cit.* pp. 120 y ss.; JOHNSTON, M. *Corruption contention and reform: the power of deep democratization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 119 y ss.

⁷⁹⁶ MEDINA ARNÁIZ, T. “Los conflictos de intereses en la regulación contractual”. (ponencia) En: *Congreso Internacional de Contratación Pública*. Cuenca, 23 de enero de 2015. TJUE, Caso T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 75; STJUE T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartado 115.

⁷⁹⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique* . Presentado al Presidente de la República Francesa el 26 enero 2011, p.15; SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” *op. cit.* en p. 114; GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en...” *op. cit.* en p. 26.

⁷⁹⁸ SEMPLE, A. “Conflicts of interest under EU procurement law”. En: *OLAF/Freedom House Seminar*. Cluj-Napoca, Romania, 27 noviembre de 2015.

con el esencial elemento volitivo necesario para apreciar corrupción y que supone la diferencia principal entre ambos fenómenos⁷⁹⁹.

En otras palabras, es la mera situación objetiva, de apreciación externa al sujeto, la que crea el conflicto y supone en sí misma una disfunción del procedimiento⁸⁰⁰, algo que, como veremos, tiene importantes implicaciones a la hora de analizar otros aspectos del fenómeno.

d) *¿Conflictos de intereses reales, aparentes o percibidos?*

Conviene señalar que la definición del artículo 24 parece interpretarse en el sentido de que no sólo incluye aquellos supuestos de *conflictos de intereses reales*, sino también aquellos *aparentes o percibidos*⁸⁰¹, de forma que conviene diferenciar entre ambas topologías de conflictos⁸⁰². Los conflictos de interés reales serían aquellos en los que realmente existe, de facto, un conflicto de interés de manera evidente; mientras que los conflictos e interés percibidos los formarían aquellas situaciones en las que, independientemente de que exista o no realmente la situación de conflicto, es percibida como tal⁸⁰³.

⁷⁹⁹GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de...* op. cit. en pp. 91 y ss.; GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria...” op. cit. en p. 75; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia...* op. cit. en pp. 150 y ss.

⁸⁰⁰ Así lo afirmó el TJUE ya en 1999 en su STJUE asunto T-277/97, *Ismeri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*, de 15 de junio de 1999, apartado 123: [el] conflicto de intereses constituye en sí mismo y de forma objetiva una disfunción grave, sin que sea preciso tener en cuenta, para su calificación, las intenciones de los interesados y su buena o mala fe; en el mismo sentido, véase COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la modernización...* op. cit. en p. 53.

⁸⁰¹ GIMENO FELIÚ, J.M. “El nuevo paquete legislativo...” op. cit. en p. 45; MEDINA ARNÁIZ, T. “Los conflictos de...” op. cit.; and SEMPLE, S. “Conflicts of interest...” op. cit.; SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” op. cit. en p. 114; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit.; MORENO MOLINA, J.A. “La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 137-167; WU, H. y SUN, X. “Managing Conflicts of Interest in China’s Public Sector: Fighting Corruption at the Early Stage”. *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, n.º 1, 2014, pp. 146-169; MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” op. cit. en pp. 77-104; MELLADO RUIZ, L. *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 142.

⁸⁰² Por ejemplo, un empleado público que es titular de capital en la sociedad XYZ, mientras esa misma compañía se encuentra inmersa en un procedimiento de contratación destinado a abastecer de servicios al propio organismo del empleado público, puede ser acusado de tener un conflicto de interés aparente o, en el caso de que el empleado esté inmerso en el proceso decisorio de la licitación, un conflicto de intereses real. OECD, *Managing Conflict of...* op. cit. en p. 58.

⁸⁰³ BAENA GARCÍA, L. et al. *La gestió dels conflictes d’interès en el sector públic de Catalunya*. Barcelona: Oficina Antifrau de Catalunya, 2016, pp. 34-36.

Pues bien, el artículo 24 parece incluir, entre los conflictos de interés regulados, aquellos denominados conflictos de interés percibidos, al incluir la expresión *que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia*, la cual hace entender que es suficiente con que se perciba una situación de conflicto de interés para poder entender que nos encontramos en un supuesto de los regulados en el artículo 24, y que por tanto en dicho supuesto debería aplicarse la legislación de prevención y control correspondiente.

La obligación del artículo 24, interpretada en este sentido, podría parecer excesivamente amplia, hasta el punto de permitir aplicar medidas tan rigurosas como la exclusión del procedimiento por situaciones en las que no se tiene constancia, ya no del aprovechamiento corrupto de un conflicto de intereses, sino de la propia existencia del conflicto. Pero debemos recordar que las medidas adoptadas deben en todo momento respetar el principio de proporcionalidad, como expondremos a lo largo de las próximas páginas.

Por otro lado, si bien este tipo de clasificación de los conflictos de interés ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria⁸⁰⁴, por importantes organismos internacionales y regionales pioneros en la regulación de este tipo de situaciones como la OCDE⁸⁰⁵, e incluso como veremos, por el TJUE⁸⁰⁶, lo cierto es que consideramos que entra en contradicción con algunas características fundamentales del conflicto de interés, en especial su esencial objetividad, y crea, como expondremos más adelante, ciertas dificultades a la hora de su aplicación práctica por parte de los tribunales.

Tal y como afirma REED, un conflicto de interés es una situación en la que un particular tiene un interés que compromete, *o parece comprometer*, el imparcial y objetivo actuar de sus obligaciones oficiales⁸⁰⁷. Es irrelevante, como ya se ha mencionado, la voluntad real del afectado de aprovecharse o no de dicha situación y la incidencia *real* del conflicto en sus actuaciones. Si un observador externo razonable

⁸⁰⁴ Véase cita 801.

⁸⁰⁵ OCDE. *Managing conflicts of interest in the Public Sector: a toolkit*. París: OECD Publications Service, 2005, p. 7; OCDE. *Managing Conflict of... op. cit* enp. 24.

⁸⁰⁶ Véanse pp. 319 y ss.

⁸⁰⁷ REED, Q. "Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them". *U4 ISSUE Anti-Corruption Resource Centre*, 2008, p. 6.

percibe que existen intereses en conflicto, entonces existe un conflicto de interés, independientemente de que ese conflicto pueda, eventualmente, interferir o no en las actuaciones de dicha persona y generar actos corruptos, e independientemente de las intenciones *reales* de ese sujeto. Es irrelevante que los intereses en conflicto puedan, *de facto*, influir o no en el desarrollo de las actuaciones. El elemento determinante de un conflicto de interés es la *apariencia* de parcialidad, y no la parcialidad en sí misma, que es ya considerada corrupción.

Y es que la diferenciación entre conflictos de interés reales, como oposición a unos conflictos aparentes, puede causar confusión, ya que parece insinuar la inexistencia de los segundos, cuando éstos igualmente reales y igualmente aparentes que los primeros. Debido a su naturaleza objetiva, que implica que su apreciación deba ser siempre externa e independiente de los afectados, sería más apropiado aceptar que los conflictos de interés son siempre una cuestión de apariencia⁸⁰⁸. A la hora de dilucidar la existencia de un conflicto de interés, la pregunta a formular no debe ser si las actuaciones objeto de análisis fueron tomadas de forma parcial, sino en qué medida una persona razonable hubiera concluido que existían intereses en conflicto que podrían poner o haber puesto en riesgo la imparcialidad del acto. En un conflicto de interés es irrelevante si realmente se pone en riesgo la integridad; lo realmente trascendental es si parece que la integridad está en entredicho. Y por ende, no es posible hablar de un conflicto de interés en términos de blanco o negro (real o aparente) y categorizar su existencia o no, sino que la realidad nos muestra más bien una graduación de grises que hacen que la percepción del conflicto sea más leve o más clara dependiendo de las características concretas⁸⁰⁹. Un conflicto, de interés, en definitiva, siempre es una mera cuestión de apariencia.

Esta característica externa y objetiva del conflicto de interés, que hace que no pueda llevarse a cabo una distinción entre conflicto real y aparente, es también la característica principal que separa al conflicto de interés de la corrupción. Y es que, como se ha venido advirtiendo, mientras la corrupción se caracteriza por una

⁸⁰⁸ GORDON, D.I. “Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge”. *Public Contract Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 2005, pp. 25-41 en p. 40; PRIESS, H.J. “Distortions of competition in tender proceeding”. *Public procurement Law Review*, 11, 2002, pp. 153 y ss. en p. 158.

⁸⁰⁹ SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” *op. cit.* en p. 116; LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 131.

voluntariedad y –al menos– un intento de actuación en busca de un resultado, los conflictos de interés son una anomalía estrictamente situacional de apreciación externa al sujeto⁸¹⁰. La referencia a conflictos de interés *reales* crea confusión en tanto en cuanto el término se utiliza para indicar aquel conflicto que tiene una incidencia determinada en el devenir de las actuaciones de contratación⁸¹¹, cuando lo cierto es que una circunstancia tal en una situación conflictiva –la incidencia en el desarrollo del contrato– dejaría atrás el conflicto de interés para convertirse de manera automática en un caso de corrupción.

Conviene aclarar, como bien viene apuntando CERRILLO I MARTÍNEZ, que el conflicto de interés no es sino la antesala de la corrupción⁸¹². Y siguiendo con la analogía, lo que debemos de tener claro es cuándo se abre la puerta que deja atrás la antesala, que representa el conflicto, para pasar al salón de la corrupción. Pues bien, esa puerta, el marco que separa un fenómeno y otro, debemos identificarla con cualquier injerencia concreta o intento de influir en el procedimiento de contratación. Por ello, lo que parece entenderse en ocasiones como un conflicto de interés real, esto es, que afecta realmente al procedimiento de contratación, debe ser considerado ya como un caso de corrupción.

Cualquier caso de corrupción encierra –ya que proviene de él– un conflicto de interés⁸¹³, pero éste actúa como una situación previa⁸¹⁴, la cual conviene diferenciar de aquella porque, como afirma REED, los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino un fenómeno que ocurre de forma natural fruto de la organización social moderna, debido al propio hecho de que las personas ocupan más de un rol social de manera simultánea⁸¹⁵.

⁸¹⁰ REED, Q. “Sitting on the fence...” *op. cit.*

⁸¹¹ TJUE, asunto T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 85; TJUE, asunto T- 556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 abril 2016, apartado 40.

⁸¹² CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 30; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en pp. 187 y ss; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, pp. 77-91; véase a su vez IBIDAPO-OBE, B.B. “The many faces...” *op. cit.*; SPECK, B.W. “Conflict of Interest: Concepts, Rules and Practices regarding Legislators in Latin America”. *The Latin Americanist*, vol. 49, n.º 2, 2008, p. 67.

⁸¹³ MORENO MOLINA, J.A. *et al. Claves para la aplicación...* *op. cit.* en p. 51.

⁸¹⁴ IBIDAPO-OBE, B.B. “The many faces...” *op. cit.* en p. 2.

⁸¹⁵ REED, Q. “Sitting on the fence...” *op. cit.* en p. 7.

Todas estas características bien pueden interpretarse de la forma expuesta en el propio precepto 24 de la Directiva 2014/24/UE, el cual a nuestro entender es altamente acertado ya que admite todas las interpretaciones que exponemos en el presente trabajo. Pero, no obstante, como se ha mencionado, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen acoger la división entre conflicto aparente y real, la cual no compartimos y de cuyas implicaciones prácticas nos ocuparemos más adelante en el trabajo.

e) Conflictos de interés directos e indirectos

Finalmente, una de las últimas características que introduce el artículo 24 es incluir los conflictos de interés *directos e indirectos*, lo que tiene diferentes implicaciones. En primer lugar significa que el conflicto de intereses puede surgir entre intereses de dos –o más– personas diferentes, es decir, que el beneficiario de un eventual acto corrupto fruto de un conflicto de interés no tiene por qué ser la misma persona en la que se genera el conflicto. Esto sucedería en los casos en los que se producen conflictos de interés por cuestiones familiares, de amistad, etc., en los que el beneficiario de eventual acto irregular es un tercero diferente del empleado público.

Pero, quizá más importante, el conflicto de interés indirecto también hace referencia a aquellos casos en los que los intereses en conflicto no confluyen estrictamente en el agente, sino en terceras personas, físicas o jurídicas, que tienen un determinado vínculo con él de forma menos evidente. El ejemplo típico de un conflicto de interés indirecto es aquel que se produce por intereses partidistas, en los que lo que está en juego es el interés de un tercero, el partido político, que recibe o puede recibir donaciones de alguno de los licitadores, algo que únicamente de manera indirecta beneficia al político concreto.

Otra modalidad de conflicto indirecto es aquel provocado por el propio funcionamiento de la red empresarial, que puede generar conflictos colaterales en aquellos casos en que alguno de los agentes encargados de llevar a cabo el procedimiento participe, a su vez –e incluso que lo haga alguno de sus familiares o conocidos–, de los beneficios, ya sea como accionista o administrador directo, de una empresa no licitadora que tenga algún negocio o relación económica con una de las

licitadoras, ya sea a modo de proveedor, subcontratista, como socios en algún proyecto diferente, o de cualquier otra forma que haga indicar que dicha empresa no licitadora, sobre la que existen intereses, podría verse beneficiada indirectamente, si quiera por la buena marcha de la empresa licitadora, de una eventual adjudicación del contrato⁸¹⁶. Se trata de conflictos que, en ocasiones, no afloran hasta una fase avanzada del contrato – especialmente en lo que se refiere a los subcontratistas⁸¹⁷.

Todas estas tipologías de conflictos indirectos incluirían, en definitiva, aquellas situaciones difusas de conflicto, en las que deberá hacerse un análisis individualizado del grado de riesgo por parte de las entidades adjudicadoras. Así, podemos concluir en definitiva que la definición del artículo 24 insiste en una interpretación amplia del ámbito de aplicación del conflicto de interés que responde convenientemente a la naturaleza del fenómeno y que enmarca de forma notable el posible desarrollo legislativo, las actuaciones judiciales o administrativas que se tomen en la materia.

3.3. Los otros conflictos: el conflicto de interés del artículo 58.4

Separado del conflicto de intereses regulado en el artículo 24, la Directiva introduce, aunque de una forma que podríamos denominar *accesoria*, un segundo tipo de conflicto de interés en su artículo 58.4, al regular los criterios de solvencia, cuando expone que *los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato*.

Aunque este tipo de conflictos no son objeto principal de estudio en el presente trabajo por no afectar a casos de corrupción –sí que podrían derivar en casos de fraude–, creemos conveniente hacer una breve referencia a ellos para diferenciarlos de los recogidos en el artículo 24, algo que no hace la Directiva y que, sin embargo, puede tener implicaciones a la hora de aplicar, por ejemplo, medidas auto-correctoras⁸¹⁸.

⁸¹⁶ GORDON, D.I. “Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge”. *GWU Law School Public Law Research Paper*, n.º 127, Febrero de 2015, p. 8. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=665274> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.665274>

⁸¹⁷ LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 131 y ss.

⁸¹⁸ SEMPLE, A. “Classification, Conflicts of...” *op. cit.* en pp. 181-182.

Así, dejando de un lado la precariedad de la redacción española de este párrafo, que desde luego no va a ser exhibido como modelo de buen castellano (el texto transcrito se puede encontrar de manera literal en la versión en español de la Directiva), en el artículo 58.4 el legislador europeo se refiere a aquellos conflictos de interés causados por una relación de agencia entre la entidad adjudicadora (como principal) y el adjudicatario del contrato (como agente) –es decir, en la relación contractual estricta–, mientras que aquellos recogidos en el artículo 24, como hemos visto, comprenden conflictos generados en la relación de agencia entre la entidad adjudicadora (principal) y el empleado público (agente)⁸¹⁹. Ya que en una relación de agencia los conflictos de interés surgen en todo momento en la figura del agente, este tipo de conflictos –los del artículo 58.4– se generan en el licitador o potencial adjudicatario, debido a intereses contrapuestos fruto de su actividad, mientras que, recordemos, en el conflicto de interés del artículo 24 los intereses en conflicto convergían en el empleado público⁸²⁰.

Este tipo de conflictos, que podríamos denominar conflictos de ejecución o de solvencia, son lo que la doctrina ha denominado conflictos de interés organizacionales –es decir, que es una organización, y no una persona, la que genera el conflicto⁸²¹– y tienen lugar cuando la compañía que presenta una oferta a un concurso público, desarrolla determinadas actividades –o tiene interés económico en el desarrollo de determinadas actividades– que entran en conflicto con la prestación que sería objeto de ejecución en caso de adjudicación del contrato (Ej.: conservación de los bosques vs industria maderera). Es decir, se trata de un conflicto de entre intereses empresariales legítimos en el que no intervienen aspectos personales.

El hecho de que este conflicto sea concebido como autónomo y desvinculado de aquel regulado en el artículo 24 implica, entre otras cosas, la no aplicación del resto de medidas ligadas a dicho artículo 24. En consecuencia, no está concebido como causa de exclusión –aunque su aplicación pueda derivar *de facto* en la exclusión (o denegación de participación) del licitador como consecuencia de la falta de solvencia–, lo que

⁸¹⁹ SEMPLE, A. “Classification, Conflicts of...” *op. cit.* en p.181.

⁸²⁰ Véanse pp. 271 y ss.

⁸²¹ GORDON, D.I. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 3; HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The Evolution of Organisational Conflicts of Interest Law in Europe and the United States”. *Public Procurement Law Review*, 3, 2006, pp. 137 y ss.; LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en pp. 111 y ss.; PASLEY, R.S. “Organizational conflicts of interest in government contracts”. *Wisconsin Law Review*, n.º 5, 1967.

implica a su vez que no sea preceptiva la aplicación del principio de proporcionalidad previsto para las causas de exclusión potestativas del artículo 57.4 –o, en todo caso, no de la misma forma– o que no le sean de aplicación los preceptos relativos a las medidas auto-correctoras o de *self-cleaning*, ya que el artículo 57.6 limita exclusivamente su aplicación a los apartados 1 y 4 del mismo⁸²².

Pero, paradójicamente, al tratarse los conflictos del artículo 58 de situaciones que se generan en la actividad del operador económico, es éste el que tiene la capacidad, si es que es posible, para poder poner fin a esta anomalía o disfunción, y sin embargo la Ley no prevé la apreciación de medidas autocorrectoras en este punto. Estas cuestiones esenciales podrían, en su aplicación práctica, reducir la capacidad de defensa efectiva por parte de los licitadores afectados por estas situaciones, que a consecuencia su falta de cumplimiento con los requisitos de solvencia puede quedar en la práctica excluido del procedimiento a causa de estas situaciones⁸²³.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN

El conflicto de intereses, siendo una de las principales novedades que introdujo la Directiva 2014/24/UE, presenta también importantes retos, y en este sentido, quizá sea criticable que su regulación se reduzca casi exclusivamente a la definición del artículo 24 y no encontremos grandes soluciones en el texto legislativo más allá de este marco conceptual. Sin embargo, una vez hemos visto el alcance y características del conflicto de interés regulado, podemos permitirnos acometer con ciertas garantías los mecanismos legales de su aplicación, entre los que juega un papel trascendental el principio de proporcionalidad.

⁸²² SEMPLE, A. “Classification, Conflicts of...” *op. cit.* en pp. 181-182; TJUE asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06, *SECAP SpA y Santorso Soc. coop. arl vs Comune di Torino*, 15 de mayo de 2008, apartado 31; TJUE asunto C-159/11 *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce and Others*, 19 de diciembre de 2012, apartado 23; y Asunto C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL (n.y.r.)*, 16 de abril de 2016, apartado 16.

⁸²³ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2014/24”. En: LICHERE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (eds.) *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*. European Procurement Law Series, Copenhagen: Djøf Publishing, 2014, pp. 97-129 en p. 118.

Así, cabe destacar que la Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones, desarrolla ligeramente la forma de aplicación de los sistemas de prevención del conflicto de interés en el artículo 35, el cual, por lo demás, es prácticamente una transcripción literal del artículo 24 estudiado en la Directiva general⁸²⁴. El citado artículo 35 incluye un párrafo adicional que establece: *en lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados*. En otras palabras, impone la aplicación del principio de proporcionalidad a todas aquellas medidas que se tomen en ejercicio de la tarea de prevenir o corregir conflictos de interés. Desconocemos la razón por la que este último párrafo fue eliminado(o no incluido) del artículo 24 de la Directiva 2014/24⁸²⁵, pero parece irracional suponer que dicha supresión signifique la no aplicación del principio de proporcionalidad a los conflictos enmarcados en el ámbito de la Directiva 2014/24 en contraposición con aquellos que tienen lugar en contratos de concesión. Más aún si tenemos en cuenta que éste está contemplado como uno de los principios generales de la contratación pública en el artículo 18.1 de la misma norma.

Además, el principio de proporcionalidad puede inferirse en el escaso desarrollo normativo relativo a la aplicación del conflicto de interés en el resto de la Directiva 2014/24. De hecho, si fijamos la atención en otras referencias regulatorias que afectan de una u otra forma a la problemática de los conflictos de intereses, especialmente aquellas del artículo 57.4 (causas de exclusión) y 58.4 (medidas autocorrectoras), podemos atisbar el papel principal reservado al principio de proporcionalidad en estos supuestos, los únicos que desarrollan la definición del artículo 24, en los que la

⁸²⁴ Contenido de los dos primeros párrafos del artículo 35: *Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.*

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

⁸²⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ coincide con nuestra apreciación, considerando errónea la exclusión en la Directiva 2014/24 por parte del legislador europeo MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia... op. cit.* en pp. 150 y ss.

regulación del conflicto de interés presenta algunas singularidades sobre las que conviene llamar la atención.

4.1. El conflicto de interés como causa de exclusión.

En primer lugar, centrando nuestra atención sobre el artículo 57.4, regulador del conflicto de intereses como motivo de exclusión, advertimos que mientras el resto de causas de exclusión contenidas en la Directiva son aspectos que afectan únicamente al operador económico, dependen exclusivamente de él y se derivan de su actividad (hablamos de delitos de fraude, corrupción, blanqueo de capitales, incumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental, etc.), la situación de conflicto de intereses como la definida en el artículo 24 presenta dos características ya mencionadas que la hacen ajena al operador económico:

- (1) Se genera en el seno del poder adjudicador. Concretamente en una o varias personas participantes en el contrato, que actúan como agentes gestores de intereses públicos, y que tienen a su vez unos intereses particulares que entran en conflicto con los primeros; y no, por tanto, entre el órgano de contratación y el operador económico, cuyos intereses siempre están, en base a las leyes del libre mercado (como cliente por un lado –administración–, y prestador de servicios por otro –operador económico–), en cierto modo enfrentados⁸²⁶. Además, esta característica la corrobora la propia Directiva al regular el ámbito subjetivo del conflicto de intereses: *los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento (art.24)*⁸²⁷.
- (2) Tiene una naturaleza objetiva, lo que implica que: (1) es de apreciación externa, ajena a la voluntad de los afectados; y (2) los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino un fenómeno que ocurre de forma natural fruto de la organización social y administrativa moderna⁸²⁸.

⁸²⁶SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “La aplicación de...” *op. cit.* en pp.103-110

⁸²⁷Véase lo expuesto en pp. 271 y ss.

⁸²⁸ Véase cita 815.

La existencia de un conflicto de interés es, pues, meramente circunstancial, y en caso de aparición, en su nacimiento únicamente puede atribuirse al operador económico una función marginal⁸²⁹. Mientras el resto de las causas de exclusión tratan de sancionar a empresas por realizar prácticas que se consideran no deseables o perjudiciales para los intereses generales, el conflicto de intereses supone una situación que no genera, *per se*, perjuicio o ilegalidad alguna, sino que se configura como una situación objetiva de riesgo,⁸³⁰ y cuyo nacimiento, y en su caso resolución, no dependen del operador económico, el cual tiene capacidad muy limitada para actuar por no ser el foco del conflicto⁸³¹.

En consecuencia, la exclusión de un operador económico a causa de una situación de conflicto de intereses, sanciona a dicha empresa (impidiendo su participación en el procedimiento) por una situación que le es en cierto modo ajena⁸³². A estas particularidades habría que añadir los riesgos clásicos identificados en las exclusiones de licitadores, como la limitación de la competencia y la lesión el principio de libre concurrencia⁸³³, que disminuyen la capacidad de eficiencia del procedimiento de contratación, e incluso el riesgo de que, a pesar de la exclusión, y dado que el conflicto reside en el empleado público, el comportamiento de éste pueda seguir siendo parcial para con el resto de licitadores –puede, así, que una exclusión deba ir acompañada de la recusación de los empleados públicos en conflicto⁸³⁴.

Del análisis de estas características particulares no debe extraerse la conclusión de que un conflicto de interés no deba dar lugar a exclusión, pero sí que se trata de una

⁸²⁹ PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en pp. 153 y ss.

⁸³⁰ SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” *op. cit.* en p. 114.

⁸³¹ PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en p. 158; PRIESS, H.J. “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”. *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 112-123

⁸³² HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The...” *op. cit.* en pp. 137 y ss

⁸³³ No debemos olvidar que, como afirma DÍEZ SASTRE, las normas europeas sobre contratos públicos siguen pivotando en torno a un objetivo fundamental de buen funcionamiento del mercado y de competencia entre los operadores económicos, DÍEZ SASTRE, S. “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) *Observatorio de los contratos públicos 2014*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, p. 63.

⁸³⁴ PRIESS afirma que: *a member of the decision-making body of a contracting authority who has a special relationship to one of the bidders may, even after the exclusion of that bidder, not be totally impartial with regard to the remaining competitors*. PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en p. 162; DARLEY, R.G. “Personal conflicts of interest digest”. *Public Contract Law Journal*, 20, 1991, pp. 302 y ss.

herramienta que, debido a los pormenores señalados, ha de ser utilizada con especial cautela. Y así lo considera la propia Directiva al incluir en su artículo 57.4.e), que regula la exclusión por conflictos de interés y establece que ésta únicamente deberá llevarse a cabo *cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos*. Dicha afirmación supone la materialización del principio de proporcionalidad, ausente en el artículo 24 pero que, por otra parte, debe aplicarse a todas las causas de exclusión potestativas, como recuerda el considerando 101:

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión.

En este sentido, conviene citar significativa jurisprudencia del TJUE en la que se desarrolla el carácter esencial del principio de proporcionalidad en la aplicación de aquellas estipulaciones que impliquen la exclusión de licitadores, como ocurre en la opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016⁸³⁵. En términos generales, el caso versa sobre un supuesto en el que el licitador había sido declarado culpable de falta profesional grave (causa de exclusión potestativa bajo la Directiva 2004/18, que era la legislación de aplicación al caso), la cual estaba recogida en los pliegos de contratación de forma expresa como una causa de exclusión automática⁸³⁶, y la entidad adjudicadora, no sólo permitió participar a la citada empresa, sino que le adjudicó finalmente el contrato.

En su razonamiento, el AG, cuestionando el fallo del TJUE⁸³⁷, argumenta que el principio de proporcionalidad debe prevalecer frente a las disposiciones contenidas en

⁸³⁵ Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*; Véase a su vez, Sentencia TJUE asunto C-27/15, *Pippo Pizzo vs CRGT Srl*, de 2 de junio de 2016.

⁸³⁶ Tal y como afirma el AG, según el apartado 3.1 (“Causas de exclusión y requisitos de idoneidad”) del documento descriptivo [del contrato], “la oferta a la que sea aplicable una causa de exclusión será eliminada y no se tendrá en cuenta para el ulterior examen (material). En apartado 12.

⁸³⁷ El TJUE entendió en la sentencia que *habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra b), que las disposiciones de la Directiva 2004/18, en*

los pliegos de contratación, los cuales *no pueden desentenderse de las [normas] más generales que les brindan cobertura* (párrafo 51). Por ello, continúa, *el silencio del documento descriptivo sobre esta aplicación, imprescindible e individualizada, del principio de proporcionalidad, no puede conducir a obviarlo* (párrafo 51).

El AG viene a advertir de que, en aquellos casos en los que la causa de exclusión no esté prevista como automática u obligatoria en el articulado de las directivas o la legislación nacional, los documentos de contratación no pueden, a no ser que la transposición en la ley nacional así lo prevea, convertirla en causa de exclusión automática, y en todo caso será aplicable el principio de proporcionalidad. El razonamiento entronca directamente con la naturaleza y fundamento jurídico de la exclusión, que la convierten en una medida excepcional, lo que impide que pueda aplicarse de forma extensiva⁸³⁸. Por ello, en el caso mencionado, concluye diciendo que *la circunstancia de que, para sopesar una de esas causas de exclusión, expresamente recogidas en dicho documento, acudiera al canon de proporcionalidad, no incorporado de modo explícito a él, pero demandado por las reglas generales de los Países Bajos en la contratación pública (así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), es, a mi entender, compatible con los principios de igualdad de trato y su corolario, el de la actuación transparente* (párrafo 58)⁸³⁹.

Esta interpretación es reforzada en la nueva Directiva 2014/24 para el caso de los conflictos de interés, como pone de manifiesto la redacción del artículo 57.4 en el que, a pesar de que, como se ha mencionado, el principio de proporcionalidad debe aplicarse a todas las causas de exclusión⁸⁴⁰, únicamente se expone de manera expresa la

particular, su artículo 2 y el anexo VII A, punto 17, de dicha Directiva, leídas a la luz del principio de igualdad de trato, así como de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un poder adjudicador decida adjudicar un contrato público a un licitador que ha cometido una falta profesional grave debido a que la exclusión de dicho licitador del procedimiento de adjudicación habría sido contraria al principio de proporcionalidad, siendo así que, con arreglo a las condiciones de la licitación de dicho contrato, debía procederse imperativamente a la exclusión de los licitadores que hubieran incurrido en una falta profesional grave sin tomar en consideración el carácter proporcionado o no de dicha sanción. TJUE, asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016, apartado 44.

⁸³⁸ MEDINA ARNÁIZ, T. “Las prohibiciones de contratar”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 749-802 en pp. 752-753.

⁸³⁹ Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016.

⁸⁴⁰ MEDINA ARNÁIZ, T. “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos*

aplicación del mismo en la letra e), relativa al conflicto de intereses, y f), relativa a la exclusión por participación previa en el la preparación del procedimiento de contratación –la cual, en todo caso, no deja de ser una tipología de conflicto de interés sobre el que la Directiva parece querer poner una atención especial al regularlo como una causa de exclusión específica⁸⁴¹. Se refuerza así, para estos casos, la idea de que un operador sólo debe ser excluido por dichas causas como último recurso, y el principio de proporcionalidad debe ser especialmente observado en la aplicación del mencionado párrafo. La redacción de los conflictos de interés como causa de exclusión viene a plasmar una significativa jurisprudencia del TJUE en la que deja claro que *no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores*⁸⁴², mientras que *en cambio, la existencia de un conflicto de intereses debe*

públicos. Las nuevas directivas de contratación pública. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 383-394; PRIESS, H.J. “The rules on...” *op. cit.* en pp. 112-123. De hecho, el TJUE ha venido advirtiendo de la obligación que tienen los poderes adjudicadores, en atención al carácter excepcional de la exclusión y a la necesidad de respetar el conflicto de intereses, de requerir clarificación a los operadores económicos incurso en causas de exclusión *cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto [...] indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones.* TJUE, asunto T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV*, de 10 de diciembre de 2009, apartado 56; véanse, en el mismo sentido, los comentarios al respecto de SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Exclusion, qualitative selection...” *op. cit.* en p. 104.

⁸⁴¹ Quizá esta distinción entre conflictos de interés “estrictos” y aquellos derivados de participación previa en el contrato responda a la inspiración del legislador europeo en la tradición reguladora de conflictos de interés americana. En EEUU, la tradición jurídica en materia de contratación pública divide los conflictos de interés en dos tipologías, conflictos de interés personales y conflictos de interés organizacionales, refiriéndose los segundos, entre otros, a los generados por la participación de las empresas en alguna de las fases contractuales como asesor o prestador de servicios de poder adjudicador, regulándose históricamente de manera independiente. TAYLOR, J.W. “Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation”. *Public Contract Law Journal*, 15, 1984, pp. 107 y ss.; HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The...” *op. cit.* en pp. 137 y ss.

⁸⁴² En este sentido, STJUE asunto T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartados 116 y 117; STJUE asunto T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 76; Véase a su vez GÓMEZ FARIÑAS, B. “Comentario a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de abril de 2016. La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de directivas”. *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 148, 2017; el profesor GIMENO FELIÚ ya advertía en su análisis del texto de las directivas de que *la solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la renuncia de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar).* GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria...” *op. cit.* en p. 76.

*llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público*⁸⁴³.

4.2. Las medidas autocorrectoras o self-cleaning y sus (im)posibilidades de aplicación

Vinculado a lo expuesto hasta ahora en relación con la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad en las exclusiones facultativas se encuentra la novedosa –al menos en relación al derecho de la UE⁸⁴⁴– incorporación de las denominadas medidas autocorrectoras, las cuales actúan como complemento de las causas de exclusión en su función de motivación de reformas y de cumplimiento normativo en el sector privado. Así el artículo 57.6 establece que todo operador que se encuentre en causa de exclusión de los apartados 1 y 4:

[...] podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

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

⁸⁴³TJUE, asunto T- 556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 de abril de 2016, apartado 46; T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 76; TJCE asunto C-315/99, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, de 10 de julio de 2001; TJCE asunto C-21/03 y C-34/0316, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005; TJCE asunto C-538/07, *Assitur*, de 19 de mayo de 2009; TJCE asunto C-376/08, *Serrantoni*, de 23 de diciembre de 2009; en el mismo sentido, aunque a nivel nacional, véase el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en p. 16

⁸⁴⁴ Este tipo de medidas llevan ya aplicándose en EEUU desde hace algunos años, en los que de hecho, determinadas medidas autocorrectoras relacionadas con el compliance anticorrupción son obligatorias para contratar con el Estado desde 2008. RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario europeo)”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 268, 2017, pp. 787-823 en p. 794; MEDINA ARNÁIZ, T. “Las prohibiciones de...” *op. cit.* en p. 782.

de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Sin embargo, las importantes bondades que la aplicación de este artículo puede ofrecer en resto de causas de exclusión –incentivar al sector privado en la corrección de irregularidades o la posibilidad de defensa–, no parecen tan evidentes en el caso de los conflictos de interés. Debido a las características diferenciales que venimos señalando en el presente capítulo con respecto al resto de causas de exclusión⁸⁴⁵, su implementación ofrece más problemas interpretativos.

En primer lugar, cabe plantearse, dado que el foco del conflicto de interés se encuentra en la entidad adjudicadora –concretamente en alguno de sus empleados o participantes en el procedimiento contractual⁸⁴⁶–, hasta qué punto un operador económico puede tomar medidas efectivas –y demostrables– para erradicar un conflicto de intereses existente. Y es que, en efecto, éste tiene apenas una mínima capacidad para modificar de forma unilateral la situación existente –salvo, quizá, a través de la expulsión total de la empresa de la persona o personas en cuestión inmersas en conflicto de interés, algo que, además de ser complejo en base al derecho laboral y sus políticas de despidos, es una solución poco realista si tenemos en cuenta que los conflictos de intereses, las más de las veces, surgen en relación al propietario de la empresa o los miembros de la dirección de la misma (o, de manera más amplia, con la propia empresa), que difícilmente pueden ser apartados de la entidad. El operador económico es pues, a pesar de lo que se desprende del artículo 57.6, virtualmente incompetente para poder resolver un conflicto de intereses, ya que éstos sólo pueden ser rectificadas de manera efectiva por parte del poder adjudicador, principalmente a través de la exclusión del procedimiento del empleado público que genera el conflicto, o mediante una regulación determinada de la publicidad de las informaciones del procedimiento y la información que se califica como confidencial.

Además, las dudas sobre la idoneidad de la aplicación de medidas *self-cleaning* a los conflictos de interés del artículo 24 se hace más poderosa si las relacionamos con la

⁸⁴⁵ Para el análisis de las medidas *self-cleaning* en materia de corrupción véanse pp. 381 y ss.

⁸⁴⁶ En este punto volvemos a remitirnos a nuestras consideraciones en torno al conflicto de interés y la relación de agencia en pp. 271 y ss.

regulación del otro tipo de conflicto de interés recogido en la Directiva—cuya naturaleza ya ha sido analizada previamente en el trabajo⁸⁴⁷—, referido en su artículo 58.4, relativo a los criterios de selección de capacidad técnica y profesional⁸⁴⁸. Como hemos señalado, en este caso estaríamos ante conflictos en el seno de la actividad del licitador, entre la actividad que éste deberá realizar si resulta adjudicatario del contrato, por un lado, y otros intereses que la propia empresa tenga en su actividad económica, por otro. Aquí, por tanto, sí que cabría pensar en una posibilidad viable de autocorrección unilateral por parte del licitador, que podría fundamentar, a través de reformas organizativas o estructurales dentro del funcionamiento de la empresa y sus órganos de decisión, que las dos actividades en apariencia en conflicto responden a procesos decisorios estancos e individualizados que hacen que el conflicto de interés aparente en sus actividades no pueda nunca interferir *de facto* la correcta ejecución del contrato.

Pero, paradójicamente, como ya se ha apuntado, este tipo de conflictos de interés de ejecución o de habilidad, al estar contemplados como criterio de solvencia técnica o profesional y no como causa de exclusión, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de las medidas autocorrectoras del artículo 57.6.

Continuando con el análisis del artículo, debemos señalar que las mismas características especiales que venimos mencionando, hacen que el párrafo segundo del precepto sea aún más difícil de aplicar a la casuística del conflicto de interés del artículo 24. El mencionado párrafo prevé que, para que una medida de self-cleaning deba ser considerada suficiente, el operador económico ha de demostrar que ha pagado la indemnización, ha colaborado con las autoridades investigadoras y ha tomado las medidas para que “el delito o falta” no vuelva a acontecer en su entidad. Estos escenarios son de imposible aplicación a los conflictos de interés, en primer lugar, porque no existe ninguna falta o delito que afecte a las empresas en base a un conflicto de intereses —por tanto no existe indemnización a pagar, ni daño que reparar, ya que no existe ilícito alguno por su parte⁸⁴⁹. Y de hecho, a modo de ejemplo, conviene señalar que las únicas sanciones contempladas en el ordenamiento español ordenamiento en

⁸⁴⁷ Véanse pp. 292 y ss.

⁸⁴⁸ Art. 58.4: *los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato.*

⁸⁴⁹ Véanse pp. 287 y ss.

materia de conflicto de interés lo son con respecto a los trabajadores públicos⁸⁵⁰, pues es de ellos, y no del sector privado, de donde surgen estas situaciones anómalas.

Tras lo expuesto, se antoja evidente que las causas de exclusión por causa de conflicto de intereses y su correspondiente posibilidad de introducir medidas de self-cleaning, tal y como están reguladas en la Directiva 2014/24/UE, implican una serie de complicaciones interpretativas que hacen cuestionarse si la forma en la que dichas medidas han sido reguladas era la más conveniente de cara a ofrecer claridad, eficiencia en la aplicación y seguridad jurídica a los procedimientos de contratación pública en general y a las situaciones de conflicto de intereses en particular. Desde nuestra opinión, entendemos que el legislador europeo, al desarrollar la aplicación de las medidas de conflicto de interés ha obviado, en este caso, las características de los dos diferentes conflictos de intereses y de las propias medidas self-cleaning, que hacen que sea, al menos, cuestionable, si la regulación de las mismas es la más idónea, o si por el contrario otra configuración normativa hubiera sido más apropiada de cara a asegurar la correcta regulación de ambos casos de conflictos de interés de la mejor manera posible para preservar los principios de libre competencia y eficiencia que actúan como pilares de la contratación pública, que quizá hubieran reclamado la aplicación de las medidas correctoras en los conflictos de interés de actividad (regulados en el art. 58.4) o una regulación diferenciada de las self-cleaning aplicables a los supuestos del artículo 24.

5. DETECCIÓN Y CONTROL DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS POR PARTE DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS

La Directiva impone a las entidades adjudicadoras la obligación de *hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses*

⁸⁵⁰La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado establece en su artículo 3.1 que su ámbito de aplicación afecta a “*los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla*”. Y de igual manera sucede con la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo segundo enumera una serie de personas a las que será de aplicación las incompatibilidades de la ley dirigidas a evitar conflictos de interés, siendo todas las tipologías funcionarios pertenecientes al Sector Público.

(considerando 16). Hecho que ha sido ratificado por el TJUE, que se encarga de clarificar que el *poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses*⁸⁵¹. Estas afirmaciones conllevan la necesidad de iniciación de importantes diligencias por parte de las entidades adjudicadoras a lo largo de todo el procedimiento de contratación⁸⁵² que, sin embargo, no han sido abordadas de forma concreta por el legislador y únicamente lo han sido de forma tangencial por la mayor parte de la jurisprudencia⁸⁵³. Por ello, en las próximas páginas trataremos de arrojar algo de luz sobre este punto, que se configura como crucial en la correcta prevención del conflicto de interés en la contratación pública, abordando dos aspectos clave: su tratamiento material y la articulación formal de las actuaciones del poder adjudicador.

5.1. Cuestiones de fondo: la importancia del *timing* en la detección y reparación de conflictos

En primer lugar, creemos conveniente llamar la atención sobre determinadas cuestiones de la aplicación material de lo estudiado hasta ahora, y en concreto sobre aquellas situaciones derivadas de la obligación de perseguir los conflictos de interés a lo largo de todo el procedimiento y de los diferentes escenarios que pueden presentarse en el momento de la detección de conflicto. Así, en el ejercicio de su función de garante de la integridad y valiéndose de los medios legalmente permitidos, los cuales estudiaremos con mayor detalle más adelante en el presente trabajo⁸⁵⁴, la entidad adjudicadora debe tratar de detectar un conflicto de interés por su propia iniciativa para, posteriormente, tomar las medidas adecuadas para su control o erradicación, sobre las cuales la Directiva no proporciona ninguna guía más allá de la imperativa aplicación del principio de proporcionalidad. A la hora de llevar a cabo estas actividades, el margen de actuación del órgano contratante y el abanico de medidas que podrá adoptar dependerá

⁸⁵¹ TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 43.

⁸⁵² En este sentido, conviene señalar que el artículo 57.5 de la Directiva 2014/24 prevé expresamente que la exclusión de un licitador puede llevarse a cabo en cualquier momento del procedimiento: *Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4.*

⁸⁵³ A lo largo de las siguientes páginas se expondrán una serie de pronunciamientos que dibujan un posible criterio de actuación, pero que no ofrecen en ningún caso soluciones concretas.

⁸⁵⁴ En concreto, a partir de la p. 357.

en buena medida del momento en el que el conflicto de interés se haga visible⁸⁵⁵. Y en este sentido, podemos identificar *prioritres* diferentes niveles de “desarrollo” del conflicto de interés en función del momento contractual en el que se identifiquen.

(1) En primer lugar, encontramos los conflictos de interés “puros”, que conforman la situación ideal de identificación. En este escenario, que generalmente tiene lugar cuando el conflicto es detectado durante las primeras fases del contrato, la situación anómala no ha desplegado aún ningún efecto sobre el contrato, de forma que únicamente existe un riesgo de una potencial ventaja indebida o decisión arbitraria futura. Este conflicto de interés puede ser resuelto a través de medidas organizativas, entre otras la exclusión o recusación del empleado público, político o experto externo generador del conflicto⁸⁵⁶, o a través de medidas de publicidad que garanticen un control sobre una posible arbitrariedad en las decisiones⁸⁵⁷. Alternativamente, el poder adjudicador puede, después de una debida investigación y motivando su decisión, concluir que el conflicto de intereses no existe o es suficientemente débil como para no ser considerado pernicioso para la objetividad del órgano de contratación, y decidir por tanto no actuar frente a dicha situación.

(2) Sin embargo, la problemática es mayor si el conflicto de intereses es detectado con posterioridad en el proceso, cuando éste ya ha desplegado o ha podido desplegar

⁸⁵⁵ La Comisión Europea, a través de la OLAF, ha elaborado una guía de prevención en materia de conflictos de interés y expone las siguientes medidas para controlar o remediar una de estas situaciones (si bien es cierto que no especifica diferencias sustanciales en función del grado de desarrollo del conflicto de interés identificado:

- cuando proceda, analizar los hechos con la persona implicada para aclarar la situación
- excluir a la persona en cuestión del procedimiento de contratación pública, tanto si se trata de un miembro de la plantilla como si es un experto externo,
- cambiar el reparto de funciones y responsabilidades del personal,
- cancelar el procedimiento de contratación pública.

OLAF. *Detección de conflictos...* op. cit. en p.16.

⁸⁵⁶ PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” op. cit. en p. 156.

⁸⁵⁷ Pensemos, en este punto, en aquellos municipio de pequeño tamaño (menos de 1.000 habitantes) en los que, a la hora de licitar un contrato, es difícil lograr una situación totalmente libre de conflicto, sobre todo de aquellos conflictos indirectos o difusos: ser cliente de su empresa, conocer personalmente a la persona propietaria o a alguno de los trabajadores, etc. Este tipo de conflictos difusos tendrán difícil solución a no ser que todos los miembros del panel de contratación sean externos a la localidad y sin ninguna relación con la misma, algo que supone un esfuerzo extra, tanto económico como burocrático. En estas situaciones, por tanto, mientras aquellos conflictos de interés más evidentes (familiares, conflictos directos, etc.) deberán ser evitados, estos conflictos indirectos podrán ser asumidos y ser compensados con un sistema de transparencia que asegure un control sobre cualquier posible situación de arbitrariedad o favoritismo. El elemento clave es la motivación y la adecuación de las medidas a la situación o el caso concreto. En países como Nueva Zelanda, este problema se da incluso a nivel nacional, debido a su reducido tamaño. OCDE. *Managing Conflict of...* op. cit en pp. 189 y ss.

determinados efectos indeseados. Aquí podemos encontrar conflictos de intereses que han derivado en un caso de ventaja indebida fruto de un acceso privilegiado a información del contrato—una situación típica de riesgo fruto de las consultas preliminares de mercado o de la participación de agentes privados en la fase de preparación del contrato.

Las consultas preliminares de mercado y otros medios de participación privada, regulados en los artículos 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE⁸⁵⁸, configuran desde este punto de vista un conflicto de interés específico, que se genera de forma voluntaria por el poder adjudicador —y por el legislador—, el cual se produce al invitar a un operador económico, que ya tiene un deber o interés mercantil como empresa, a prestar un determinado servicio en la elaboración y diseño de un contrato del que posteriormente dependerá su triunfo o no dentro del proceso de licitación⁸⁵⁹. Se crea, por tanto, una segunda responsabilidad u obligación al participar en las consultas —la persecución del interés general—, que entra en conflicto con sus responsabilidades iniciales⁸⁶⁰. El trabajador que participa activamente en estas consultas experimenta una doble posición de agente, por un lado, con su compañía, y por otro, con la entidad adjudicadora, de forma que en este caso no existen propiamente intereses personales en conflicto, sino intereses de dos principales diferentes que convergen en un mismo agente, dando lugar a lo que se ha señalado como un conflicto de interés organizacional⁸⁶¹. Una consulta preliminar de mercado es, por tanto, desde la perspectiva de los conflictos de interés, una situación de conflicto creada intencionadamente, en la que se encomienda una determinada función a un agente, siendo conocedor de que este nuevo cometido genera un conflicto con los intereses de mercado preexistentes, por considerarse que los beneficios que ofrece dicha posición mercantil pueden ser mayores que los eventuales riesgos de alteraciones provocadas por el conflicto generado⁸⁶². En este caso, por tanto,

⁸⁵⁸ Sobre la regulación de las consultas preliminares en el derecho comunitario y su aplicación práctica, véanse las reflexiones de VÁZQUEZ MATILLA, J. “Las consultas preliminares de mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública”. En: *Contratos del Sector Público* [consulta el 12 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/index.php>; DE GUERRERO MANSO, M.C. “Las consultas preliminares...” *op. cit.* en pp. 1.047-1.072.

⁸⁵⁹ HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The...” *op. cit.* en pp. 137 y ss.

⁸⁶⁰ Este tipo de conflictos han sido también catalogados por la doctrina —especialmente la estadounidense— como conflictos organizacionales. TAYLOR, J.W. “Organizational conflicts of...” *op. cit.* en p. 107 y ss.; véase a su vez las referencias de nota 821.

⁸⁶¹ GORDON, D.I. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 4.

⁸⁶² PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en p. 165; sobre las particularidades de las consultas preliminares y sus implicaciones en materia de conflicto de interés, véase GIMENO FELIÚ,

no se trata de prevenir el conflicto de interés –que se crea de manera voluntaria–, sino de controlarlo, impidiendo que este genere efectos indebidos –que pueden materializarse en (1) conocimiento de información privilegiada o (2) consejo malintencionado por parte del operador económico con el objetivo de interferir en su propio beneficio en el desarrollo o elaboración del contrato⁸⁶³. La clave aquí se encontraría, por tanto, en el grado de información divulgado a estos participantes en relación –o más bien en comparación– con el grado de información que se hace público o que se proporciona al resto de licitadores, que es el elemento determinante para que el conflicto pueda derivar en una eventual situación anticompetitiva o ventaja ilegítima.

El respeto de los principios de transparencia y no discriminación, así como el número de empresas consultadas o implicadas en las consultas⁸⁶⁴, juegan aquí un papel fundamental, ya que de lo contrario, la entidad adjudicadora no estará en disposición de asegurar que el conflicto de interés no ha generado ventajas indebidas –salvo, quizá, a través de la anulación y reinicio del procedimiento, algo que en todo caso genera problemáticas en relación al dinero invertido y la eficiencia del procedimiento⁸⁶⁵. La trazabilidad de los intercambios de información y de la incidencia en el proceso en un

J.M. “La reforma comunitaria...” *op. cit.* en p. 76; LÓPEZ MIÑO, A.M. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 425-487; LÓPEZ MIÑO, A.M. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Contracting Authorities Inability to Fight Bid Rigging in Public Procurement: Reasons and Remedies”. En: RACCA, G.M. y YUKINS C.R. *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 199-214.

⁸⁶³ HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The...” *op. cit.* en pp. 137 y ss.; LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en pp. 118 y ss.; WOODRUFF, C.D. “Organizational conflicts of interest—not what it’s been said to be”. *Public Contract Law Journal*, 16, 1986, pp. 213 y ss. Este tipo de conflictos de interés, una vez han producido comportamientos fraudulentos dolosos (es decir, una vez generados los efectos), entrarían a formar parte de la causa de exclusión 57.4.i) de la Directiva 2014/24: *cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación*.

⁸⁶⁴ LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 138 y ss.

⁸⁶⁵ Como afirma TREUMER, la ponderación entre el posible perjuicio ocasionado por una exclusión o un reinicio completo de los procedimientos, tanto para los caudales públicos como para las empresas licitadoras participantes y los gastos en que hayan incurrido, parece desaconsejar un reinicio del procedimiento. TREUMER, S. “Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom”. *Public Procurement Law Review*, No. 2, 2007, p. 99-115, en p.104; en el mismo sentido, véase WOEHR S.W. “Agency cancellation of federal contracts for fraud and conflicts of interest”. *Public Contract Law Journal*, 16, 1987, pp. 386 y ss.

aspecto clave⁸⁶⁶, pues, si no se vulneran aspectos confidenciales⁸⁶⁷ o aspectos que puedan quebrar el principio de competencia⁸⁶⁸, la publicación de la información que hubiera dado lugar a una ventaja indebida, o su distribución entre los licitadores, anularía el posible efecto distorsionador de la misma⁸⁶⁹. Tener capacidad para conocer qué información se proporcionó por cada una de las partes intervinientes es esencial para una eventual prueba de ausencia de ventaja indebida frente a los tribunales.

Del mismo modo, en caso de alegaciones sobre una posible injerencia indebida en el procedimiento por parte de los operadores consultados, un rastreo de la información proporcionada podría determinar en qué medida dicho licitador influyó en la configuración final del contrato,⁸⁷⁰ permitiendo a los tribunales y órganos de control entrar a valorar el fondo de las decisiones. En caso de que esta divulgación de información no sea posible por alguna de las causas mencionadas –competencia o confidencialidad– o de que no sea posible certificar qué información ha sido transmitida, y salvo que la irrelevancia de la información privilegiada haga que su alcance en el procedimiento sea nulo, la única respuesta posible, como medida de última instancia, debe ser la exclusión del procedimiento del licitador o los licitadores afectados⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ En este sentido, UNOPS aconseja en el caso de las reuniones físicas algunas prácticas como que siempre haya dos o más miembros del órgano de contratación en las reuniones con empresas, que los encuentros deben tener lugar en los horarios y en el centro de trabajo. NACIONES UNIDAS. *United Nations Procurement Manual*. Revisión 6, marzo 2010. Capítulo 9, parte 3. 9.48.4; LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en pp. 111 y ss.; PASLEY, R.S. “Organizational conflicts of interest...” *op. cit.* en p. 22; en este sentido, no solo la información proporcionada, sino el momento temporal de suministro de la misma, puede suponer un quebranto del principio de igualdad de trato. Véase TJUE, Caso T- 403/12, *Intrasoft International vs Commission*, 13 de octubre de 2015; DE GUERRERO MANSO, M.C. “Las consultas preliminares...” *op. cit.* en pp. 1.068 y ss.

⁸⁶⁷ Contenido en el artículo 21 de la Directiva: *el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas*. Sobre su aplicación véase OLIVARES HORTAL, A. “Confidencialidad y transparencia en contratación pública”. *Gabilex*, n.º 7, 2016, pp. 59-113; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales”, *Cuadernos de Derecho Local* n.º 45, 2018; TREUMER, S. “Technical dialogue and...” *op. cit.* en p. 99-115.

⁸⁶⁸ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “The difficult balance...” *op. cit.*

⁸⁶⁹ Como afirma TREUMER, es importante y relevante considerar en qué medida los competidores han sido informados acerca de la participación en el contrato por parte de los competidores y la información suministrada a los mismos. Traducción personal del texto literal: *as a consequence it is typically both important and very relevant to consider whether the competitors have been given the opportunity to be informed about the contract to a degree basically corresponding to the firm previously engaged in the technical dialogue*. TREUMER, S. “Technical dialogue and...” *op. cit.* en p.108.

⁸⁷⁰ HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The...” *op. cit.* en, pp. 137 y ss.

⁸⁷¹ Véase, a modo de ejemplo, el razonamiento y la respuesta proporcionada por la Resolución 31/2017 Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Adicionalmente, y de forma paralela a las actuaciones mencionadas, en aquellos casos en los que la información ha sido proporcionada por uno de los empleados públicos de manera irregular, dicho trabajador, que experimenta un conflicto de intereses, deberá ser apartado del procedimiento de contratación.

Finalmente, incluso en aquellos casos en los que la asimetría de información entre licitadores pueda ser revertida, aún debería evaluarse la necesidad de exclusión del licitador o los licitadores afectados en base a actuaciones dolosas durante su participación en el procedimiento por las siguientes razones:

- a) Falta profesional grave (art. 57.4.c), en la que se contempla la exclusión debido a cualquier tipo de comportamientos que puedan poner en tela de juicio la integridad de un operador económico⁸⁷².
- b) *Cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación* (art. 57.4.i).

(3) Un tercer escenario lo encontraríamos en aquellos casos en los que es probable que el conflicto de intereses detectado haya generado ya decisiones arbitrarias por parte de la entidad adjudicadora a favor de uno o más licitadores. En esta situación, si la integridad de las acciones emprendidas hasta el momento no puede ser probada, y por tanto la duda sobre la integridad no puede ser disipada, la nulidad de los actos susceptibles de haber sido manipulados y la retroactividad de las actuaciones hasta un momento previo a las sospechas de parcialidad parece ineludible. En segundo lugar, los empleados públicos en los que se origina el conflicto de interés deben ser apartados del

⁸⁷²Esta posibilidad se encuentra también recogida en el considerando 101 de la Directiva 2014/24. Véase a su vez, sobre la exclusión por falta profesional grave, el caso C- 465/11, *Forposta v ABC Direct Contact*, 13 diciembre 2012, apartados 27, 30, 31; o el ya mencionado C-171/15, *Connexion Taxi Services*, de 30 de junio de 2016. Sobre la jurisprudencia europea acerca del concepto de “falta profesional grave” y su delimitación, véase MEDINA ARNÁIZ, T. “La aplicación de...” *op. cit.* en pp. 383-394.

procedimiento para que este no pueda generar efectos similares en el futuro, mientras que en el lado del licitador, la exclusión se presenta obligatoria en aquellos casos en los que la ventaja indebida no pueda ser corregida (por ejemplo, información privilegiada de carácter confidencial) o su corrección (retroactividad de las actuaciones) suponga un gasto inasumible debido al grado de desarrollo de las actuaciones.

Por el contrario, si el licitador puede ser restituido a una situación de igualdad con respecto al resto de los licitadores y operadores del mercado de manera que se garantice una competencia real, la exclusión en base a la existencia de un conflicto de interés no será aplicable en base al artículo 57.4(e) y al principio de proporcionalidad, ya que el conflicto de intereses y sus efectos dejarían de existir. No obstante, al igual que ocurría en el caso anterior, la entidad adjudicadora tendrá que valorar si procede la exclusión del licitador, en base a sus actuaciones durante el procedimiento, por causa de falta profesional grave (art. 57.4.c) o influencia indebida en la toma de decisiones (art. 57.4.i), lo cual, teniendo en cuenta que en este supuesto el conflicto de intereses ha desplegado ya efectos corruptos, se antoja altamente probable.

No obstante lo anterior, que dibuja un posible mapa de actuaciones en función del tipo de conflicto de interés identificado, conviene recordar que en pronunciamientos recientes el TJUE ha otorgado un notable poder de discreción al órgano contratante en lo que se refiere a dilucidar la aplicabilidad o no de una causa de exclusión potestativa, cuya aplicación puede ser incluso flexibilizada por la Ley nacional, pero en la que debe respetarse en todo momento el principio de proporcionalidad⁸⁷³. En todo caso, la aplicación última del principio de proporcionalidad ha de realizarse caso por caso, siendo de especial trascendencia, en línea con el derecho a una buena administración, la motivación de las decisiones por parte del poder adjudicador para garantizar un posible control judicial y una tutela judicial efectiva a todos los licitadores e interesados⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Véase la opinión del Abogado General Campos Sanchez-Bordona en el Caso Case C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato*, de 21 de junio de 2017, apartado 53.

⁸⁷⁴ El derecho a una buena administración, que se encuentra recogido, de forma principal, en el artículo 41 de TDFUE, será analizado más adelante con mayor detenimiento en su funcionalidad como método de control de la integridad del procedimiento. Véase p. X

5.2. Sobre la inexistencia de un procedimiento administrativo de exclusión en base a conflicto de interés y su necesidad para garantizar el principio de proporcionalidad

Todo lo anterior –las pesquisas del poder adjudicador y las posibles medidas a adoptar–, debido a la ausencia de condena administrativa o penal firme que prescriba una prohibición, exigese enmarcado en un procedimiento decisorio que ofrezca garantías sobre la adecuación a Derecho de las medidas acordadas, que permita contrastar la existencia del conflicto de interés⁸⁷⁵, y que certifique, entre otras cosas, un trámite de audiencia a los posibles afectados que garanticen su defensa efectiva.⁸⁷⁶ Nos parece especialmente certera una afirmación realizada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que se ha caracterizado desde su creación por una producción activa y ambiciosa que lo ha convertido en referencia a nivel nacional, y que en 2016 se expresaba de la siguiente forma:

Finalmente, este Tribunal administrativo considera conveniente recordar que la declaración de la existencia o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio. En la actualidad no existe ninguna disposición normativa que regule este procedimiento, aunque, como señala el Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el órgano de contratación, cuando advierta tal circunstancia, deberá acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la existencia, o

⁸⁷⁵ MEDINA ARNÁIZ, T. “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”, GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 271-300.

⁸⁷⁶ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ya puso de manifiesto en su Informe 10/2016 cómo *la declaración de la existencia, o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio* Informe 10/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 18 de mayo de 2016 - Prohibiciones para contratar aplicables a los familiares de los miembros de un Ayuntamiento; Sobre el carácter sancionador o no de la exclusión de licitadores, y por tanto su necesidad de ceñirse a un procedimiento sancionador o disciplinario, el TS se ha pronunciado en el sentido de que *rechaza el carácter sancionatorio que le atribuye la recurrente. No obstante mantiene que no es óbice para entender que deba darse el mismo trato a las medidas sancionadoras que a las que tengan dicha naturaleza por ser limitadoras de derechos*. STS de 30 de enero de 2007, 723/2007. De esta misma opinión es MEDINA ARNÁIZ, T. *Las prohibiciones de contratar...* *op. cit.* en p. 483; GOSÁLBEZ PEQUEÑO por su parte, diferenciaba el carácter declarativo o constitutivo de las declaraciones de las prohibiciones de contratar distinguiendo los supuestos de apreciación automática y aquellas que requerían un proceso administrativo para su apreciación. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons – Cámara de Cuentas de Andalucía, 2000. p. 259 a 263

*inexistencia, del conflicto de intereses. Del que se dará vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos, declarará la existencia o inexistencia de conflicto de intereses. A lo que habría que añadir, en el supuesto de que se llegue a la conclusión de la existencia de un conflicto de intereses, si es posible salvar el conflicto con la adopción de otras medidas, que no supongan la exclusión del licitador del procedimiento*⁸⁷⁷.

Como se encarga de recordar el Tribunal aragonés, ni el legislador europeo, ni el nacional, ni el TJUE, imponen un tipo de procedimiento determinado para la determinación de las causas de exclusión facultativas, exigiendo, únicamente el respeto del principio de proporcionalidad⁸⁷⁸. Y sin embargo, el procedimiento constituye una herramienta esencial de cara a asegurar el cumplimiento del principio de proporcionalidad que actúa como piedra angular en la resolución de un conflicto de interés, de forma que los poderes adjudicadores se encuentran en la obligación de tramitar un procedimiento que respete las garantías básicas⁸⁷⁹.

Por ello, con el objetivo de garantizar un procedimiento de garantías, quizá sería conveniente, en este punto, considerar la posibilidad de creación de un proceso administrativo de exclusión de carácter normativo que salvaguarde tanto a poderes públicos como a licitadores ante la posible inseguridad jurídica que su ausencia podría generar. Ante la ausencia generalizada de procedimientos en las legislaciones, sobresale en este sentido la redacción del Reglamento 2015/1929 por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) 966/2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, que entre otras medidas relacionadas con la contratación pública de los poderes adjudicadores UE, recoge por vez primera un procedimiento dirigido a dictaminar cuándo debe apreciarse una causa de exclusión y cuándo no en los casos en los que no existe sentencia firme ni decisión administrativa definitiva⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

⁸⁷⁸ Es de reseñar, sin embargo, que determinadas CCAA, como Aragón, sí que han desarrollado determinados procedimientos básicos contradictorios para la declaración de causas de exclusión, en su LEY 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas.

⁸⁷⁹ GÓMEZ FARIÑAS, B. “Comentario a la sentencia...” *op. cit.*

⁸⁸⁰ MIRANZO DÍAZ, J. “Las novedades en materia de contratación pública introducidas por el Reglamento financiero 2015/1929”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los contratos públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 519-538.

Así, en su artículo 106.2, el Reglamento 2015/1929 establece que, de no existir sentencia firme o decisión administrativa al respecto, *el órgano de contratación excluirá a un operador económico sobre la base de una calificación jurídica preliminar [...] teniendo en cuenta los hechos y conclusiones que figuren en la recomendación del panel a que se refiere el artículo 108 (art.102.1)*. Para ello, la norma regula determinados aspectos.

El primero de ellos es la existencia de determinada información, hechos, o conclusiones que indiquen la existencia de una causa de exclusión, los cuales están recogidos en los artículos 106.2 y 108.2 del Reglamento, y que pueden dar lugar al inicio del proceso contradictorio. En esencia, el Reglamento prevé que cualquier entidad pública que ejecute de forma directa presupuesto de la Unión podrá servir como “fuente” de información y desencadenante del proceso⁸⁸¹.

⁸⁸¹ Así, el artículo 106.2 establece, en su apartado cuarto, que *los hechos y las conclusiones a que se refiere el párrafo primero incluirán, en particular:*

a) hechos constatados en el marco de auditorías o investigaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas, la OLAF o una auditoría interna, o cualquier otro examen, auditoría o control llevado a cabo bajo la responsabilidad del ordenador;

b) decisiones administrativas no definitivas que pueden incluir medidas disciplinarias adoptadas por el organismo de supervisión competente responsable de verificar la aplicación de las normas de ética profesional;

c) decisiones del BCE, del BEI, del Fondo Europeo de Inversiones o de organizaciones internacionales;

d) decisiones de la Comisión en relación con el incumplimiento de las normas de competencia de la Unión o de una autoridad nacional competente en relación con el incumplimiento de las normas de competencia nacionales o de la Unión.

En éste mismo sentido, el artículo 108.2 establece que la detección de situaciones que puedan dar lugar a causas de exclusión se basará en la información otorgada a la Comisión por:

a) la OLAF, de conformidad con el Reglamento (UE, Euratom) no 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (), cuando una investigación de la OLAF en curso ponga de manifiesto que podría ser oportuno adoptar medidas cautelares para proteger los intereses financieros de la Unión, teniendo debidamente en cuenta el respeto de los derechos procesales y fundamentales y la protección de los denunciantes de irregularidades;*

b) un ordenador de la Comisión, de una oficina europea creada por la Comisión o de una agencia ejecutiva en caso de presunción de irregularidades, falta profesional grave, fraude, corrupción o incumplimiento grave del contrato;

c) una institución, agencia u oficina europeas, distintos de los referidos en la letra b) del presente apartado, o un órgano en los casos de presunción de falta profesional grave, irregularidad, fraude, corrupción o incumplimiento grave del contrato;

d) las entidades que ejecutan el presupuesto de conformidad con el artículo 59 del presente Reglamento en casos de detección de fraude y /o irregularidades, cuando así lo establezcan las normas sectoriales correspondientes;

e) las entidades que ejecutan el presupuesto de conformidad con el artículo 60 del presente Reglamento en casos de detección de fraude y/o irregularidades.

Además, se prevé que la información transmitida a la Comisión Europea por los órganos anteriores deberá contener, tal y como expresa el artículo 108.3: la identificación del operador económico de que se trate, un resumen de los riesgos detectados o de los hechos en cuestión; información que pueda ayudar al ordenador a realizar la verificación; en su caso, las medidas especiales que sean necesarias para garantizar la confidencialidad de la información transmitida.

En base a éstas informaciones, que serán transmitidas por la Comisión a los ordenadores y agencias ejecutivas de todas sus instituciones, que a su vez se encargarán de ponerlo en conocimiento de los poderes adjudicadores que proceda (art.108.4), el órgano de contratación podrá dar inicio al procedimiento (art.108.5) con la formación de un panel que será el encargado de otorgar la recomendación que legitimará la exclusión y posible sanción del operador económico, y el cual estará compuesto por un presidente permanente, independiente y de alto nivel, dos representantes de la Comisión, y un representante del órgano de contratación (art. 108.7). Tras ello, como primera actuación, *el órgano de contratación remitirá el caso al panel, junto con la información necesaria a que se refiere el apartado 3 del presente artículo, los hechos y conclusiones a que se refiere el artículo 106, apartado 2, y la supuesta situación de exclusión* (art.108.8.a).

A continuación, el panel transmitirá al órgano de contratación una calificación jurídica preliminar en la que podrá incluir la de causa de exclusión (art.108.b). El órgano de contratación, por su parte, podrá presentar observaciones ante dicha calificación previa (108.8.c) antes de que el panel se pronuncie en su recomendación final sobre la posible causa de exclusión, que en todo caso deberá darse dentro de los 45 días siguientes a la recepción de la solicitud presentada por el órgano de contratación (art.108.8.f).

La recomendación del panel que contemple la exclusión del operador económico en cuestión y/o su posible sanción contendrá, tal y como expone el artículo 108.9, los siguientes elementos:

- a) los hechos o conclusiones a que se refiere el artículo 106, apartado 2, y su calificación jurídica preliminar;*
- b) una evaluación de la necesidad de imponer una sanción pecuniaria y su cuantía;*

- c) una evaluación de la necesidad de excluir al operador económico en cuestión y, en tal caso, la duración de la exclusión propuesta;*
- d) una evaluación de la necesidad de publicar la información referente al operador económico al que se ha excluido y/o se ha impuesto una sanción pecuniaria;*
- e) una evaluación de las medidas correctoras adoptadas, en su caso, por el operador económico.*

El órgano de contratación tomará la decisión de excluir y/o sancionar al operador económico en cuestión siguiendo las conclusiones y las recomendaciones del panel, si bien podrá tomar una decisión más rigurosa siempre que se respete el derecho a ser oído y se respeten las normas de protección de datos personales (último párrafo del aer.108.9). Alternativamente, el órgano de contratación podrá no excluir al operador económico, en contra de la recomendación del panel, cuando (art.106.7):

- a) el operador económico haya tomado las medidas correctoras especificadas en el apartado 8 del presente artículo, demostrando así su fiabilidad. Esto no será aplicable en el caso a que se refiere el apartado 1, letra d), del presente artículo;*
- b) sea indispensable garantizar la continuidad del servicio, durante un tiempo limitado y a la espera de la adopción de las medidas correctoras especificadas en el apartado 8 del presente artículo;*
- c) dicha exclusión sea desproporcionada, sobre la base de los criterios a que se refiere el apartado 3.*

Cabe destacar que cualquier decisión respecto de la exclusión de un operador económico será revisada de oficio o a petición del operador económico excluido, cuando éste último haya adoptado medidas correctoras (art. 106.9), e igualmente, cuando se notifique la existencia de sentencia firme o decisión administrativa definitiva al respecto (art. 106.2).

Pero además de estas dos vías para declarar una causa de exclusión –sentencia firme o decisión administrativa, por un lado, y panel de expertos, por el otro– el artículo 106.6 contempla una excepción que permitiría la exclusión, a modo de medida cautelar, de un operador económico sin sentencia firme, decisión administrativa definitiva, ni necesidad

de acudir a la recomendación del panel –eso sí, siempre limitado, como ocurría en ésta última posibilidad, a las causas de exclusión que contienen los apartados c), d), e), y f) del artículo 106.1–, *cuando la participación del operador económico en cuestión en el procedimiento de contratación pública suponga una amenaza grave e inminente para los intereses financieros de la Unión*. Sin embargo, no deja de ser una medida provisional, y el mismo artículo añade que *en estos casos, el órgano de contratación pondrá el asunto en conocimiento del panel y adoptará una decisión definitiva a más tardar catorce días después de haber recibido la recomendación del panel*.

El resto de apartados del artículo 106 incluyen algunos aspectos que concretan y facilitan la labor de identificación de las causas de exclusión, así como su posible corrección, como:

- Una lista no exhaustiva de medidas que podrá aplicar el operador económico para intentar corregir su exclusión (artículo 106.9)⁸⁸².
- La declaración que deberá hacer el licitador en el momento de presentar su oferta, indicando si se encuentra o no incurso en una causa de exclusión (art.106.10).
- La información que deberá aportar, a petición del órgano de contratación, cualquier operador económico (art.106.11).
- La posibilidad de aplicar las causas de exclusión a los subcontratistas (art.106.12).
- La posibilidad de imponer sanciones pecuniarias alternativas o adicionales a la exclusión (art.106.13).
- La duración y la prescripción de la exclusión (arts. 106.14 y 106.15).
- Medidas adicionales de publicidad de la exclusión con intención disuasoria (arts.106.16 y 106.17).

⁸⁸²a) *medidas para determinar el origen de las situaciones que dan lugar a la exclusión y medidas técnicas, organizativas y de personal concretas en el sector de actividad del operador económico que resulten apropiadas para corregir la conducta y evitar que vuelvan a producirse;*

b) *la prueba de que el operador económico ha tomado medidas para compensar o reparar el perjuicio o daño causado a los intereses financieros de la Unión por los hechos que han dado origen a la situación de exclusión;*

c) *la prueba de que el operador económico ha pagado o ha garantizado el pago de la sanción pecuniaria impuesta por la autoridad competente, o de los impuestos o cotizaciones a la seguridad social a que se refiere el apartado 1, letra b).*

En definitiva, el Reglamento financiero 2015/1929 introduce todo un novedoso y completo sistema de causas de exclusión y de métodos de detección y determinación de las mismas, que desarrolla los preceptos de las Directivas 2014 a través de un sistema alternativo a la declaración por sentencia firme o decisión administrativa definitiva basado en una recomendación de un panel. Se trata de un procedimiento de detección y resolución de causas de exclusión que podría ser especialmente efectivo en una hipotética adaptación a las legislaciones nacionales especialmente en el caso de los conflictos de interés, de forma que, teniendo en cuenta las características particulares y las diferentes tipologías de entidades adjudicadoras, se crease un proceso *ad hoc* para la declaración de causas de exclusión en contratación pública que ofreciera las garantías mínimas al operador económico en respeto de los principios de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad. En todo caso, como se ha mencionado, ya sea con sistemas similares al expuesto u otros diferentes, al menos debe garantizarse un procedimiento contradictorio que garantice el derecho de defensa del licitador afectado por la causa de exclusión.

Por último, y a modo de complemento, quizá podría ser interesante añadir algunas cuestiones adicionales que serían particularmente interesantes para garantizar la efectividad de las políticas frente al conflicto de interés. Así, por ejemplo, cabe reflexionar sobre la ampliación de las posibles fuentes de información que legitiman para la iniciación del procedimiento contradictorio. En este sentido, puede contemplarse la creación de un canal de denuncia o de transmisión de información a la entidad adjudicadora por parte de los licitadores, que pudiera dar lugar al inicio del proceso de exclusión de manera adicional a aquellas informaciones aportadas por entidades del sector público, ya que, como afirma SÁNCHEZ-GRAELLS, la entidad adjudicadora no se encuentra en una posición óptima para detectar y revelar situaciones de conflicto⁸⁸³,

⁸⁸³ *Un simple análisis de los incentivos aplicables al comprador público en concreto, que es el afectado por el conflicto de interés, demuestra que este no es un operador situado en una buena posición para juzgar ni la existencia del conflicto de intereses en sí mismo ni, mucho menos, la existencia de medios más o menos drásticos para su resolución— fundamentalmente, porque cualquier decisión al respecto afecta su posición jurídica y económica al encontrarse (de forma circular) él mismo en conflicto de interés. Si bien podemos discrepar parcialmente con esta afirmación de SÁNCHEZ-GRAELLS, en tanto en cuanto los conflictos de interés que dan lugar a corrupción son conflictos de interés personales, que afectan a alguno o varios de los trabajadores de la institución, y no al órgano contratante como tal, sí que es cierto que, al estar en la práctica el órgano decisorio en materia de contratación —y por tanto en materia de prevención y detección de conflictos de interés— formado, bien parcial o totalmente, por la/las persona/s en conflicto, el hecho de localizar la responsabilidad de detectar, denunciar y juzgar conflictos*

ya que dichas situaciones anómalas, por su naturaleza informal y oculta, no siempre son sencillas de desvelar. Dado que estos escenarios suponen un riesgo de favoritismo y manipulación en los contratos, los licitadores no afectados por el conflicto tienen un interés intrínseco, fruto de la competencia del mercado, en que se ponga fin o se controle dicha situación. El TJUE ha venido aceptando que el inicio de las investigaciones en materia de conflictos de interés por parte de la entidad adjudicadora puede basarse en cualquier tipo de información independientemente de la fuente de la que procedan, y por tanto, viene aceptando que las comunicaciones en este sentido pueden realizarse por cualquier medio⁸⁸⁴. Sine embargo, con el objetivo de otorgar mayor seguridad jurídica, quizá cabría plantearse la posibilidad de crear, de manera oficial o atendiendo a determinados requisitos, canales de denuncia directa entre el licitador y la entidad adjudicadora que permitiese rastrear las informaciones de cara a una eventual prueba ante los tribunales por inactuación de la Administración. Esto, sin duda, facilitaría la creación de un sistema de control efectivo en el que se instrumentalizase como *whatchdogs* de la contratación a los diferentes actores participantes en el mismo⁸⁸⁵.

5.3. Los conflictos de interés ante los tribunales: cuando la entidad adjudicadora falla en su control y otros licitadores recurren

Como venimos viendo a lo largo del trabajo, las entidades adjudicadoras tienen una obligación de investigar y detectar, de forma activa y a través de diferentes medios, las situaciones que den lugar a un conflicto de interés. Sin embargo, debido a la complejidad del fenómeno o a un pobre desempeño en sus funciones inquisidoras –ya sea por incompetencia, negligencia o conducta voluntaria–, es posible que la existencia de un conflicto de interés pase inadvertida. En estos casos, así como en aquellos en los que un licitador considere que las medidas tomadas para su resolución no han sido satisfactorias, éste puede elevar recurso ante el tribunal competente.

de interés en la figura del propio comprador público presenta determinadas limitaciones funcionales. SÁNCHEZ GRAELLS, A. “La aplicación de...” *op. cit.* en pp.103-110.

⁸⁸⁴ TJUE, asunto T-292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartados 10 y ss.

⁸⁸⁵ Véase TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.*; no obstante, profundizaremos sobre la importancia de instrumentalización de los actores y la creación de un entorno que garantice la integridad en el siguiente capítulo. Véanse pp. 414 y ss.

Si bien debido a la relativa novedad de las medidas relacionadas con conflictos de interés en contratación pública, aún no existe una doctrina desarrollada en la materia, el TJUE se ha venido pronunciando desde hace años en algunos destacados casos sobre el conflicto de interés⁸⁸⁶. En ellos, el tratamiento procesal del conflicto de interés merece especial atención ya que, al igual que ocurre en el resto de aspectos estudiados, presenta ciertas particularidades.

5.3.1. La prueba de existencia del conflicto de interés

Los operadores económicos pueden recurrir ante los tribunales la existencia de un conflicto de interés en base al artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, que proclama los principios de igualdad, no discriminación y transparencia⁸⁸⁷. Una vez hecho, la carga inicial de la prueba recae sobre el propio recurrente, el cual debe proporcionar indicios objetivos sobre la existencia de un conflicto de interés. Sin embargo, tal y como afirmó el TJUE en la sentencia *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, y en consonancia con la naturaleza objetiva del concepto recogido por el artículo 24, el recurrente no deberá demostrar tipo alguno de actuación arbitraria o ilegal, sino simplemente la existencia de una situación que, en base a criterios objetivos y racionales, ponga en cuestión la imparcialidad en las actuaciones de la entidad adjudicadora, esto es, probar la existencia de un conflicto de interés puro⁸⁸⁸. Así, en el caso mencionado, el TJUE lleva a cabo una aproximación funcional que le lleva a afirmar que puede considerarse que:

Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato, en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad, si se acredita debidamente, constituyen elementos objetivos que deben dar lugar a un

⁸⁸⁶ A partir de la STJUE, asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005, en la que por primera vez el TJUE hace frente a un conflicto de interés complejo, un buen número de sentencias relacionadas han sido promulgadas. Sobre ellas se basará en análisis de las siguientes páginas. Sobre *Fabricom*

⁸⁸⁷ TJUE, C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartados 43, 44; MORENO MOLINA, J.A. “La destacada doctrina...” *op. cit.* en pp. 137-167.

⁸⁸⁸ TJUE, asunto C- 538/13, *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 44; así lo ha considerado también el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 108/2016, p. 12.

examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales.

Una exigencia probatoria relativamente blanda sobre la existencia de un conflicto de interés que, sin embargo, parece ponerse en cuestión en otros pronunciamientos como *Intrasoft International vs Commission*, en los que el TJUE eleva considerablemente la exigencia probatoria tomando un criterio que algunos estudiosos han criticado de excesivamente formalista⁸⁸⁹. En el mismo, el tribunal rechaza la posibilidad de que la participación de un licitador en los trabajos preparatorios de otro contrato previo, pero celebrado por el mismo poder adjudicador y que se tomó como base en la elaboración de los pliegos del nuevo procedimiento, pueda dar lugar a la apreciación de un conflicto de interés, exigiéndose para ello prueba de que el operador económico había participado en las actividades preparatorias del mismo contrato objeto de licitación⁸⁹⁰. Cuestión similar ocurre en el caso *Communicaid Group vs Commission*, donde se entiende que el hecho de que uno de los trabajadores haya trabajado para el órgano contratante en los meses previos a la publicación de los anuncios de licitación no demostraba de forma suficiente la existencia de un conflicto de interés ya que el recurrente, en las pruebas aportadas, *no ha podido probar la participación del experto en los trabajos preparatorios del contrato en cuestión, así como tampoco la ventaja indebida que el adjudicatario presuntamente disfrutó a causa de que su empleado fuese miembro de los comités evaluadores en previos procedimientos similares*⁸⁹¹

En estos pronunciamientos, la interpretación dada en *eVigilo*, que exigía únicamente la duda razonable acerca de la imparcialidad en las decisiones, parece dar paso a una exigencia de prueba considerablemente mayor, en la que se requiere efectiva incidencia en las decisiones y el desarrollo del procedimiento que, algo que, en nuestra opinión, tergiversa la propia noción de conflicto de interés aportada por las directivas.

⁸⁸⁹SÁNCHEZ GRAELLS, A. “Another excessively formalistic Judgment on conflicts of interest in public procurement (T-403/12)” En: Blog *How to crack a nut*, 15 de octubre de 2015. Consulta el 10 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/10/another-excessively-formalistic.html?rq=formalistic%20approach>

⁸⁹⁰ TJUE, asunto T- 403/12, *Intrasoft International vs Commission*, 13 de octubre de 2015, apartado 94.

⁸⁹¹ Traducción personal, texto original únicamente disponible en inglés. TJUE, asunto T- 4/13, *Communicaid Group vs Commission*, 11 de junio de 2014, apartado 59.

El criterio del TJUE es, en estos casos, cuanto menos, algo confuso, algo que en nuestra opinión nace de la propia concepción errónea del fenómeno. En estos y en otros casos, el tribunal dibuja una diferencia, que por otra parte bebe, como se ha señalado, de una larga tradición doctrinal y legal⁸⁹², entre conflictos de intereses hipotéticos (o aparentes) y reales, exigiéndose que un conflicto de interés sea considerado “real” para que pueda entenderse probada su existencia en sede judicial⁸⁹³. Sin embargo, como hemos expuesto en otras partes del trabajo, dicha distinción de tipologías reales y aparentes de conflictos de interés proviene de una construcción artificial, que no responde a la realidad y a la naturaleza del fenómeno y que obvia la esencial objetividad de un conflicto, que es ajeno a la intencionalidad y que depende, en todo caso, de una apreciación externa⁸⁹⁴.

La exigencia para el licitador recurrente de probar que un conflicto de interés ha tenido, de facto, incidencia en la toma de decisiones o que ha proporcionado una ventaja indebida a alguno de los licitadores, convertiría dicha prueba en una *probatio diabolica*⁸⁹⁵, como el propio TJUE ha admitido en *eVigilio*:

43 *Como este deber corresponde al contenido esencial de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (véase la sentencia Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 45), de ello se*

⁸⁹²A modo de ejemplos OECD, *Managing Conflict of...op. cit.* in pp. 45 et seq; SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” *op. cit.* en p. 116; Véase a su vez nota al pie 801.

⁸⁹³Véanse, en este sentido las referencias hechas al conflicto de interés en TJUE, asunto T- 556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 de abril de 2016, apartado 40: *In any event, the conflict of interest must be real and not hypothetical and the existence of the risk of it materialising must be established following a specific assessment of the tender and of the tenderer’s situation. The existence of a potential conflict of interest on the ground that a subcontractor took part in drafting the tender specifications is not sufficient to exclude that tenderer*; de manera similar se han pronunciado en otras resoluciones como TJUE asunto T-195/05, *Deloitte Business Advisory NV*, 18 de abril de 2007, apartado 67; o el mencionado asunto T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 74;

⁸⁹⁴También la Junta Consultiva de Contratación del Estado se ha pronunciado de forma confusa entorno al conflicto de interés al hablar de “riesgo” de conflicto de interés en un caso en el que un cónyuge de un empleado directivo de una de las empresas licitadoras participó en la redacción de los pliegos de contratación, cuando en atención a las características del fenómeno, se debe hablar de un conflicto de interés, y lo que se debe valorar es el “riesgo” de que esta situación de conflicto haya influido, o pueda influir, en el devenir de los acontecimientos. Informe 27/15, de 6 de noviembre de 2017. Posible incompatibilidad en contrato por conflicto de intereses entre el director gerente de empresa licitadora y funcionario que redacta pliegos.

⁸⁹⁵SÁNCHEZ GRAELLS, A.; “Another excessively formalistic...” *op. cit.*; en la misma línea se han posicionado otros académicos como TREUMER. Véase TREUMER, S. “Technical dialogue and...” *op. cit.* en p. 99-115; TREUMER, S. “Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment of Tenderers”. *Public Procurement Law Review*, 8, 1999, p. 147.

desprende que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Pues bien, resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo⁸⁹⁶.

El criterio del TJUE ofrece, en este sentido, ciertas contradicciones entre las diferentes sentencias que se ocupan de la problemática del conflicto de interés que, a nuestro juicio, deberían ser resueltas en favor de la aproximación realizada en *eVigilio*, en la que se tienen en cuenta la naturaleza del fenómeno, su regulación, y los múltiples factores y dificultades que presenta el aspecto probatorio del conflicto de interés, y que exige simplemente la presentación de elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad, es decir, la prueba de un conflicto de interés aparente –o, siguiendo nuestro razonamiento previo, de un conflicto de interés, a secas.

5.3.2. Sobre la prueba de la parcialidad en las actuaciones o ventaja indebida y sus efectos

Volviendo a centrarnos en el razonamiento expresado en *eVigilio*, el TJUE continúa exponiendo que, una vez el conflicto de interés se considera probado por aquellos elementos que harían a una persona razonable entender comprometida la imparcialidad del proceso, corresponde a la entidad adjudicadora proporcionar la evidencia de que dicho conflicto de interés no ha afectado al desarrollo del procedimiento⁸⁹⁷. En este

⁸⁹⁶TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 43; Véanse, a su vez, los comentarios realizados al respecto en MORENO MOLINA, J.A. “La destacada doctrina...” *op. cit.* en pp. 137-167.

⁸⁹⁷ En relación con los conflictos de interés “sobrevinidos” o detectados con posterioridad, el TJUE expresa que *no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos*

punto podemos decir, por tanto, que se genera una asunción procesal –que debe ser probada errónea por el poder adjudicador– de que el conflicto de intereses ha generado efectos de decisiones arbitrarias o ventajas ilegítimas, violando los principios de no discriminación e igualdad de trato:

44 De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba⁸⁹⁸.

Así, el TJUE parece, en *eVigilio*, dividir el tratamiento procesal del conflicto de interés en dos partes claramente diferenciadas. En un primer momento, que analizábamos en las páginas anteriores, existe la obligación, por parte del recurrente (licitador), de probar que existe un conflicto de interés; y una vez esta condición se cumple y el conflicto se puede dar por probado, la carga probatoria da un giro completo para situarse en el lado del poder adjudicador (parte acusada), que deberá probar con los medios disponibles que el conflicto de intereses no tuvo o es muy improbable que tuviera efectos en el desarrollo del contrato, o que dicha situación fue debidamente corregida⁸⁹⁹.

En *eVigilio* el aspecto determinante a la hora de definir la nulidad o no de las actuaciones recae únicamente en la segunda fase señalada, ya que, debido a su carácter

*casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores. En cambio, la exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia. TJUE, asunto T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015 apartado 76; véase a su vez TJUE asunto T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, 20 [2013] ECLI- 141, apartado 115.*

⁸⁹⁸ TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 44.

⁸⁹⁹ Este sistema probatorio, de hecho, ha sido alabado por diferentes juristas, como PONCE SOLÉ, que incluso ha propuesto su extrapolación al resto del ordenamiento administrativo, afirmando que *la ley debiera incorporar una inversión de la carga de la prueba, debiendo la Administración, no al recurrente, a quien le basta la prueba del conflicto de interés, probar que no ha sido afectada la objetividad e imparcialidad del decisor, ante la apariencia de mala administración que destruye la presunción de validez de la decisión así adoptada* PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 73.

objetivo y situacional, un conflicto de interés *per se* no tiene efectos jurídicos ante un tribunal, sino que es el riesgo de que éste produzca o haya producido vulneraciones en el proceso de contratación lesionando los principios de integridad, igualdad de trato, transparencia, y libre concurrencia, lo que determina un efecto u otro⁹⁰⁰. Por ello, una hipotética anulación de las actuaciones dependerá del riesgo de que dicho conflicto haya generado comportamientos arbitrarios, favoritismos, o distorsiones de la competencia en forma de información privilegiada⁹⁰¹. Así, en *eVigilio*, el TJUE toma su decisión final basándose únicamente en la posible existencia de arbitrariedad en las decisiones contractuales, y no en el conflicto de interés, que actúa simplemente como una condición *sine qua non* para invertir la carga de la prueba y entrar a valorar si dicha situación generó efectos y procede, por tanto, la anulación de actuaciones. Incluso si un conflicto de intereses es considerado como probado, si la entidad adjudicadora puede demostrar que ese conflicto ha sido convenientemente abordado para controlar sus posibles efectos y que por tanto no ha podido afectar al resultado de la licitación, dicha situación no generará efectos legales.

No obstante, como hemos visto en el apartado anterior, el TJUE realiza una aproximación ligeramente diferente en otros casos como el mencionado *Intrasoft International v Commission*, en el que el TJUE parece mezclar ambas partes procesales en el tratamiento probatorio relacionado con el conflicto de interés. Al exigir al licitador recurrente la prueba de la existencia de un conflicto de interés “real”, en tanto en cuanto un conflicto que incida directamente sobre el desarrollo del procedimiento, el TJUE está haciendo recaer sobre el recurrente una carga de prueba que el mismo tribunal considera en *eVigilio* contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz y al papel del poder adjudicador en la erradicación de los conflictos⁹⁰². Está obligando al poder adjudicador a probar la arbitrariedad o ventaja indebida fruto del conflicto, y no únicamente el conflicto en sí.

⁹⁰⁰Sobre la incidencia de los conflictos de interés sobre los principios de la contratación pública, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit en pp. 157 y ss.

⁹⁰¹ TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartados 45, 46, 47.

⁹⁰² TJUE, asunto T- 403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 85; en cuanto a las citas de *eVigilio*, véase TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 44.

Por lo expuesto, podemos apuntar una cierta confusión generada por la interpretación del concepto de conflicto de interés realizada por el TJUE que, en nuestra opinión, añade un excesivo desconcierto a un fenómeno ya de por sí complejo y dificulta su aplicación práctica. El Alto Tribunal europeo debería, a nuestro entender, clarificar en el futuro los aspectos probatorios y procesales del conflicto de interés, lo que, tras lo expuesto hasta ahora, y entendiendo la naturaleza del fenómeno y el marco normativo en el que se encuadra, debería hacerse a favor de una interpretación más funcional de conflicto de interés como la que se utiliza en *eVigilio*.

El fundamento de las posibles incongruencias en el razonamiento y aproximación que realiza el TJUE en determinadas sentencias se debe a una conceptualización errónea del fenómeno. Así, al diferenciar entre conflictos de interés “aparentes” y “reales”, el tribunal parece indicar unos conflictos existentes realmente frente a unos imaginarios o inexistentes, cuando, como hemos visto, lo que la realidad nos muestra es una graduación, una escala de grises que no implica que el conflicto sea más o menos real, sino que éste tiene una mayor o menor probabilidad de incidir en el desarrollo del contrato. Todos ellos son reales en tanto pueden producir un efecto indeseado en el contrato, y todos ellos son aparentes en tanto en cuanto su identificación es meramente una cuestión externa a los sujetos afectados.

Lo que el TJUE parece evaluar, a la hora de determinar la posible anulación o no de actuaciones, es, en aquellos casos en los que la entidad adjudicadora no pueda asegurar que el conflicto no ha incidido en el desarrollo del procedimiento pero tampoco se haya probado lo contrario, el riesgo de que ese conflicto incida o haya incidido en el normal desarrollo del contrato. El propio tribunal caracterizaba de forma brillante el conflicto de interés en *eVigilio* al afirmar que *un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho*⁹⁰³. La diferencia central entre lo que el TJUE considera conflicto de interés real y aparente –y que marca, por tanto, que el recurso prospere o no y la carga de la prueba se invierta– no es sino una fina línea relativa a la suficiencia de la intensidad del riesgo de comportamiento parcial

⁹⁰³ TJUE, asunto C- 538/13, *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 35.

generado por los intereses en conflicto⁹⁰⁴. Un riesgo suficiente cuya prueba, en todo caso, no podrá recaer únicamente en el recurrente, y que deberá dividirse siguiendo el razonamiento esgrimido en *eVigilio*. El licitador recurrente deberá probar, así, la existencia de un conflicto de interés, cualquiera que sea su intensidad, para que, posteriormente, el poder adjudicador de muestre su falta de incidencia en el desarrollo de las actuaciones o, en su defecto, argumente una posible inocencia originaria del conflicto o, que a pesar del riesgo del conflicto, se han tomado las medidas necesarias para eliminarlo o convertirlo en estéril. La actuación de la entidad adjudicadora se reduciría, en este sentido, a un ejercicio de motivación y justificación de las actuaciones de acuerdo al principio de buena administración⁹⁰⁵.

Esta interpretación, que descriminalizaría relativamente la existencia de un conflicto de interés y trasladaría la decisión sancionadora a una consideración del riesgo, podría evitar determinadas confusiones en la conceptualización que a su vez derivan, como hemos señalado, en requerimientos probatorios excesivos que pueden poner el riesgo el derecho a una tutela judicial efectiva. Así, aunque el concepto de “riesgo suficiente” del conflicto de interés pueda parecer un concepto jurídico en exceso indeterminado⁹⁰⁶, no lo es más que otros conceptos jurídicos que han servido, con relativo éxito, a modo de herramienta de control de la discrecionalidad en la contratación, como en el caso de la “especial vinculación con el objeto del contrato” para el caso de las cláusulas medioambientales⁹⁰⁷, la cual ha encontrado una importante determinación y seguridad jurídica gracias al desarrollo jurisprudencial, al igual que, previsiblemente, ocurrirá con

⁹⁰⁴ SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept...” *op. cit.* en p. 115; PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en pp. 154-155; GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de...* *op. cit.* en p. 97.

⁹⁰⁵ Sobre el papel de la buena administración en la estrategia de integridad, véanse pp. 444 y ss.

⁹⁰⁶ *The area of OCI is subjective. When is a conflict significant? When is a conflict speculative or remote? When is a mitigation plan acceptable given the fact that certain conflicts cannot be successfully avoided or mitigated?* LYON, E. “Organizational Conflicts of...” *op. cit.* en p. 141.

⁹⁰⁷ Sobre la necesaria vinculación al objeto del contrato véase MIRANZO DÍAZ, J. “Hacia una Administración Pública sostenible: novedades de la legislación europea de contratación pública”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 64, 9 de enero de 2017; MIRANZO DÍAZ, J. “Environmental clauses in public procurement: Developments introduced by the 2014 Directives”. *Public Policy Portuguese Journal*, Volumen 2, n.º 1, 2017. pp. 7-23; GALLEGO CÓRCOLES, I. “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n.º 4, 2017. pp. 92-113; véanse, a su vez, las sentencias *leading case* en la materia TJUE asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, de 17 septiembre de 2002, apartado 41; o TJUE, asunto C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH*, de 4 diciembre 2003.

los aspectos sociales, cuya concretización se encuentra aún en desarrollo y genera, aún, determinados problemas⁹⁰⁸.

Por último, llegados a este punto, conviene destacar el TJUE ha afirmado en diversas ocasiones que *el concepto de «parcialidad» y los criterios que configuran este concepto deben ser definidos por el Derecho nacional*, así como *los efectos jurídicos de una eventual parcialidad*⁹⁰⁹. Por ello, es trascendental que los tribunales de recursos contractuales realicen una coordinación eficiente en materia de conflictos de interés, tal y como recoge la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 9/2017⁹¹⁰, que derive en unificación de la jurisprudencia, así como en una interpretación de la ley acorde con el derecho europeo, que reclamaría, como se ha mencionado en las páginas anteriores, una concepción de parcialidad o de riesgo de parcialidad que no imponga una carga prueba excesiva en forma de *probatio diabolica* al licitador recurrente⁹¹¹. Esta coordinación, además, se hace aún más necesaria si tenemos en cuenta la posibilidad de creación de creación de tribunales locales contemplada en la disposición adicional

⁹⁰⁸ A modo de ejemplo sobre una jurisprudencia aún en desarrollo, véanse los problemas interpretativos que presentó la inclusión de aspectos sociales en el contrato de suministro eléctrico del Ayuntamiento de Barcelona, en la que Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, al evaluar una cláusula social incluida como parte del objeto del contrato, establece que “Per tal que “*l’atenció i reducció de la pobresa energètica*” es pogués acceptar com a objecte del contracte, s’hauria de donar algun d’aquests dos condicionants: 1) *Que sigui una prestació clarament diferenciable i que , per tant, es pugui licitar per separat; o 2) Que la finalitat social que es vol promoure o fomentar es provoqui intrínsecament amb la sola prestació de l’objecte “principal”*. Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público 44/2017, de 1 de marzo de 2017, p.19

⁹⁰⁹TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 46; BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal...” *op. cit.* en p. 194.

⁹¹⁰ Disposición adicional vigésima tercera. Coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación: *Los diferentes órganos de recurso que sean creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos.*

⁹¹¹ En nuestro derecho nacional se pueden identificar, en este sentido, algunos pronunciamientos que elevan considerablemente la necesidad probatoria y ponen en grave riesgo lo expuesto cuando , por ejemplo, el TACRC, en su Resolución n.º 607/2013, de 4 de diciembre, establece como necesario para apreciar dicha circunstancia que la incidencia real de la participación en el procedimiento deba acreditarse, así como la ventaja creada para el licitador , y que se pruebe una relación causal entre ambas situaciones. Una exigencia que el propio TACRC parece suavizar en otros pronunciamientos (Resolución n.o 139/2012, de 28 de junio, o Resolución n.o 105/2013, de 14 de marzo), a nuestro juicio de forma acertada, en las que se considera que la suficiencia probatoria se encuentra en que *la participación en la elaboración de los documentos pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer trato privilegiado respecto al resto de las empresas licitadoras*. Véase también, al respecto, el análisis de RECUERDA GIRELA, M.A. “La exclusión del licitador por la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 103, 2015, pp. 311-342.

vigésima novena, que pone en riesgo la unidad de criterio necesaria en este aspecto de control⁹¹².

6. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS ANTE UNA FALTA DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Fruto de todo lo anterior, surge aún una última cuestión en relación a la aplicación práctica de las disposiciones de los artículos 24 Directiva 2014/24 y 64 LCSP17, en relación a la posibilidad de reclamar indemnización por daños y perjuicios. Y es que, es evidente que la actual legislación impone, tal y como venimos de ver, una serie de obligaciones de actuación a las entidades adjudicadoras relacionadas principalmente con una labor de investigación, de prevención y de resolución de conflictos de interés.

Un conflicto de interés revelado en un momento procedimental tardío implica, sin lugar a dudas, un perjuicio para los licitadores no afectados por el mismo tanto si las actuaciones se retrotraen a un momento anterior –necesidad de incurrir en nuevos gastos de preparación de oferta, horas invertidas por el personal, etc.– como si el contrato se encuentra ya en ejecución y ya no es posible anularlo –fruto de las posibles ventajas indebidas producidas por dicho conflicto que podrían haber incidido en el resultado de la adjudicación. Hasta qué punto estos perjuicios pueden ser imputables a la Administración o entidad adjudicadora, y en qué medida podrán dar lugar a indemnización por daños y perjuicios en virtud de los artículos 268 y 340 del TFUE y el artículo 6.2 de la Directiva 89/665, conforman un nuevo objeto de debate que hasta ahora no había tenido lugar en la contratación pública europea. La reciente sentencia del TJUE, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, aborda por primera vez esta posibilidad, la cual tampoco había sido estudiado por la doctrina académica.

⁹¹²GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en p. 87; MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo...” *op. cit.* en pp. 151 y ss; PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. “El recurso especial en materia de contratación pública. Órganos encargados de su resolución”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 599-638 en pp. 636 y ss.

6.1. La relación entre nulidad e indemnización por daños

En primer lugar, debemos aclarar que un eventual recurso de reclamación de indemnización no tiene por qué corresponderse con una petición de nulidad de actuaciones. Es cierto que, para apreciar la admisibilidad de una pretensión de indemnización, *procede examinar si esa parte intenta obtener, a través de dicha pretensión, un resultado idéntico al que habría conseguido de haber prosperado un recurso de anulación que no interpuso a su debido tiempo contra un acto que le era lesivo*, en cuyo caso el recurso será inadmitido⁹¹³. Sin embargo, continúa el tribunal, *debe recordarse que sería contrario a la autonomía del recurso de indemnización, así como a la eficacia del sistema de recursos establecido por el Tratado, considerar que un recurso de indemnización es inadmisibile por el mero hecho de que pueda llevar a un resultado análogo al de un recurso de anulación. Tan solo podrá considerarse que un recurso de indemnización implica el uso de un procedimiento inadecuado cuando con él se pretenda en realidad la revocación de una decisión individual cuya destinataria sea la parte demandante y que ha ya adquirido firmeza de modo que el recurso de indemnización tenga el mismo objeto y el mismo efecto que un recurso de anulación*⁹¹⁴.

Aunque sí que se encuentran estrechamente vinculadas, e incluso la fundamentación de ambas acciones puede ser la misma, en base al derecho europeo no se corresponden necesariamente, son autónomas la una de la otra, y sus efectos jurídicos son diferentes: mientras una anulación genera efectos *ex tunc*, una sentencia de indemnización por daños y perjuicios tiene efectos *ex nunc*. En base al derecho europeo y a la jurisprudencia del TJUE, una reclamación por indemnización puede, como decimos, ir vinculada a una acción de anulabilidad o, por el contrario, interponerse cuando ésta ya no es posible debido a la firmeza de las actuaciones reclamadas, dirigiéndose únicamente a la consecución de una compensación.

En nuestro derecho nacional, sin embargo, se ha venido reconociendo que *el deber indemnizatorio no es un efecto que aparezca de forma aislada con respecto al resto de*

⁹¹³ TJUE, asunto, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 30.

⁹¹⁴ TJUE, asunto, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 30

*efectos*⁹¹⁵, configurándose como una fura de recurso dependiente y no autónoma de la petición de nulidad o anulabilidad de un acto concreto.

6.2. Requisitos para condenar a resarcir por razón de daños y perjuicios por actuación deficiente ante un conflicto de interés

En cuanto al fondo del recurso, esto es, la indemnización por daños, el TJUE ha venido admitiendo en reiterada jurisprudencia que es preciso que concurren tres requisitos, a saber, la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado⁹¹⁶.

(1) Para que concurra el requisito del comportamiento ilegal de una institución, se exige que se acredite una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares⁹¹⁷, para lo cual es determinante el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido⁹¹⁸, es decir, en el caso del conflicto de interés, el margen de discrecionalidad que se el reconoce al poder adjudicador en su apreciación del riesgo de un conflicto de interés y la adopción de medidas para mitigarlo o erradicarlo.

⁹¹⁵ DÍEZ SASTRE, S. “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”. En: *Obra Colectiva El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2017, pp. 273-318 en p. 287; CANO CAMPOS, T. “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”. En: *Obra Colectiva El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2017, pp. 57-116; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 136 ss.; DÍEZ SASTRE, S. “La invalidez de los contratos públicos”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 571-598.

⁹¹⁶ STJUE, asunto C-352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 39 a 42; asuntos C-120/06 P y C-121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 106 y 164 a 166; y asunto T-297/12, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, de 16 de octubre de 2014, apartado 28; asunto, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 62.

⁹¹⁷ STJUE, asunto C-352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 42 y 43; asuntos C-120/06 P y C-121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 173; y asunto, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 63.

⁹¹⁸ STJUE, asunto C-352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartado 40; y asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 64.

(2) En segundo lugar, el TJUE ha venido exigiendo que dicho acto ilegal produzca un perjuicio “real y cierto”, cuya demostración y prueba deberá corresponder al demandante⁹¹⁹.

(3) Por último, debe existir una relación causal directa entre el primero y el segundo requisito, es decir, entre la ilegalidad y el daño producido, cuya prueba recaerá igualmente en la parte demandante⁹²⁰.

6.2.1. La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares

En relación a una eventual indemnización por causa de un conflicto de interés, la infracción recurrida deberá ser, como se ha mencionado, una inacción o acción deficiente en las labores de supervisión que corresponden al órgano de contratación⁹²¹. En un caso tal, para apreciar la violación se debe estudiar si dichas actuaciones suponen una contravención suficientemente específica del principio de buena administración del artículo 41 de la CDFUE, del principio de igualdad de trato y, a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24, de su artículo 24 y, en concreto del artículo 57.4 y de la aplicación del principio de proporcionalidad a él ligada.

Pues bien, como decimos, fruto de la reiterada jurisprudencia citada a lo largo del presente trabajo y de la actual normativa europea de contratación, es evidente que *le corresponde [a la entidad adjudicadora] un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses*⁹²², e incumbe al mismo la obligación de preparar y adoptar, *con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate*⁹²³. Existe, de forma indudable, una obligación legal debidamente configurada de supervisar y actuar

⁹¹⁹ STJUE, asunto T-88/09, *Idromacchine y otros/Comisión*, 8 de noviembre de 2011, apartado 25; asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 65.

⁹²⁰ TJUE Asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 66.

⁹²¹ TJUE Asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 70.

⁹²² STJUE Asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 102; TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartados, 42 y 43.

⁹²³ STJUE Asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 106.

ante una situación de conflicto de interés, cuyo incumplimiento lesiona, además, algunos de los principios básicos de la contratación pública como el de igualdad de trato o buena administración⁹²⁴.

En este contexto, debe recordarse que el TJUE ha expuesto en reiterada jurisprudencia cómo una irregularidad que en circunstancias análogas no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite afirmar que el comportamiento de la institución ha constituido una ilegalidad que genera responsabilidad⁹²⁵.

En el citado caso *Vakakis kai Synergates*, en el que se dirime la existencia de un conflicto de intereses debido a la participación de uno de los expertos al servicio de un licitador en la preparación de los pliegos, el TJUE argumenta que se trata de un conflicto de intereses del que la entidad adjudicadora debería haber tenido conocimiento en un marco de actuación estándar, y que por tanto existía una obligación legal de investigar “de oficio” y en su caso actuar frente a esa situación⁹²⁶. En el caso señalado, la entidad adjudicadora se limitó a cuestionar a la entidad en conflicto vía e-mail acerca de dicha situación, concluyendo tras su respuesta negativa que no existía tal conflicto⁹²⁷. El TJUE entiende que esta actuación, o más bien la falta de ella, presenta deficiencias que suponen una quiebra de la diligencia debida exigible a la Administración como fruto de la obligación de prevenir los conflictos de intereses en las licitaciones públicas,

⁹²⁴ En el apartado 147, el TJUE se basa como elemento legal último que legitima tal afirmación en las disposiciones contenidas en el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo y en la *Procedures and practical guide (PRAG)*, que presentan obligaciones casi idénticas a las contenidas en el actual artículo 24 y 57.4 de la Directiva 2014/24.

⁹²⁵ STJUE, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 104; y asuntos T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 y T-225/99, *Comafrika y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, de 12 de julio de 2001, apartado 134.

⁹²⁶ STJUE, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartados 119 a 128.

⁹²⁷ *Asimismo, del escrito de 27 de enero de 2011 en el que se informaba a la demandante de que su oferta no había sido elegida se desprende que el comité de evaluación investigó las alegaciones de conflicto de intereses. A este respecto, ese escrito menciona la investigación y más concretamente el examen de documentos, de intercambios de correos electrónicos y de comunicaciones e indica que, aunque el Sr. P. aparecía como el autor del documento Word que contenía los TdR, este se limitó a proporcionar información general relativa a las secciones 1.4 y 1.5 de los TdR.* STJUE, T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 130.

al no poderse considerar probada la ausencia de conflicto o su incidencia en el procedimiento⁹²⁸:

De todos los elementos anteriores se desprende que, en las circunstancias del caso de autos, al no llevar a cabo ninguna verificación tras las declaraciones de la sociedad A. y del Sr. P. en las que afirmaban no encontrarse en una situación de conflicto de intereses, al abstenerse de investigar ex officio con el fin de determinar si la sociedad se encontraba en una situación de conflicto de intereses y al no llevar a cabo una investigación que permitiese establecer con certeza que la implicación del Sr. P. en la redacción de los TdR no constituía un conflicto de intereses, la Delegación de la Unión cometió una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente. Tal irregularidad debe ser calificada como una violación manifiesta y grave de la obligación de diligencia y, por tanto, como una violación suficientemente caracterizada de dicha obligación, del principio de buena administración y del artículo 41 de la Carta (apartado 148).

El TJUE entiende, en definitiva, que la ausencia de actuación o una actuación deficiente en las labores de investigación y control de los conflictos de intereses, la cual debe hacerse caso por caso y atendiendo a las circunstancias particulares, puede ser, en efecto, susceptible de generar una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

6.2.2. La necesidad de un perjuicio real y cierto y la necesidad de una relación causal

Un segundo elemento determinante a la hora de determinar una la procedencia de una indemnización es la necesidad de que exista un perjuicio real y cierto. Para asuntos relacionados con la contratación pública, el TJUE ha considerado que la no adjudicación de un contrato no puede suponer en si misma un perjuicio en forma de pérdida de un beneficio o pérdida de oportunidad, ya que en estos casos *el perjuicio resultante de la pérdida de un beneficio o del lucro cesante no es actual y real, sino*

⁹²⁸En el caso de autos, debe señalarse que el poder adjudicador no actuó con la prudencia y el cuidado requeridos al concluir, basándose en esos elementos, que no existía conflicto de intereses. STJUE, asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 131. Véanse también los apartados 132 a 146.

*futuro e hipotético*⁹²⁹. Este tipo de requisito únicamente se cumpliría en aquellos casos en los que cabe presuponer que, de no haberse producido las actuaciones ilegales de la Administración, el demandante cuya oferta fue rechazada habría sido adjudicatario del contrato⁹³⁰, algo que, *a priori*, parece difícil demostrar en un caso de conflicto de intereses.

Sin embargo, el TJUE ha admitido por primera vez, en la citada sentencia, la posibilidad de que el perjuicio producido por la falta de diligencia de la entidad adjudicadora de lugar a responsabilidad extracontractual, y en consecuencia a una reparación de los gastos y costes relativos al procedimiento de licitación incrementada con los intereses compensatorios⁹³¹. Según el alto tribunal europeo, aunque como norma general *los gastos y costes contraídos por un licitador con motivo de su participación en una licitación no pueden constituir, en principio, un perjuicio que pueda ser reparado mediante la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios*, este razonamiento no es de aplicación en *el supuesto de que una infracción del Derecho de la Unión en la tramitación del procedimiento de licitación haya afectado a las posibilidades de un licitador de obtener la adjudicación del contrato, so pena de vulnerar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima*.

Es evidente, tras lo estudiado a lo largo del presente trabajo, que la existencia de un conflicto de interés y la incapacidad para demostrar que dicha situación anómala no produjo ventaja indebida alguna deben ser entendidas como un escenario en el que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Si bien no puede entenderse que la deficiente actuación de la entidad adjudicadora afecte de forma directa a la no adjudicación del contrato al resto de licitadores, sí que puede entenderse que fruto de esa falta de diligencia existe un vicio en el procedimiento que afecta a las posibilidades de resultar adjudicatario del resto de participantes con respecto a aquel afectado por el conflicto de intereses, que disfrutó de una ventaja indebida⁹³². Esto, de acuerdo con el TJUE, constituye un perjuicio que es indudablemente imputable a la ilegalidad anteriormente expuesta, y que, en consecuencia, manifiesta la relación de causalidad existente entre una y otra realidad.

⁹²⁹ STJUE, asunto T-17/09, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, sentencia de 22 de mayo de 2012, apartado 123.

⁹³⁰ STJUE, asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 166.

⁹³¹ STJUE, asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 202.

⁹³² STJUE, asunto T-292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 198.

Este pronunciamiento del TJUE, que legitima por vez primera una compensación por daños y perjuicios fruto de una actuación defectuosa de la Administración, puede marcar un antes y un después debido, por un lado, a la necesidad de interpretar las normas nacionales con arreglo al derecho europeo y, por otro, al hecho de que las obligaciones legales de actuación en las que se basa el TJUE para apreciar la ilegalidad son aplicables a los contratos armonizados en base al artículo 24 de la Directiva 2014/24 –que además ha sido entendido como de efecto directo– y han sido transpuestas a la legislación nacional en el artículo 64. La posibilidad de incurrir en responsabilidad extracontractual fruto del incumplimiento de las obligaciones en materia de conflicto de interés son ya una realidad bajo el nuevo marco normativo comunitario y nacional. La sentencia *Vakakis kai Synergates* supone un antes y un después hacia la efectiva implementación de políticas efectivas de conflicto de interés, ampliando los mecanismos legales de corrección sobre la actuación deficiente de la Administración, que hasta ahora, en materia de conflicto de interés, se limitaban a la posible anulación de actuaciones. Así, el TJUE consolida la responsabilidad trasladada a las entidades adjudicadoras por parte del legislador en materia de integridad, contribuyendo, en definitiva, a crear incentivos hacia una instrumentalización real de los gestores como garantes de la integridad en la contratación pública.

7. LA TRANSPOSICIÓN DE LOS PRECEPTOS REGULADORES DEL CONFLICTO DE INTERÉS EN ESPAÑA

Lo expuesto hasta ahora evidencia la complejidad del fenómeno, las aristas de sus diversas formas de aplicación, la necesidad de armonizar su implementación con el respeto al principio de proporcionalidad, o las particularidades probatorias en sede judicial. Por ello, y debido a la finura jurídica que exige un control de este tipo de situaciones, la transposición de lo expuesto hasta ahora a la legislación nacional cobra una especial relevancia, ya que de ella depende, en buena medida, la efectividad de todo lo expuesto hasta ahora en el presente capítulo.

7.1. El artículo 64: ámbito y sistemas de denuncia

En nuestro país, la cuarta generación de directivas ha sido transpuesta por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En ella, la regulación de los conflictos de interés encuentra una distribución similar a la que hemos señalado en la Directiva, con un artículo definitorio, que determina el ámbito de aplicación de la regulación (art. 64), y otro que determina su alcance como causa de exclusión (art. 71.1.g). En cuanto al primero, el texto reza:

1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Tras su lectura, encontramos importantes similitudes con el estudiado artículo 24 de la Directiva 2014/24, del cual es prácticamente una transcripción literal. Sin embargo, se observan también dos posibles diferencias que pueden tener importantes efectos.

En primer lugar, la definición contenida en el apartado dos del artículo 64, delimita el ámbito subjetivo de aplicación indicando que podrá incurrir en conflicto de interés el *personal al servicio del órgano de contratación*. Este ámbito de aplicación excluye una

segunda parte que sí incluía la norma europea: *o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador*. Dicha delimitación subjetiva, aunque maneja una noción amplia de empleado público en tanto incluye a cualquiera que tenga relación laboral con el poder adjudicador, independientemente de la tipología de ésta, parece dejar fuera a aquellas personas que prestan un servicio en calidad de expertos externos, asesores, o cualquier otra figura que no permita catalogarlos como personal al servicio del órgano de contratación, como ocurre con la participación en consultas preliminares de mercado o en el diálogo competitivo, que no tienen una relación laboral con dicho organismo y que sin embargo, en la práctica, sí que tienen capacidad para influir en el desarrollo del contrato. Se trata, a nuestro juicio de una aproximación en exceso formalista al conflicto de interés, que hace que determinados conflictos que *de facto* pueden surgir en el desarrollo del procedimiento de contratación puedan quedar en la práctica desregulados.

Por otro lado, conviene recordar que la definición del artículo 24 es una definición de mínimos⁹³³, que además, como señalaron los tribunales contractuales nacionales en el documento elaborado al respecto, tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas⁹³⁴. Se trata de un ámbito subjetivo, el del artículo 24, sobre la que los Estados Miembros podrán añadir supuestos adicionales, pero en ningún caso reducir su alcance a través del desarrollo de legislación nacional. En consecuencia, cabría entender que el contenido del artículo 64.2 deberá interpretarse, al menos para aquellos contratos SARA, de forma acorde con el Derecho europeo⁹³⁵ en el sentido de que la expresión *personal al servicio del órgano de contratación* incluye a

⁹³³ Conviene recordar que el artículo 24 de la Directiva impone un ámbito de aplicación mínimo al establecer en su definición que *el concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación [...]*.

⁹³⁴ No sólo eso, sino que el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que es un Tratado Internacional refrendado por el Reino de España en 2006 y que, por tanto, despliega efectos jurídicos *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, p. 27; véase a su vez el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en p. 14 y ss.

⁹³⁵ Tal y como han afirmado diferentes autores, toda la legislación de contratos debe interpretarse de manera que esté acorde con el derecho europeo. MORENO MOLINA, J.A. "El derecho europeo de..." *op. cit.* en p. 140; BAÑO LEÓN, J.M. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas". *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, pp. 11-38.

los proveedor[es] de servicios de contratación que actúe[n] en nombre del poder adjudicador.

En segundo lugar, en la regulación nacional de conflicto de interés llama la atención un tercer párrafo sobre el que se insta a aquellas personas que tuvieran conocimiento de la existencia de un conflicto de interés de ponerlo en conocimiento de la entidad adjudicadora como actor encargado de resolverlo. Aquí se presentan, a su vez, diversas implicaciones. Como han mencionado otros autores, esta disposición se antoja a todas luces insuficiente en relación a la protección del denunciante, especialmente si lo que se pretende regular son las denuncias de aquellos empleados públicos⁹³⁶; pero por otro, abre una vía para la regulación de un canal de denuncia externa –por parte de los licitadores e incluso de la sociedad civil⁹³⁷–, que, como veremos, se configura como un aspecto esencial para una eficiente detección de las situaciones de conflicto, ya que tanto los licitadores (de cara a una eventual adjudicación del contrato), como los ciudadanos (como principal último en la relación de agencia, y por tanto destinatario de los servicios), tienen un interés propio en que el contrato se desarrolle con normalidad, objetividad y en condiciones de libre competencia y eficiencia de mercado. Se trata de intereses existentes que conviene aprovechar como mecanismo de control. Este punto es especialmente interesante en tanto en cuanto, a nuestro entender, la Ley permite a la entidad adjudicadora, articular en los pliegos de contratación mecanismos de denuncia externos que puedan dar inicio a un procedimiento de declaración y corrección de conflictos de intereses, contribuyendo, así, a la labor inquisidora que la Ley atribuye en este aspecto al órgano de contratación.

7.2. Deficiencias en la transposición del conflicto de interés como causa de exclusión⁹³⁸

⁹³⁶ TERRASA MÉNDEZ, E. “Ética y contratación pública. Programas de cumplimiento normativo y canales de denuncia”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

⁹³⁷ Sobre el papel de los licitadores y la ciudadanía en la prevención de la corrupción profundizaremos más adelante en el trabajo. Para ello, véanse p. 414 y ss.

⁹³⁸ Las deficiencias aquí apuntadas son de aplicación también, casi en su totalidad, a la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, de la Comunidad Foral de Navarra, en la que prácticamente se reproduce la forma de regulación de los conflictos de interés como causa de exclusión (art. 22.1.g) de nuestra Ley nacional 9/2017.

Sin embargo, los mayores problemas interpretativos se presentan cuando atendemos a la regulación de los conflictos de interés como causas de exclusión, contenida en el artículo 71.1.g):

No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

Este artículo abandona el enfoque funcional o finalista que marca toda la regulación de conflicto de interés tanto a nivel de la UE como en el artículo 64 de la Ley 9/2017 para acometer una ordenación estrictamente formalista de la prohibición de contratar. A través de referencias a legislación derivada, la redacción del precepto implica que, en la práctica, las prohibiciones de contratar únicamente se puedan aplicar a:

- Aquellas personas consideradas altos cargos por la Ley 3/2015.
- El personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984).
- Otras figuras públicas recogidas en la Ley 5/1985.

Puestas en conjunto, estas prohibiciones extienden, de acuerdo al ámbito subjetivo de las legislaciones referidas, el alcance de la prohibición –utilizando el vocabulario del artículo 2 de la Directiva 2014/24, que delimita el ámbito de aplicación– a todo el personal al servicio del *Estado, las autoridades regionales y locales, así como los organismos de Derecho público* financiados en más de un 50% con dinero público⁹³⁹. Sin embargo, ninguna de dichas normas, de las que la Ley 9/2017 hace depender la regulación de los conflictos de interés, parece ser de aplicación a aquellos organismos que no cumplen el requisito de la financiación *perocuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público*, a los cuales, sin embargo, sí que les es de aplicación el derecho europeo de contratos públicos y a los que se extiende, al ser considerados “poder adjudicador”, las definiciones del artículo 24 de la Directiva 2014/24 y del artículo 64.2 de la Ley 9/2017 relativas a los conflictos de interés⁹⁴⁰. De acuerdo a esta interpretación, por tanto, no cabría excluir a un operador económico por un conflicto de interés que afecte a un empleado de una de estas entidades contratantes aparentemente no cubiertas por las prohibiciones de contratar.

Adicionalmente, persistiría además la duda, ya expuesta durante el estudio del artículo 64.2, de si “el personal al servicio de” –expresión que se utiliza también en las normas que delimitan qué personas pueden generar un conflicto de interés⁹⁴¹– incluye –o debería incluir– aquellos *proveedor[es] de servicios de contratación que actúe[n] en nombre del poder adjudicador*. De forma similar a lo que ocurría en el caso del artículo 64.2, si se entiende que estas relaciones no se encuentran incluidas en la expresión “el

⁹³⁹ Así se desprende de los artículos 1 de la Ley 3/2015, 2 de la Ley 53/1984 y 55 de la Ley 5/1985.

⁹⁴⁰ Ya que tanto la Directiva 2014/24, en su artículo 2.1, como la Ley 9/2017, en su artículo 3.1.j), contemplan dichas entidades como entidades adjudicadoras y por ende sujetos pasivos de la Ley, incluidas las disposiciones relativas al conflicto de interés.

⁹⁴¹ Véase la redacción del artículo 2.1 de la Ley 53/1984.

personal al servicio de” no podría aplicarse una causa de exclusión a los conflictos surgidos en personas vinculadas de este modo, los cuales sí que se encuentran en todo caso incluidos en la regulación de las causas de exclusión de la Directiva europea, ya que en esta norma el ámbito subjetivo de la causa de exclusión del artículo 57.4(e) depende directamente del artículo 24.

Se trata, por tanto, de una “doble” limitación en el ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición de contratar en relación con el derecho europeo: por un lado, reproduciendo el error del artículo 64, de forma directa sobre de las personas físicas que pueden generar un conflicto de interés al no incluir determinados modelos de participación en las decisiones del poder adjudicador; y por otro, sobre las entidades adjudicadoras no AP que no estén financiadas al menos en un 50% por dinero público –y por ende, de forma indirecta, sobre el personal a su servicio.

Pero, más allá de lo expuesto, la regulación de los conflictos de interés como prohibición de contratar genera también una importante limitación del alcance objetivo con respecto al articulado de la Directiva 2014/24, ya que las legislaciones referidas en el artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017 únicamente regulan –salvo en el caso del alto cargo– aquellos conflictos de intereses directos, es decir, aquellos en los que son las propias actividades del empleado público las que, en una relación directa con la Administración, generan un conflicto de interés.

En todo caso, el alcance en relación a los conflictos indirectos de esta prohibición de contratar es notablemente limitado cuando el legislador establece supuestos tasados en los que se contemplarán conflictos indirectos como prohibición de contratar: *cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad*(y que, además, limita a los titulares de los órganos de contratación). Así, la redacción del artículo 71.1.g) está dejando irremediabilmente fuera de su alcance otros múltiples tipos de conflictos de interés indirectos a los que se ha hecho referencia, como aquellos generados por relaciones no familiares en las que no existe soborno o

intercambio de prestaciones directo: derivados de la financiación de partidos políticos, de la actividad en el mercado de empresas no licitadoras, etc.⁹⁴²

El legislador español, así, en su afán por normativizar las causas de exclusión, comete dos errores a nuestro juicio capitales: primero, tratando de realizar una lista exhaustiva, *numerus clausus*, de las situaciones que pueden dar lugar a conflicto, cuando lo cierto es que detallar las caras de este fenómeno representa una verdadera quimera; y en segundo lugar, acometiendo dicha sistematización a través de referencias a normas sobre conflictos de interés e incompatibilidades antiguas y de carácter administrativo general, y que no están concebidas para su aplicación a un mundo como el de la contratación pública, en el que la línea divisoria entre lo público y lo privado es aún más difusa y cuyo trazo se va desvaneciendo lenta pero incesantemente⁹⁴³. La naturaleza de la contratación pública y las nuevas formas jurídicas de organización administrativa y ejercicio del poder público exigen del legislador una aproximación a la problemática que tenga en cuenta todas las características señaladas a lo largo de estas páginas, y que no limite artificialmente los efectos de las normas haciéndolas caer en un formalismo inocuo.

Recordemos en este punto que, de acuerdo con nuestro TS y otros órganos consultivos,⁹⁴⁴ las causas de exclusión tienen un carácter tasado⁹⁴⁵, lo que impide que pueda excluirse a un licitador por causas diferentes a aquellas previstas legalmente, o lo que es lo mismo, que en efecto, todos aquellos conflictos de interés señalados en páginas anteriores que no pueden ser enmarcados en la enumeración del artículo 71.1.g), no podrían derivar en exclusión del licitador. Esto, en la práctica, deriva en que,

⁹⁴² Véanse pp. 291 y ss.; No sólo eso, sino que el legislador parece olvidar, en su remisión a legislaciones de incompatibilidad, incluir como causas de exclusión algunos casos de conflictos de intereses – abstención y recusación– regulados en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, que son aplicables, al menos, a los miembros de las mesas de contratación de las AP, y que de acuerdo al razonamiento expuesto en estas páginas, no podrá dar lugar a exclusión si no se corresponde con alguna de las legislaciones citadas por la Ley 7/2017.

⁹⁴³ A modo de ejemplo de un conflicto de interés indirecto nacido en un prestador de servicios externo, que estaría fuera del ámbito de aplicación de las causas de exclusión de la LCSP17, véase Resolución 070/2015, de 3 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en relación con el recurso especial interpuesto por ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela”, en la empresa encargada de evaluar las ofertas a su vez colaboradora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados

⁹⁴⁴ STS de 2 de octubre del 2000, RJ 2000\8598; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, informes 4/2009 y 6/2013.

⁹⁴⁵ BERBEROFF, D. “La doctrina del...” *op. cit.* en p. 176; MEDINA ARNÁIZ, T. “Las prohibiciones de...” *op. cit.* en pp. 752-753.

a pesar del mandato que el artículo 64 y la normativa comunitaria dirige a los poderes adjudicadores para luchar y prevenir los conflictos de interés, estos pueden encontrarse desprovistos de las herramientas necesarias en aquellos casos no contemplados como causa de exclusión y en los que ninguna otra medida sea plausible para poner fin a la situación anómala.

En definitiva, consideramos que se aprecian determinadas carencias en la forma en la que está concebido el conflicto de intereses como causa de exclusión que pueden, en la práctica, dejar inaplicable una definición que, con algunas carencias, entendemos notablemente acertada. El legislador español limita, a través de la redacción de las prohibiciones de contratar, la aplicación práctica de las medidas dirigidas a prevenir y evitar conflictos de intereses en la contratación pública. Frente a una definición de naturaleza funcional, que pretende huir de formalismos artificiales para dotarse de una aplicación amplia tanto en el ámbito subjetivo como objetivo, su regulación como causa de exclusión restringe el alcance a aquellos supuestos expresamente previstos en la legislación complementaria, deshaciendo la ventaja que una regulación del conflicto de interés específica para los contratos públicos pudiera tener y dejando fuera un amplio espectro de escenarios que se deberían haber previsto en una correcta transposición de las directivas.

Pero, yendo un paso más allá, podemos plantearnos si lo anteriormente señalado –la limitación del alcance de las causas de exclusión en lo que se refiere al conflicto de interés– puede plantear dudas sobre su adecuación del precepto al Derecho europeo (al menos su aplicación en contratos SARA). Para determinar dicha adecuación, deberíamos poder responder a la pregunta sobre si esta reducción del ámbito de aplicación por parte del legislador nacional es legítima y acorde con el derecho europeo. Se trata, por tanto, de una cuestión de discrecionalidad de los Estados Miembros en aplicación de derecho derivado comunitario.

En este punto conviene analizar el poder discrecional que el derecho europeo otorga a los Estados en la transposición de las directivas de contratos, y para ello, consideramos oportuno citar de nuevo aquí la opinión del AG referenciada anteriormente en el trabajo, en la que se afirma que el *Tribunal de Justicia subrayó en la sentencia La Cascina y*

otros⁹⁴⁶ que la aplicación de los casos de exclusión facultativa se deja a la apreciación de los Estados miembro (apartado 41), y continúa diciendo que el Tribunal de Justicia vuelve, pues, a refrendar la facultad de los Estados miembros para acoger y, si quieren, flexibilizar los criterios de exclusión [potestativos] (apartado 42)⁹⁴⁷. Siguiendo el razonamiento esgrimido por el AG en el citado caso, *si corresponde a los Estados miembros definir qué causas de exclusión –entre las previstas como facultativas por la Directiva 2004/18– regirán en su propio ordenamiento, es lógico que estén habilitados para concretar las condiciones o requisitos de su aplicación. Podrán, por lo tanto, configurar esas causas con mayor o menor rigor, de modo que, si prefieren someter cada una de ellas, o solo algunas, a un juicio o contraste de proporcionalidad ad casum, nada en la Directiva 2004/18 lo impide* (apartado 43)⁹⁴⁸. El tribunal parece dejar claro, pues, que las causas de exclusión facultativas pueden o no ser transpuestas por los Estados Miembros a elección de los mismos, y que por tanto corresponde a estos, en caso de que así lo consideren, concretar las formas y criterios de aplicación.

Este razonamiento, además, parece haberse ratificado por los tribunales españoles, como parece inferirse del hecho de que, tanto el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como el documento sobre los efectos directos de las directivas elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, consideren que el efecto directo de la Directiva 2014/24 no se aplica a la causa de exclusión por conflicto de interés, por entenderse que la facultad de implementarla se dirige a los Estados Miembros⁹⁴⁹.

No obstante, y volviendo a examinar la jurisprudencia del TJUE, el AG matiza que el ejercicio de esta potestad no es incondicionado, ya que debe velar, en concreto, por la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios como libertades fundamentales de la UE, y que, para ello, se debe garantizar la aplicación del principio

⁹⁴⁶ La sentencia a la que se hace referencia es STJUE C-226/04 y C-228/04, *La Cascina*, de 9 de febrero de 2006, apartados 21 y 23.

⁹⁴⁷ Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

⁹⁴⁸ Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*; véase también TJUE, asunto C-199/15, *Ciclat*, de 10 de noviembre de 2016, apartado 36.

⁹⁴⁹ Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 9; *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, p. 38.

de proporcionalidad que justifique la exclusión en cada caso⁹⁵⁰. De hecho, el TJUE ya se ha posicionado en relación a la posibilidad de que el legislador nacional elimine la aplicación del principio de proporcionalidad en un caso de conflicto de interés concreto, en el asunto *Michaniki AE*. La sentencia trataba de dilucidar si una norma nacional que preveía la exclusión automática por incompatibilidad en aquellos casos en los que uno de los licitadores en el procedimiento de contratación es a su vez propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa de medios de comunicación. Así, el TJUE afirma que *conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario [...] una norma que establece una incompatibilidad general entre el sector de las obras públicas y el de los medios de comunicación [...] excede de lo necesario para alcanzar los objetivos invocados de transparencia y de igualdad de trato, dado que excluye a una categoría completa de empresarios de obras públicas sobre la base de la presunción absoluta de que la presencia entre los licitadores de un empresario también implicado en el sector de los medios de comunicación supone necesariamente que se falsee la competencia en perjuicio de los demás licitadores*⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*, apartado 44. Véanse, en este mismo sentido, las opiniones del Abogado General en el Caso C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato*, Advocate 21 June 2017, apartado 53. En ellas afirma que *se desprende que el ejercicio de esta potestad por los Estados no es, sin embargo, incondicionado. Por un lado, la Unión otorga gran importancia a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, lo que la impulsa a allanar el camino para que la apertura de los procedimientos de licitación sea lo más amplia posible, designio respecto del que la aplicación de las causas facultativas de exclusión podría ser un obstáculo. Y por otro, es legítimo justificar los motivos de exclusión en objetivos de interés general, como son las garantías de fiabilidad, de diligencia, de honestidad profesional y de seriedad del licitador. Para la verificación de ese contraste de intereses, el Tribunal acude al principio de proporcionalidad.*

⁹⁵¹ TJUE, asunto C- 213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulio Radioteleorasis*, de 16 de diciembre de 2008, apartados 48, 62 y 63; En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE sobre una norma nacional – italiana – que preveía la exclusión automática de aquellos licitadores que presentaran indicios de estar incurso en prácticas colusorias o de falseamiento de la competencia (en el mismo procedimiento y sin sentencia firme), al considerar que una previsión tal viola al principio de proporcionalidad de Derecho europeo STJUE, asunto C-425/14, *Impresa Edulix*, de 22 de octubre de 2015. No obstante, conviene destacar que en otras ocasiones el TJUE ha aceptado una cierta limitación del principio de proporcionalidad en determinados supuestos, si bien es cierto que se trata de causas de exclusión, como el impago de las obligaciones de seguridad social, que en la Directiva 2014/24 se incluye como causa de exclusión obligatoria si existe sentencia firme. Así: *el principio de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, para los contratos públicos de obras cuyo valor es inferior al umbral definido en el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, obliga a las entidades adjudicadoras a excluir del procedimiento de adjudicación de un contrato de ese tipo a un licitador responsable de una infracción en materia de pago de cotizaciones de seguridad social si la diferencia entre las cantidades adeudadas y las abonadas es de un importe superior, a la vez, a 100 euros y al 5 % de las cantidades adeudadas.* En el TJUE, asunto C- 358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vs Comune di Milano*, de 10 de julio de 2014, apartado 41. No obstante, como decimos, el tribunal parece atribuir una especial relevancia al principio de proporcionalidad en el caso de los

Así, aunque es cierto que el TJUE ha generado reiterada jurisprudencia en la que confirma la libertad de los Estados Miembros para regular la forma en la que se aplican las causas de exclusión opcionales (si es que consideran oportuno aplicarlas), no es menos cierto que en dicha regulación debe respetarse el principio de proporcionalidad.

En todo caso, conviene recordar que dichas interpretaciones se refieren a la Directiva 2004/18, y al tiempo destacar que el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 presenta ciertas novedades en la redacción. Así, en el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18, que recogía las cláusulas de exclusión potestativas, se establecía que *los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado*; mientras que la nueva redacción prescinde del párrafo que preveía la libertad del legislador nacional para definir las condiciones de aplicación de las causas de exclusión potestativas.

Además, también se aprecia un cambio de redacción que puede revestir cierta importancia en la primera frase del artículo, que en el caso de la Directiva 2014/24 (art. 57.4) reza: *los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones....*, mientras que, por el contrario, en el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18 el legislador se limitaba a afirmar que *podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico...*

Los dos cambios mencionados, interpretados de forma conjunta, podrían al menos generar dudas sobre los destinatarios del nuevo artículo 57.4 o sobre el grado de discrecionalidad que el legislador europeo pretendía ceder al nacional en la aplicación y modificación de las condiciones de exclusión. ¿Podría implicar esta nueva redacción una mayor limitación al poder de discrecionalidad de transposición de los Estados Miembros? La respuesta, probablemente, tendrá que ser respondida por el TJUE, pero lo que sí es cierto es que esta explícita alusión a los poderes adjudicadores parece indicar que el artículo 57.4 se encuentra, por primera vez, dirigido a las entidades contratantes, y no a los Estados miembros –o, al menos, no exclusivamente–, y por

conflictos de interés, lo que hace improbable que este tipo de razonamiento fuera aplicado al dichos supuestos.

tanto aquellas deberían poder dilucidar, en cada caso concreto, si procede excluir o no al licitador en cuestión⁹⁵². Una legislación nacional que limita el alcance de la causa de exclusión, como sucede con la española, está impidiendo a la entidad adjudicadora, *de facto*, ejercer un poder discrecional que la propia Directiva parece reservarle. Esta interpretación alimentaría las dudas expuestas sobre la adecuación al Derecho del precepto nacional que analizamos y desde luego, en nuestra opinión, una reducción tal de las causas de exclusión conduce a una inaplicabilidad parcial del artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24, así como a una limitación artificial e innecesaria del alcance de un artículo 64 de la Ley 9/2017 que se pretendía ambicioso –y también del artículo 24 de la Directiva 2014/24 que, recordemos, se considera de efecto directo.

Por último, puede hacerse, aún, otra objeción más a la regulación nacional de las causas de exclusión referente al elemento *deobligatoriedad de excluir* presente en la causa de exclusión basada en conflictos de interés del artículo 71.1.g). Y es que la interpretación expuesta en las páginas anteriores, que cuestiona los límites de la discrecionalidad del legislador nacional en materia de causas de exclusión, unido a las afirmaciones del AG referidas unas páginas más arriba en los casos C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato*, y C-171/15, *Connexion Taxi Services*, sobre la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad a las causas de exclusión potestativas y el carácter tuitivo para el licitador y la concurrencia que fundamenta todo el sistema de exclusión⁹⁵³, podrían conducirnos a cuestionarnos si la regulación del conflicto de interés española, en tanto en cuanto impone como automática la exclusión en casos de conflicto de interés, podría representar también una extralimitación del legislador español en el ejercicio de su discrecionalidad de transposición, en la que se podría haber vulnerado el principio de proporcionalidad, que debe servir, recordemos, según establece la propia Directiva 2014/24/UE, como eje vertebrador a lo largo de todo el procedimiento de contratación⁹⁵⁴ y que debe observarse especialmente en toda medida relacionada con el conflicto de interés.

⁹⁵² Así lo considera también PRIESS, que enciende que la nueva redacción encierra un claro cambio de destinatario en cuanto a las medidas de exclusión (y self-cleaning) se refiere. PRIESS, H.J. “The rules on...” *op. cit.* en pp. 112-123.

⁹⁵³ BERBEROFF, D. “La doctrina del...” *op. cit.* en p. 176.

⁹⁵⁴ Artículo 18.1 de la Directiva 2014/24: *Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.*

Por ello, si una entidad adjudicadora detecta un conflicto de interés de los regulados en el artículo 71.1.g) y, en aplicación del principio de proporcionalidad, decide, por ejemplo, recusar a la persona generadora del conflicto (empleado público) de su participación en el contrato, poniendo fin al conflicto, ¿es legítima esta decisión? ¿O por el contrario debe excluir al operador económico de manera automática salvo que éste demuestre que ha tomado las medidas autocorrectoras suficientes? ¿Debe interpretarse el artículo 71.1.g) de forma que permita la no exclusión del licitador en aquellos casos en los que no sea necesario para poner fin al conflicto de interés o se motive que éste no tenga incidencia sobre el desarrollo de los procedimientos?

Como decimos, una interpretación literal de lo establecido en el artículo 71.1.g) de la Ley implicaría que, en aquellos casos contemplados por la misma, el poder adjudicador debería proceder a la exclusión del licitador afectado a la mayor brevedad posible desde el momento en el que se tenga conocimiento de la existencia de tal situación, siendo la única opción de “no exclusión” que el operador económico, de acuerdo con lo recogido en los artículos 72.5 de la Ley 9/2017 y artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, hubiera tomado las medidas autocorrectoras suficientes como para considerarse que ha puesto fin a tal situación de conflicto (algo que, como se ha mencionado, es difícil de lograr desde la perspectiva del licitador en un supuesto de conflicto de interés⁹⁵⁵).

En evidente, tras lo expuesto, que el artículo 71.1.g) afecta principio de proporcionalidad, si bien debemos aún determinar si dicha limitación en la aplicación del principio puede entenderse legítima o no en base al Derecho europeo.

Pues bien, si entendemos que la nueva redacción de las causas de exclusión, y en especial del conflicto de interés, se dirige de forma directa a los poderes adjudicadores y reduce o elimina la discrecionalidad en su transposición por parte de los Estados Miembros, admitiríamos que su alcance no puede ser modificado por estos últimos, y que por tanto la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación del conflicto de interés es un elemento esencial que no puede ser inaplicado por una norma nacional. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña lo consideró así para el caso de actos colusorios (57.4.d) e intento de

⁹⁵⁵Véanse pp. 301 y ss.

influencia indebida en el proceso (57.4.i), al afirmar que *estas causas de exclusión son potestativas para los poderes adjudicadores pero se prevén en la Directiva sin dejar margen de maniobra a los estados miembros para su transposición*⁹⁵⁶. Sin embargo, no se pronunció de forma explícita acerca del conflicto de interés, mientras que otros tribunales entendieron, como se ha mencionado, que todas las causas de exclusión facultativas iban dirigidas a los Estados Miembros y precisaban necesariamente de transposición, dejando un amplio margen discrecional al legislador nacional.

En todo caso, aunque entendiéramos que los Estados Miembros disponen aún de un cierto poder discrecional, podría cuestionarse si el principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto ha sido expuesto como principio general por parte de la Directiva⁹⁵⁷ y como elemento esencial en la aplicación de causas de exclusión facultativas⁹⁵⁸, puede convertirse en estéril por medio de legislación nacional sin que esto suponga un quebranto del Derecho europeo de la contratación pública y de las libertades de Derecho originario que los principios pretenden garantizar⁹⁵⁹. El TJUE ya ha proclamado, en relación a otras causas de exclusión como las relativas al falseamiento de la competencia (Artículo 57.4.d), la prohibición de que una ley nacional deje inaplicable el principio de proporcionalidad a través de una obligatoriedad de excluir⁹⁶⁰. En el caso de los conflictos de interés, en los que el texto de la Directiva hace especial insistencia en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, el TJUE ha venido expresando la necesidad de que tanto la existencia de estos como el estudio de las actuaciones necesarias para su control deben ser apreciadas individualmente en cada caso⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente). pp. 19-20

⁹⁵⁷ Artículo 18.1 Directiva 2014/24 y considerando primero, que establece que *la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia*

⁹⁵⁸ Véanse pp. 294 y ss.

⁹⁵⁹ Véase nota al pie 950.

⁹⁶⁰ TJUE, asunto C-144/17, *Lloyd's of London*, de 8 de febrero de 2018.

⁹⁶¹ TJUE, asunto T-292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartado 74.

En nuestra opinión, es evidente que existen deficiencias importantes en la regulación del conflicto de interés de la Ley 9/2017, que seguirán presentes en tanto en cuanto no se asuma de forma explícita la función de *último recurso* de la exclusión en materia de conflictos de interés, y por tanto la obligatoria aplicación del principio de proporcionalidad en todos los supuestos. De lo contrario, se estaría, en la práctica, vaciando de contenido el nuevo reparto competencial que en relación al conflicto de interés realizan las directivas.

Si bien los Estados Miembros deben tener incuestionablemente un cierto margen en la transposición de las Directivas, entendemos que, en atención a lo expuesto hasta ahora, la norma europea exige un alcance mínimo del concepto, al tiempo que una ponderación efectiva del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas, que forman parte del contenido mínimo de respeto a los principio de la contratación pública y que, por tanto, no pueden ser obviadas en su esencia por las legislaciones nacionales⁹⁶². Así, conviene recordar que, en casos como los expuestos, en los que una interpretación conforme al derecho comunitario pueda entenderse imposible, el órgano jurisdiccional nacional está obligado aplicar de manera íntegra el derecho de la UE en detrimento de aquellas disposiciones de derecho nacional contrarias a él en la medida en que éstas conduzcan a un resultado contrario al derecho de la UE y sus fines últimos⁹⁶³.

Con la transposición española, el legislador nacional deja poco margen de maniobra a los poderes adjudicadores, lo que, frente a lo que dispone la Directiva, que prevé un alcance amplio de la causa de exclusión y a su vez exige una aplicación escrupulosa del principio de proporcionalidad y de motivación de las decisiones, revertiría en: (1) un ámbito de aplicación subjetivo y objetivo considerablemente limitado; y (2) en los casos sí contemplados, la exclusión directa por causa de conflicto de interés como regla general, y por tanto inaplicabilidad práctica del principio de proporcionalidad.

⁹⁶² Tal y como ha afirmado en repetidas ocasiones MORENO MOLINA, el la norma nacional debe en todo momento interpretarse de acuerdo al derecho europeo. MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 142.

⁹⁶³ MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 142; ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo”. *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, n.º 1.921, 2002, p. 2.354.

8. DIVERGENCIA EN LAS RAÍCES: LAS DIFERENCIAS DE APROXIMACIÓN

Mientras el derecho de la contratación pública europeo ha apostado de forma decidida – y a nuestro juicio, acertada– por una aproximación funcional y flexible al conflicto de interés, que responde a las complejidades tanto del fenómeno como del sector a regular, el legislador español parece resuelto a mantener un sistema prescriptivo de la regulación, basado en las incompatibilidades del empleado público –convendría recordar que el conflicto de interés no es lo mismo que una incompatibilidad del empleado público, ya que una incompatibilidad implica siempre un conflicto de interés, pero no al revés, un conflicto de interés no implica necesariamente la existencia de una incompatibilidad, y del mismo modo, ni la una ni la otra tienen por qué corresponderse con una prohibición de contratar⁹⁶⁴–, que prevé una tipificación exhaustiva de supuestos

⁹⁶⁴ Las incompatibilidades del cargo público, que tienen un importante arraigo en los países de fuerte tradición administrativa como el nuestro, recogen determinadas actividades que el empleado público que se consideran ilegítimas, mientras que los conflictos de interés son situaciones anómalas que se producen por el mero funcionamiento del sistema de mercado y el hecho de que todas las personas ocupan más de un rol social. Las incompatibilidades correspondería, pues, con determinados conflictos de interés que se consideran especialmente gravosos o evidentes, pero en todo caso existe un segundo grado de conflictos de interés difusos o indirectos, cada vez más complejos debido a la creciente confusión entre lo público y lo privado y a los sistemas de financiación y de negocio en el mercado, que también precisan de atención y cuya aproximación no puede ser la misma que la de aquellos conflictos directos o evidentes. OCDE. *Managing Conflict of... op. cit* en pp. 62 y ss. Una interpretación inadecuada de la diferencias entre las tres figuras podría dar lugar a problemas interpretativos incluso en conflictos de intereses flagrantes como la del Informe de la Junta Consultiva 3/2017, de 27 de abril de 2017. El Observatorio de los Contratos Públicos, por su parte ya advirtió, en un documento elaborado por algunos de sus miembros, al legislador español sobre la necesidad de clarificar y distinguir las nociones de incompatibilidad, conflicto de intereses y prohibición de contratar, que no tiene por qué corresponderse entre sí, de forma que se puede excluir a un operador que no está incurso en incompatibilidad, o no excluir a un licitador que experimenta un conflicto de interés. El texto literal del informe advertía:

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. Las dificultades de interpretación de las causas de incompatibilidad que permiten apreciar la existencia de una prohibición de contratar han provocado un gran número de resoluciones de las Juntas consultivas de contratación pública sobre todo en relación con el ámbito de la contratación local.

Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una “regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses” (como ya se había sugerido en el Informe 16/2014, de 17 de diciembre, Junta Consultiva Contratación Administrativa de Cataluña).

Esta proposición, como puede comprobarse a estas alturas de la investigación, fue por completo ignorada por el legislador. GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A. (dir.) *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017; MEDINA ARNÁIZ, entre otros, ha sido especialmente crítica con la falta de adecuación de la nueva Ley a la diferenciación expuesta. Véase

de conflicto, lo que en la práctica reduce el alcance de su aplicación y modifica los principios básicos que el derecho europeo prevé para la misma –es el caso, como hemos señalado, del principio de proporcionalidad y la responsabilidad delegada en el órgano de contratación.

La transposición a nuestro derecho nacional de las prescripciones comunitarias relativas al conflicto de interés evidencia, a nuestro juicio, que el legislador no ha comprendido –o no ha querido comprender– el fin último perseguido por las mismas, que no es otro que la cesión de responsabilidad (y discrecionalidad) a la entidad adjudicadora hacia la evaluación de los conflictos de interés, de forma que se facilite la adopción de medidas adaptadas a las necesidades concretas de cada caso, llevándose e a cabo el eventual control sobre las actuaciones del órgano de contratación en sede judicial. Algo que, además, se pone de manifiesto expresamente por la reciente jurisprudencia del TJUE que acepta, por vez primera, y fruto precisamente del mencionado trasvase de responsabilidad hacia los órganos de contratación en esta materia, la posibilidad de condenar a la Administración a indemnizar a los licitadores no afectados por un conflicto de interés cuando la actuación de aquella fue manifiestamente insuficiente o deficiente.

Al sustentarse en aproximaciones diferentes, la regulación europea y española sobre el conflicto de interés colisionan desde la base inspiradora de las mismas. Mientras la perspectiva prescriptiva del conflicto de interés del legislador español encuentra su fundamento último en el derecho sancionador, que precisa de una esencial positivización, un importante grado de detalle y una actuación meramente mecánica de la entidad adjudicadora en su aplicación, el legislador europeo parece fundar su regulación en la teoría del control de la discrecionalidad administrativa, mucho más flexible, que deriva una gran responsabilidad de aplicación sobre el órgano de contratación y que basa su examen en la aplicación directa de los principios del Derecho.

No obstante, a nuestro juicio, ambas aproximaciones pueden ser compatibles, siempre y cuando los ámbitos de aplicación, alcance y fundamentos jurídicos de cada una sean claros y diferenciados. Un control de discrecionalidad a través del análisis y examen de los conflictos de interés debe tener una mayor amplitud y aspirar a alcanzar toda posible

situación de conflicto, de cara a poder subsanarla en aplicación directa de los principios de integridad, buena administración y proporcionalidad. Para ello, el traslado de la responsabilidad inquisidora de los órganos de control al poder adjudicador se antoja un elemento esencial, ya que, como veremos, el autocontrol y la instrumentalización de los agentes intervinientes en el proceso debe ser uno de los elementos esenciales en la estrategia hacia la integridad⁹⁶⁵.

Sin embargo, esto no quita que determinadas situaciones de conflicto de intereses, por considerarse especialmente flagrantes o riesgosas para la integridad de la Administración, puedan ser merecedoras de sanción disciplinaria o de cualquier otro tipo, lo cual deberá ajustarse a un estricto principio de legalidad y deberá ser expresamente previsto por el legislador⁹⁶⁶. Al no ser reconocido, como se ha apuntado a lo largo del capítulo, el carácter sancionador de las causas de exclusión en materia de contratación –al menos no en sentido estricto–, su implantación en relación con el conflicto de intereses debe responder a un enfoque descriptivo y funcional del fenómeno que no ponga cerco artificialmente a su alcance. Aquí radica, en nuestra opinión, el error del legislador español, el cual, al regular la causa de exclusión del conflicto de interés, lleva a cabo una normativización basada en el derecho sancionador que despoja de poder a la entidad adjudicadora en el abordaje del conflicto de interés, privando, por un lado, de aplicabilidad al principio de proporcionalidad en los casos expresamente contemplados como causas de exclusión, y dejando, por otro, inaplicable la exclusión a un determinado número de casos que, por sus características subjetivas u objetivas, no están comprendidos en el precepto.

Las medidas de prevención del conflicto de interés, en definitiva, incluida en su caso la exclusión del licitador, deben ser abordadas desde una perspectiva funcional –y no formal– del fenómeno, sin perjuicio de las posibles sanciones disciplinarias que puedan derivar del caso y que, como decimos, responden a una ponderación diferente (indirecta, a través de la legislación) de los principios del Derecho. La diferenciación de ambas aproximaciones debe quedar clara de cara a una óptima sistematización del sistema de

⁹⁶⁵ YUKINS, C. “A Versatile Prism...” *op. cit.* en p. 82.

⁹⁶⁶ PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en pp. 153 y ss.

prevención y control de conflictos que esté en línea con el Derecho europeo, que obligaría a repensar el sistema de prohibiciones de contratar ⁹⁶⁷ .

⁹⁶⁷GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en...” *op. cit.* en p. 26.

Capítulo V

HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (I): ASPECTOS ESTRUCTURALES Y POLÍTICA DE INCENTIVOS

Cette brume insensée où s'agitent les ombres, comment pourrais-je l'éclaircir?

**Frase atribuída de Raymond Queneau en *W ou le souvenir d'enfance* – Georges
Perec**

1. CUESTIONES PRELIMINARES: POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LAS HERRAMIENTAS DE PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

La construcción normativa es la base sobre la que se asienta toda la acción anticorrupción de un sistema. Su diseño determina el margen de actuación de los poderes adjudicadores, el grado de publicidad exigido, así como los límites a las mismas. Un correcto diseño de la estructura jurídica que sustenta el procedimiento puede dificultar de manera efectiva la aparición de corrupción; y por el contrario, una construcción deficiente –que puede pecar tanto por exceso como por defecto– puede facilitar la opacidad y la arbitrariedad o, en el otro extremo, maniatar al gestor y derivar en un sistema de contratación inoperante.

De esta forma, la estructura normativa de contratación debe encontrar un equilibrio nada sencillo en la tensión necesaria entre eficiencia, discrecionalidad y objetividad en la actuación pública. De manera general, podemos decir que el esqueleto normativo de la estrategia anticorrupción, por su carácter preventivo, centra su atención en los conflictos de interés, de forma que la norma trata de: (1) por un lado, crear mecanismos de información que corrijan la asimetría informativa entre el principal y el agente, de manera que los eventuales conflictos sean detectables⁹⁶⁸; y (2) por el otro, trazar un procedimiento de contratación que, por su distribución de roles y tareas, dificulte la aparición de conflictos de interés.

1.1. La corrección de la asimetría informativa

Como se ha puesto de manifiesto al abordar la naturaleza del conflicto de interés, una de las principales deficiencias del sistema de relaciones de agencia es que genera, de forma residual, una asimetría informativa entre el agente (los gestores), y los posibles principales (todos aquellos garantes del interés público: entidad adjudicadora, órganos de control, ciudadanía, etc.). Debido a ello, el principal carece de la información

⁹⁶⁸ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 10; ROSS, S.A. “The economic theory...” *op. cit.* en pp. 134-39.

suficiente para controlar de forma efectiva las actuaciones de agente. La creación de mecanismos que corrijan esta anomalía debe ser, por tanto, uno de los pilares fundamentales del desarrollo legislativo⁹⁶⁹.

El principal mecanismo de corrección que permite conocer los posibles intereses personales o de otra índole contingentemente enfrentados a la defensa del interés públicos son las declaraciones de bienes y actividades y las declaraciones de ausencia de un conflicto de interés. Si se conocen todos los intereses de una persona, un conflicto de interés no podrá permanecer oculto. A través de estas medidas se genera un deber de información por parte de los empleados públicos que se concreta en la declaración por parte de éste de determinada información relativa a sus ingresos, actividades, patrimonio o intereses⁹⁷⁰.

Sin embargo, este tipo de medidas presentan determinadas limitaciones. Actualmente la legislación nacional únicamente prevé la obligación de realizar declaraciones de bienes para determinados cargos electos y otros altos cargos de la AP⁹⁷¹. El ámbito subjetivo de aplicación que se ve ampliado ligeramente en determinadas CCAA por el desarrollo normativo regional⁹⁷², pero en líneas generales, únicamente los puestos electos y determinados altos cargos de la AP que se supone tienen un poder específico son considerados sujetos pasivos de este tipo de obligaciones. Estas medidas, por tanto, en la práctica contractual no se aplican a ninguno de los empleados de los PANAP, e incluso dentro de la Administración Pública excluyen a un importante número de personas –tanto empleados públicos como expertos externos– que desempeñan labores decisivas en el procedimiento de contratación. Si reflexionamos acerca de una posible aplicación integral, encontraremos que uno de los mayores problemas que presentan este tipo de medidas es que necesariamente deben tener un alcance subjetivo limitado.

⁹⁶⁹ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 4; YUKINS, C. “A Versatile...” *op. cit.*

⁹⁷⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en pp. 191 y ss.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 208.

⁹⁷¹ El ámbito subjetivo está recogido, para la AGE, en el artículo 2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y para la Administración Local, en el artículo 72 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁹⁷² Véase, a modo de ejemplo, la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

Exigir declaraciones de bienes a todos los sujetos susceptibles de dar lugar a un conflicto de interés entendido en los términos expresados en el capítulo anterior implicaría recabar la información relativa al conflicto de interés a dos niveles diferentes. Así, en primer lugar, debería transmitirse la declaración al propio poder adjudicador como órgano encargado de prevenir y controlar los conflictos de interés⁹⁷³. Sin embargo, como hemos visto, ya sea por carecer de los medios de control adecuados o por un comportamiento negligente o doloso, en ocasiones la función de supervisión no se ejecuta correctamente, y entonces los licitadores, personas interesados o la sociedad civil es la que asume el papel de control (segundo nivel de información). Para estos casos, la divulgación de información debe dirigirse también al público en general, y es aquí donde los límites relativos a la confidencialidad y datos de carácter personal –pues se trata de informaciones que, a diferencia de lo que sucede en el resto de los datos manejados en la contratación pública, afectan a personas físicas de forma directa y tienen carácter de datos personales⁹⁷⁴.

El hecho de que las informaciones proporcionadas se refieran y provengan de personas físicas implica, en primer lugar, que su difusión deberá cumplir con los requisitos esgrimidos en el la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como los recogidos en el artículo 15 de la Ley Ley 19/2013⁹⁷⁵, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁹⁷⁶. Además, entroncan directamente con el derecho a la intimidad recogido en el artículo 8 del CEDH y en el

⁹⁷³ Recordemos que, al tratarse de datos correspondientes a personas físicas, su tratamiento deberá regirse, en principio, por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

⁹⁷⁴ TEJEDOR BIELSA, J.C. “A la búsqueda del equilibrio entre transparencia y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas: Nueva Época*, 12, 2014.

⁹⁷⁵ Al respecto, véase, por todos, PIÑAR MAÑAS, J.L. “Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”. *Revista catalana de dret públic*, n.º 49, 2014, pp. 1-19.

⁹⁷⁶ BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal...” *op. cit.* en p. 195.

artículo 7 de la CDFUE⁹⁷⁷. Estas disposiciones exigen, en esencia, que los datos personales tratados por el sector público sean recogidos de manera lícita y basados en objetivos legítimos, y que se gestionen con las garantías que aseguren la protección de los derechos fundamentales, esencialmente los relativos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE)⁹⁷⁸, de forma que habrá de realizarse la ponderación de intereses y derechos prevista en el artículo 15.3 de la LTAIBG⁹⁷⁹.

En el caso de los empleados públicos, el margen de publicación establecido por la Ley es relativamente amplio, ya que se considera que la protección de los datos personales es la excepción al derecho de información pública, y no al contrario⁹⁸⁰. No obstante, esta difusión de información está sujeta a los límites expuestos y precisa del consentimiento, o al menos del conocimiento, por parte de las personas afectadas, pues la publicación de las declaraciones y su incorporación a los registros de intereses regulados por el artículo 75.7 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local constituirá una cesión de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) de la Ley Orgánica 15/1999 como *toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado*⁹⁸¹. Todavía mayores problemas plantea la posibilidad de publicación de informaciones relativos a asesores externos u otros participantes privados en el proceso, de los cuales se requerirá consentimiento expreso y en los que, además, deberá cuidarse de no divulgar información que pudiera contener secretos comerciales o información confidencial del operador económico en cuestión⁹⁸².

En definitiva, la regulación de las declaraciones de bienes presenta, en relación con la contratación pública, determinadas limitaciones en cuanto al ámbito subjetivo, cuya

⁹⁷⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “El principio de confidencialidad en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 867-911.

⁹⁷⁸ OLIVARES HORTAL, A. “Confidencialidad y transparencia...” *op. cit.* en p. 89; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 209.

⁹⁷⁹ Criterio interpretativo CI/001/2015 del CTBG; BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal...” *op. cit.* en p. 195.

⁹⁸⁰ GUICHOT, E. “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”. *Revista de Administración Pública*, 173, 2007, pp. 407-445.

⁹⁸¹ Informe Jurídico 0212/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos.

⁹⁸² OLIVARES HORTAL, A. “Confidencialidad y transparencia...” *op. cit.* p. 89; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “El principio de...” *op. cit.* en p. 878 y ss.

corrección implicaría dificultades relativas a la divulgación y tratamiento de datos patrimoniales de todos los participantes en el proceso decisorio.

A esto habría que añadir la posible carga administrativa y los riesgos de ralentización y burocratización del procedimiento fruto de una hipotética exigencia de este tipo de declaraciones a todos los participantes en el procedimiento, que pondrían en riesgo la esencial eficiencia sobre la que pivota el sistema de compra pública europeo⁹⁸³. Como expone GARCÍA MEXÍA⁹⁸⁴, ya a finales de siglo pasado existía en nuestro país un sistema de declaración de bienes que, si bien es cierto que ha ido ampliando su ámbito de aplicación subjetivo, guarda, en esencia, las mismas bases legales y presenta, también, las mismas limitaciones. Entre ellas, se encuentra la posible burocratización, la potencial vulneración de la confidencialidad y el derecho a la intimidad de los empleados, o como se viene afirmando a lo largo del trabajo, la imposibilidad de regular por este tipo de medios todos los tipos de conflictos de interés o todas las personas que pueden en la práctica generar este tipo de situaciones.

Por ello, consideramos que si bien las declaraciones de bienes pueden ser de utilidad para controlar determinados fenómenos relacionados con la contratación pública como la denominada como “captura de las instituciones” o “*grand corruption*” –por aplicarse esencialmente a altos cargos y políticos–, no puede pretender ser un instrumento definitivo de prevención integral de los conflictos de intereses generados en el contrato, y su implantación deberá, en todo caso, ser complementada con otro tipo de medidas para evitar caer en el error común de vincular las políticas de integridad únicamente con la clase política o los altos cargos⁹⁸⁵.

Un segundo tipo de declaraciones son aquellas de ausencia de conflicto de interés. Éstas, a diferencia de las expuestas hasta ahora, tienen una naturaleza negativa, es decir, no se declara un listado completo de intereses, sino la ausencia de intereses en conflicto. La OLAF y la Comisión Europea están promoviendo desde hace unos años, entre las entidades adjudicadoras y en particular entre aquellas que ejecutan fondos FEDER, el uso de las declaraciones de ausencia de conflictos de interés como herramienta

⁹⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *EU Public Procurement... op. cit.* en p. 10.

⁹⁸⁴ GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de... op. cit.* en pp. 182 y ss.

⁹⁸⁵ La integridad debe promoverse a nivel institucional. La integridad, o es institucional, o no es integridad. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la... op. cit.* en pp. 23 y ss.

preventiva de estas situaciones⁹⁸⁶. Sin embargo, su utilidad no radica tanto en la declaración misma, que en la práctica no implica sino una mera manifestación personal de no estar incurso en dicha situación anómala, sino en el proceso que rodea al acto de la firma del documento. Así, antes de la firma, se debe informar correctamente a los participantes sobre lo que es un conflicto de interés, concienciar sobre el riesgo de la aparición de dichas situaciones tanto para la buena marcha del procedimiento como para los propios empleados –posibles sanciones derivadas de una no revelación de un conflicto de intereses que posteriormente se demuestre existente–, proporcionar guías que señalen los ámbitos de riesgos que deban considerarse en la supervisión de la gestión, etc.⁹⁸⁷.

Estas declaraciones en ningún caso eximirán y de la eventual sanción en caso de detección postrera de un conflicto sancionable⁹⁸⁸ o de culpabilidad al empleado en el supuesto de comportamiento fraudulento –al contrario, se deberán prever sanciones específicas para aquellos casos en los que se demuestre la falsedad en la declaración–, y tampoco excusan a la entidad adjudicadora de una labor constante de investigación para detectar conflictos de interés y comprobar la veracidad de las declaraciones –es esencial, además, que este punto sea conocido también por los empleados, de forma que sean conscientes de la existencia de un control continuo⁹⁸⁹. Junto con las posibles consecuencias de una declaración falsa, es importante descriminalizar la existencia de conflictos de interés, de forma que los empleados públicos se vean motivados a declararlos desde el inicio, sin miedo a represalias laborales o sociales –recordemos que, tal y como hemos estudiado, el conflicto de interés “puro” no es sino un fenómeno situacional ajeno a la responsabilidad del sujeto⁹⁹⁰. Este tipo de medidas, además, sí que pueden ser aplicadas de forma exhaustiva al procedimiento de compra pública, ya que apenas generan carga administrativa extra y cumplen una importante función de

⁹⁸⁶OLAF. *Detección de conflictos...* op. cit.

⁹⁸⁷OLAF. *Detección de conflictos ...* op. cit. en p. 18; COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la modernización...* op. ci. en p. 53

⁹⁸⁸ En cumplimiento del principio de legalidad, el conflicto únicamente será sancionable cuando así lo prevea la Ley de forma expresa. En España, los conflictos sancionables son aquellos recogidos en la *Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*, *Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, o *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*.

⁹⁸⁹OLAF. *Detección de conflictos...* op. cit. en pp. 19 y ss.

⁹⁹⁰Véase lo expuesto en pp. 287 y ss.

sensibilización y formación hacia los empleados públicos y participantes en el proceso acerca de su obligación de declarar dichas situaciones y la existencia de una determinación de controlarlas⁹⁹¹.

1.2. El control de los flujos paralelos de capital e influencias extracontractuales

Algunos elementos determinantes a la hora de desencadenar tramas corruptas provienen de relaciones y conflictos de interés fruto de actividades que exceden el mero procedimiento de contratación⁹⁹². La regulación de estos fenómenos adyacentes puede contribuir a detectar anomalías en los flujos de dinero o en las decisiones políticas, que pueden esconder actividades fraudulentas y escenarios de captura de las instituciones o corrupción ideológica⁹⁹³. Es el caso, en concreto, de la financiación de los partidos políticos y la actividad lobista.

Se considera *lobby* toda comunicación directa o indirecta con decisores políticos o representantes públicos, llevada a cabo por o en nombre de un grupo organizado con el fin de influenciar la toma de decisiones públicas⁹⁹⁴. Este fenómeno, como afirma TI, es fruto del ejercicio del derecho de participación ciudadana en las actividades públicas contenido en los artículos 9.2 y 129.2 de nuestra CE, y por tanto es una parte integral del sistema democrático⁹⁹⁵. El problema del *lobbying* surge cuando, como ocurre en un buen número de países de la UE, incluido España, el legislador no canaliza correctamente dichas presiones o formas de participación, ignorando la fuerza específica de determinados grupos de presión en el desarrollo de políticas públicas⁹⁹⁶. Las presiones o la participación de la empresa en la toma de decisiones públicas a través

⁹⁹¹ OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 70.

⁹⁹² Véanse pp. 256 y ss.

⁹⁹³ CHONG, E., KLIEN, M. y MOORE J. “Elections and project delivery in public work procurement: A red ribbon effect?” *EPPP DP*, n.º 11, 2014; FAZEKAS, M. y TÓTH, I. J. “From Corruption to...” *op. cit.*; FAZEKAS, M. TÓTH, I. J. y KING, L.P. “Anatomy of grand...” *op. cit.*; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Regulación y supervisión...” *op. cit.* en pp. 337-347.

⁹⁹⁴ MULCAHY, S. “El lobby en Europa: influencia encubierta, acceso privilegiado”. *Transparencia Internacional*, 2015, p. 6.

⁹⁹⁵ MULCAHY, S. “El lobby en...” *op. cit.* en p. 6

⁹⁹⁶ En el informe de TI MULCAHY, S. “El lobby en...” *op. cit.* en p. 9 se afirma que *de los 19 países contemplados, solo siete tienen leyes o normas específicamente diseñadas para regular las actividades del lobby (Austria, Eslovenia, Francia, Irlanda, Lituania, Polonia y Reino Unido)*; una crítica similar es realizada por CARLONI, quien advierte de los peligros de convertir el *lobbying* en un *clandestin administratif*. CARLONI, E. “Lobby regulation to prevent corruption”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 133-152 en p. 134.

de las formas clásicas de asociaciones profesionales y empresariales han dado paso a un sistema de presión más elaborado, disperso y al mismo tiempo más discreto, que debe ser abordado desde la perspectiva del Derecho administrativo, y que se ha hecho especialmente evidente en la contratación pública.

Lo que precisa una correcta legislación de lobbies son, esencialmente, tres aspectos: transparencia, integridad e igualdad de acceso⁹⁹⁷. Si los canales de comunicación con los decisores políticos y gestores administrativos se oficializan, dando trazabilidad a las comunicaciones establecidas, se conseguirá, en primer lugar, evaluar el acceso de los grupos de presión a las instituciones, permitiendo, en su caso, corregir asimetrías, y en segundo lugar, ejercer un mayor control político, e incluso en su caso, judicial, sobre las decisiones estratégicas de la AP. Para ello se precisa, esencialmente, de registros detallados sobre los lobistas y sus representados, de la creación de una “huella legislativa” que permita conocer qué expertos externos han intervenido en el proceso de elaboración, así como de un sistema de registro de reuniones políticas con grupos o representantes privados, o de normas de conducta –y sanciones– tanto para los políticos y cargos públicos como para los lobistas⁹⁹⁸. En el mismo sentido, fenómenos relacionados con el *lobby*, como las “puertas giratorias”, deben ser regulados de forma que haya un control efectivo de los cargos accesibles una vez acabada la función pública.

En España, como decimos, y a pesar de los diferentes intentos de regulación iniciados por diversos grupos parlamentarios ya desde la etapa constituyente, no existe a día de hoy una legislación a nivel nacional de la actividad de los grupos de presión⁹⁹⁹, siendo únicamente destacables algunas iniciativas puntuales –como el registro de grupos de presión vigente para el CNMC¹⁰⁰⁰– o regionales –la Generalitat de Catalunya aprobó en febrero de 2017, en desarrollo de su Ley autonómica de transparencia (Llei 19/2014), el Decret llei 1/2017, de 14 de febrer, pel qual es crea i regula el Registre de grups

⁹⁹⁷ MULCAHY, S. “El lobby en...” *op. cit.* en p. 6.

⁹⁹⁸ PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 68.

⁹⁹⁹ VILLORIA MENDIENTA, M. *Una evaluación del Lobby en España: análisis y propuestas*. Madrid: Transparencia Internacional España, 2014, pp. 53 y ss.

¹⁰⁰⁰ Véase <https://rgi.cnmc.es>

d'interès de Catalunya. Determinadas fuentes periodísticas¹⁰⁰¹ apuntan a que el Gobierno estaría, a petición de las instituciones de la UE, negociando la tramitación de una ley de regulación de la actividad lobista, pero lo cierto es que hasta la fecha el desarrollo normativo en la materia ha sido virtualmente nulo.

Relacionado con lo anterior se encuentra la regulación de determinados flujos de dinero paralelos, que pueden actuar a modo de sobornos por favores en materia de contratos públicos¹⁰⁰². En concreto, la práctica diaria ha puesto en evidencia cómo los intereses financieros de los partidos políticos y la opacidad en su financiación pueden ocultar conflictos de intereses indirectos. En España, la crisis y los escándalos relacionados con estas redes de financiación clandestinas pusieron de manifiesto la necesidad de regulación de estos flujos de capital, pero lejos de lo que pueda parecer, se trata de un problema que trasciende la realidad española y afecta a toda la UE¹⁰⁰³.

La Ley 19/2013 marcó un antes y un después en la materia, y supuso una importante novedad al incluir, en su ámbito de aplicación subjetivo relativo a la transparencia, a los partidos políticos. Posteriormente, la regulación fue completada por la reforma del CP de 2015¹⁰⁰⁴ y especialmente por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Estas medidas corrigieron una debilidad importante del sistema que afectaba al funcionamiento del poder público a todos los niveles de actuación, y que era

¹⁰⁰¹ JIMÉNEZ, J. “El Gobierno regulará por ley los lobbies y creará un registro obligatorio”. *OK Diario*, 29 de diciembre de 2017 [acceso el 27 de febrero de 2018]. Disponible en: <https://okdiario.com/espana/2017/12/29/gobierno-regulara-ley-lobbies-creara-registro-obligatorio-1642559>

¹⁰⁰² MAROTO, M., BALETANO, S., ONGGIL, M., y ANDERICA V. *Que hacemos con la financiación de los partidos*. Akal, 2013.

¹⁰⁰³ Véanse las reflexiones de DE LA NUEZ, E. “Partidos políticos y transparencia”. NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (dir.) *Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 155-178.

¹⁰⁰⁴ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal recoge entre otros supuestos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la regulación del tráfico de influencias activo, penas más severas para los delitos de corrupción y, sobre todo, para aquellos casos cometidos en transacciones económicas internacionales.

especialmente lesivo para la contratación pública. Recientes informes como el *Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las aportaciones percibidas por las fundaciones y demás entidades vinculadas o dependientes de ellos, ejercicios 2014 y 2015*, realizado por el TCu, ponen de manifiesto que la actual legislación ha permitido poner un foco de control en el sector de los partidos políticos, actuando como un cerco a las prácticas fraudulentas que convertían estas instituciones esenciales del sistema democrático en instrumentos al servicio de la corrupción de los mercados públicos.

1.3. La prevención del conflicto de interés a través de limitaciones sobre los participantes

Como hemos apuntado, un segundo método elemental para evitar la aparición de los conflictos de interés es evitar que participen en el procedimiento aquellas personas que presenten un mayor riesgo de dar lugar a dichas situaciones o de evitar que dichas personas desarrollen intereses conflictivos.

1.3.1. La despolitización de los contratos públicos

Una de las principales lacras que ha tenido que sufrir la contratación pública en la UE y en España es la injerencia política –o más bien, la injerencia de los políticos– en los procedimientos decisorios de compra pública¹⁰⁰⁵. Ya sea por la sensación de temporalidad o por la falta de compromiso con el mandato público, un importante porcentaje de casos de corrupción tienen por origen la interferencia “política” de un representante electo¹⁰⁰⁶. Incluso en aquellos casos aparentemente probos, diferentes estudios apuntan hacia la existencia de una correlación entre la adjudicación de

¹⁰⁰⁵GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en p. 129; SANMARTÍN MORA, A. “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”. En: GMIENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de contratos públicos 2011*. Civitas, 2012, pp. 407-429.

¹⁰⁰⁶Esta situación, además, no es un elemento particular del sistema español, sino que se trata de una constante que puede apreciarse a lo largo y ancho del Globo. Así puede apreciarse en los trabajos de EMANUELLI, P. *Government Procurement*. Canadá: Lexis Nexis, 2017; ROMAN, A.V. “Tracing the effects of politicization on public procurement specialists’ decision-making through values: A structural equation model of the broker-purist lens”. *Journal of Public Procurement*, vol. 17, n.º 1, pp. 53-88; MIRONOV, M. y ZHURAVSKAYA, E. “Corruption in Procurement and the Political Cycle in Tunneling: Evidence from Financial Transactions Data”. *American Economic Journal: Economic Policy*, 8 (2), 2016, pp. 287-321; GÜRAKTAR, E.Ç. *Politics of Favoritism in Public Procurement in Turkey: Reconfigurations of Dependency Networks in the AKP Era*. Palgrave Macmillan US, 2016.

contratos públicos a empresas afines a un determinado círculo político, que se plasma en contrataciones cíclicas correspondientes a los ciclos electorales de la AP en cuestión¹⁰⁰⁷.

Por ello, tanto desde TI España como desde el ObCP a nivel nacional¹⁰⁰⁸, como diferentes autores y organizaciones a nivel internacional¹⁰⁰⁹, han hecho hincapié sobre la necesidad de dirigir la contratación pública hacia un punto en el que exista una mínima interferencia política en las decisiones contractuales. Para ello, es necesario, en primer lugar, impulsar la profesionalización de las mesas de contratación, excluyendo la participación en las mismas de cargos políticos¹⁰¹⁰.

Las normas europeas de contratación, sin embargo, no abordan la problemática relativa a los participantes en el procedimiento de contratación, que se considera un aspecto propio del Derecho interno de los Estados Miembros. En nuestro país, el artículo 326 de la Ley 9/2017 profesionaliza las mesas de contratación, que quedan definidas como un órgano de asistencia técnica especializada. En ningún caso podrán formar parte de las mismas ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. No obstante, en el caso de las entidades locales, la Disposición Adicional Segunda sí permite a los miembros electos formar parte de la mesa de contratación, que sin embargo no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma¹⁰¹¹. De la misma forma, quedan excluidos también de la

¹⁰⁰⁷ CHONG, E., KLIEN, M. y MOORE J. “Elections and project...” *op. cit.*; FAZEKAS, M. y TÓTH, I. J. “From Corruption to...” *op. cit.*; FAZEKAS, M. TÓTH, I. J. y KING, L.P. “Anatomy of grand...” *op. cit.*; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Regulación y supervisión...” *op. cit.* en pp. 337-347.

¹⁰⁰⁸ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. “Conclusiones de la Jornada sobre Transparencia integral en la contratación pública”. Observatorio de Contratación Pública, 3 de julio de 2017 [consulta el 26 de febrero de 2018] Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod_noticias/mem_detalle/id.1202/reلمenu.2/chk.aa5186f21c159e3ff1b0b_cc6d1adda2

¹⁰⁰⁹ EMANUELLI, P. *Government Procurement...* *op. cit.*; GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en p. 129; SANMARTÍN MORA, A. “La profesionalización de...” *op. cit.* en pp. 407-429; MALARET, E. “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, 2016, pp. 21-60 en pp. 40 y ss.

¹⁰¹⁰ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. “Conclusiones de la Jornada...” *op. cit.*

¹⁰¹¹ PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P. “Las 11 claves de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. *Diario La Ley*, n.º 9079, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 13 de noviembre de 2017.

despolitización propuesta por la Ley nacional determinados tipos de contratos en los que no se requiere la asistencia de una mesa de contratación¹⁰¹².

En la práctica, por tanto, el inicial objetivo de despolitizar las decisiones de compra pública se ve considerablemente reducido. Además, las injerencias pueden tomar una gran diversidad de sofisticadas formas de intervención indirecta. Y por ello, es una condición básica que, entre otras medidas, se aparte a los cargos políticos de las decisiones en la asignación de los contratos públicos¹⁰¹³. La no extensión de la prohibición a todos participantes en el contrato ajenos a la mesa de contratación – expertos o empleados encargados de diseñar los pliegos y las especificaciones técnicas, por ejemplo–, que podrán ser, *a priori*, cargos electos, o en aquellos procedimientos “extraordinarios”, pueden atribuirse a una deficiente técnica legislativa que deberá, a nuestro juicio, corregirse en el futuro¹⁰¹⁴. Sin embargo, otras limitaciones, como la excepción de los entes locales, responde más bien a la realidad práctica descentralizada de la contratación pública en nuestro país y al reducido tamaño de la mayor parte de las entidades adjudicadoras¹⁰¹⁵.

Y es que, en efecto, cuando se trata de abarcar una despolitización integral del sistema de contratación pública, los entes locales a menudo tropiezan con importantes dificultades –casi insalvables– debido al reducido personal cualificado con el que cuentan algunas de ellas, que a menudo implica que los cargos políticos tengan que participar de manera necesaria en la elaboración o evaluación de los contratos públicos¹⁰¹⁶.

¹⁰¹²El artículo 326 de la Ley 9/2017 indica que se requiere la asistencia de mesa de contratación en *en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación y de asociación para la innovación*.

¹⁰¹³CHARRON, N., DAHLSTROM, C., LAPUENTE, V., FAZEKAS, M. “Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes”. *The Journal of Politics*, vol. 79, n.º 1, 2017.

¹⁰¹⁴GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en p. 130.

¹⁰¹⁵MENÉNDEZ GÓMEZ, E. “España: Un Estado de 'puzle' de 18.850 administraciones” *Contratos Sector Público*, 30 mayo de 2017 <http://www.contratossectorpublico.es/2017/05/contratacion-publica-miles-de-organos.html>; para información más actualizada véase: <http://www.pap.minhfp.gob.es/Invente/pagBuscadorEntes.aspx?b=1#tab-1> acceso el 9 de julio de 2017

¹⁰¹⁶MIRANZO DÍAZ, J. “A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement” *EPPPPL - European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Vol. 12, Issue 4, 2017, pp. 383-395.

1.3.2. La rotación de personal

Una situación similar se plantea en otras medidas que, aunque no han sido implantadas en nuestro país, cuentan con un importante arraigo en otros Estados de la UE. Es el caso de la rotación de personal en Alemania¹⁰¹⁷ o en Italia¹⁰¹⁸, que prevé la alternancia de los empleados públicos en las diferentes fases del contrato o en contratos sucesivos de forma que: (1) por un lado, al requerir diferentes actores en las diversas fases del procedimiento, se multipliquen los participantes en el mismo y se fragmente el poder de decisión (menor capacidad de injerencia individual)¹⁰¹⁹; y (2), por otro, en el caso de la rotación en diferentes contratos, evite un contacto repetitivo entre contratista y empleados públicos, sorteando por tanto la aparición de conflictos de interés sobrevenidos y su eventual materialización en actos corruptos¹⁰²⁰.

Este tipo de medidas, que sin duda dificultan la aparición de conflictos de interés, tienen sin embargo algunos posibles costes en relación, por ejemplo, a un mayor gasto en la formación de personal, así como costes emanados de la inexperiencia del personal entrante, o los derivados de las implicaciones que este constante cambio puede tener en el grado de satisfacción personal de los empleados¹⁰²¹. Igualmente, quizá la mayor barrera hacia su implantación como medida global es que implica la disponibilidad de un importante número de personal especializado en materia de contratación, de forma que un mismo empleado no pueda duplicar tareas dentro del mismo procedimiento, o de cara a renovar todo el personal de contratación pública de manera periódica. Estas herramientas legales son virtualmente inaplicables a aquellos contratos celebrados por entidades adjudicadoras de pequeño e incluso mediano tamaño, de manera que, aunque se configuran como una herramienta interesante para los contratos más relevantes, no pueden entenderse como una herramienta definitiva para asegurar una buena administración integral a todos los niveles del sistema. Aspectos como la centralización

¹⁰¹⁷WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en p. 272; Sobre la relación entre la centralización de poder y la corrupción, véase KLITGAARD, R. "International Cooperation Against..." *op. cit.*

¹⁰¹⁸RANGONE, N. "A behavioural approach..." *op. cit.* en p. 79; Igualmente, en Singapur se aplican desde hace más de una década medidas de rotación de empleados públicos para evitar que se generen lazos o relaciones con los licitadores y clientes de la Administración. Véase SVENSSON, J. "Eight questions about corruption". *The Journal of Economic Perspectives*, 19 (3), 2005, pp. 19-42.

¹⁰¹⁹MALARET, E. "El nuevo reto..." *op. cit.* en pp. 40 y ss.

¹⁰²⁰PONCE SOLÉ, J. "La prevención de la corrupción..." *op. cit.* en p. 131.

¹⁰²¹ABBINK, K. y SERRA, D. "Anti-corruption policies: Lessons from the lab". En: SERRA, D. y WANTCHEKON, L. *New advances in experimental research on corruption*. Emerald Group Publishing Limited, 2012, pp. 77 y ss.

de las compras públicas, sin embargo, podrían contribuir a la implementación de este tipo de estructuras organizativas profesionalizadas¹⁰²².

1.3.3. Las incompatibilidades

Las incompatibilidades, que como se ha mencionado en otras partes del trabajo¹⁰²³ no deben confundirse con los conflictos de interés, son instrumentos de gran utilidad en aquellas situaciones de conflicto que, por considerarse especialmente flagrantes o riesgosas, se considera deseable prescindir de la aplicación individual del principio de proporcionalidad y evitar su aparición *en todo caso* en los procesos de contratación. Pueden apreciarse incompatibilidades absolutas –prohibición total a determinados cargos de realizar algunas actividades– e incompatibilidades puntuales –prohibiciones de participar en determinados procedimientos concretos. En cualquier caso, este tipo de disposiciones tratan de asegurar el servicio al interés público y los principios de objetividad y neutralidad en el ejercicio de la función pública¹⁰²⁴.

Un empleado incurso en algún supuesto de incompatibilidad puntual puede dar lugar a la activación de alguno de los mecanismos abstención y recusación del procedimiento (art. 12 de la Ley 3/2015 y arts. 23 y 24 de la Ley 40/2015), dando lugar la “no abstención” a la responsabilidad que proceda (art. 23 Ley 40/2015)¹⁰²⁵. Este deber, además, implica, tal y como afirman algunos autores, no sólo la prohibición de intervención en los actos resolutorios, sino en cualquier acto de trámite relacionado¹⁰²⁶.

Sin embargo, su tratamiento en materia de contratos debe ser siempre estructural y dirigido a aquellos participantes en el procedimiento –y no a los licitadores, como parecen prever las causas de exclusión de la LCSP17, tal como se ha analizado a lo

¹⁰²² ALBANO, G.L. y NICHOLAS, C. *The law and economics of frameworks agreements. Designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 191.

¹⁰²³ Véase p. 352

¹⁰²⁴ OLÍAS DE LIMA GETE, M.B. “Las incompatibilidades de los altos cargos”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40, 1984, pp. 125-144.

¹⁰²⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en pp. 193-194.

¹⁰²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 459; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 221.

largo del anterior capítulo¹⁰²⁷. Además, como también se ha expuesto anteriormente, las incompatibilidades, y al igual que ocurre con la mayor parte de las medidas estrictamente regulatorias, nacen de una concepción clásica de empleado público y de la división ideal entre lo público y lo privado¹⁰²⁸. Esto, aunque puede ser de utilidad de cara a la automatización y facilitación de las medidas a adoptar o a la posibilidad, gracias a su positivización expresa y la seguridad jurídica que ello aporta, de prever sanciones administrativas, representa una barrera para la imprescindible finalidad holística que el sistema de integridad debe ambicionar. Una regulación exhaustiva de los conflictos de intereses precisa, como complemento al sistema de incompatibilidades, de un sistema de control que favorezca una aproximación funcional y de inspección particular de los conflictos de interés, de forma que permee en todos los actos decisorios de la contratación.

1.4. Las implicaciones para la integridad de la solución de algunos problemas estructurales en el sistema español

Si bien el ámbito de estudio del presente trabajo pretende centrarse en soluciones globales a nivel del sistema de contratación de contratación pública europeo, no podemos dejar de mencionar aquí determinadas carencias estructurales que se han identificado en materia de integridad a nivel nacional, y que se encuentran, con mayor o menor acierto, en proceso de subsanación, como son: la multiplicidad de regímenes jurídicos vigentes, el abuso de procedimientos sin concurrencia (especialmente negociado sin publicidad y contrato menor) o la dispersión de la publicidad contractual en los perfiles del contratante. Este tipo de deficiencias, que son endémicas de nuestro sistema jurídico y que por tanto no pueden ser –al menos no directamente– subsanadas por el derecho europeo, han lastrado nuestro sistema de contratación con una opacidad y complejidad extra que favorece la ejecución de comportamientos deshonestos.

La nueva LCSP17 elimina la posibilidad de utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía, que había actuado como herramienta para evadir las obligaciones de publicidad bajo la anterior legislación¹⁰²⁹. También se limita el alcance

¹⁰²⁷ Véanse pp. 339 y ss.

¹⁰²⁸ Véanse pp. 352 y ss.

¹⁰²⁹ Véase GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley...”, 2018, *op. cit.* en pp. 34-39; RAZQUIN LIZARRAGA, M. “Las nuevas directivas...” *op. cit.* en pp. 97-135; MORENO MOLINA, J.A. “La

de los contratos menores, cuyas cuantías se reducen hasta 40.000€ para contratos de obras y 15.000 € para los contratos de servicios y suministros, tal y como dispone el artículo 118.1¹⁰³⁰, al tiempo que se establecen determinadas limitaciones en cuanto a la repetición de adjudicatarios y obligaciones de control y transparencia para los mismos¹⁰³¹. Al mismo tiempo, se regulan con mayor celo algunas figuras contractuales problemáticas como los convenios o los encargos a medios propios¹⁰³². Sin embargo, y a pesar de los avances, el resultado de la evaluación sobre la norma en este aspecto no puede ser sino reservado, ya que al mantener la figura del contrato menor sin apenas cambios significativos en materia de transparencia más allá de los umbrales y las limitaciones cuantitativas para un mismo adjudicatario, se pierde una importante oportunidad de terminar con una de las vías de escape a la transparencia más arraigadas en nuestro país¹⁰³³.

aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar”. *Contratación Administrativa práctica*, n.º 153, 2018, pp. 6-8.

¹⁰³⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Los contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”. En: *Global Politics and Law*, 20 de noviembre de 2017. [Consulta el 26 de febrero de 2018] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/>

¹⁰³¹ *En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*

2. *En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.*

3. *En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º.*

4. *Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.*

¹⁰³² GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en p. 84; BERBEROFF, D. “La doctrina del...” *op. cit.* en p. 188 y ss; sobre la nueva regulación de las dos figuras señaladas, véase VILALTA REIXACH, M. “Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del sector público”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 325-328; AMOEDO SOUTO, C.A. “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 369-410.

¹⁰³³ GIMENO FELIÚ, J.M. “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿Una nueva oportunidad perdida?”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 181-221; GIMENO FELIÚ, J.M. “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. *REALA. Nueva Época*, n.º 7, 2017, pp. 45-67; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “El cerco a los contratos menores”. *Revista de Estudios Locales Cunal*, n.º 194, 2016; MORENO MOLINA, J.A. “La aprobación de la...” *op. cit.* en pp. 6-8; MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo...” *op. cit.* en pp. 156-157.

En el mismo sentido, quizá una de las mayores debilidades del sistema español de contratación pública era la existencia de una multiplicidad de ámbitos subjetivos y regímenes jurídicos aplicables¹⁰³⁴. Un defecto que parece corregirse en la nueva legislación –a pesar de la controversia inicial causada por la disposición transitoria quinta¹⁰³⁵– tal y como expone la doctrina mayoritaria y el Informe 2/2018 elaborado por la Abogacía del Estado¹⁰³⁶. Esta situación pone fin a un sistema que fomentaba la huida del derecho administrativo, la descentralización administrativa y la deslegalización procedimental a través de la creación de entes no AP, al tiempo que termina con una inseguridad jurídica fruto de la falta de garantías básicas en aquellas categorías otrora más *flexibilizadas*¹⁰³⁷. La nueva Ley viene, como decimos, a atenuar tal multiplicidad, si bien es cierto que no la elimina por completo¹⁰³⁸. Aunque elimina la posibilidad de

¹⁰³⁴ El autor ya puso de manifiesto la problemática de la multiplicidad regímenes jurídicos en su excelente trabajo MORENO MOLINA, J.A. “Un mundo para SARA...” *op. cit.* en pp. 175-213; y posteriormente en MORENO MOLINA, J.A. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley, 2009, p. 37; y MORENO MOLINA, J.A. “The new Spanish Public Sector Procurement Law (Act 30/2007 of October 30)”. *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2008, pp. 282-297; del mismo modo lo ha hecho GIMENO FELIÚ en diferentes trabajos, entre los que destacamos alguno de los más recientes GIMENO FELIÚ, J.M. “Medidas de prevención...” *op. cit.* en pp. 45-67 en p. 53 y ss; véanse a su vez las reflexiones de GALLEGO CÓRCOLES, I. “La prevención de...” *op. cit.* en pp. 61-92.

¹⁰³⁵ *Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos*. Véanse los comentarios al respecto de GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Las Instrucciones para contratar en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”. En: *Global Politics and Law*, 5 de febrero de 2018. [Consulta el 26 de febrero de 2018] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/02/05/instrucciones-contratar-lcsp/>

¹⁰³⁶ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de...”, 2018, *op. cit.* en pp. 34-39; MORENO MOLINA, J.A. “La aprobación de la...” *op. cit.* en pp. 6-8; en el mismo sentido VÁZQUEZ MATILLA expone en sus últimos trabajos algunas complicaciones prácticas del régimen aplicable a los PANAP expuestas en VÁZQUEZ MATILLA, J. “La inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de los PANAP”. Publicado en su blog personal, disponible en <http://www.javiervazquezmatilla.com/2018/02/la-inseguridad-juridica-la-adjudicacion-contratos-los-panaps/>

¹⁰³⁷ Actualmente, la única diferencia prevista por la Ley es una mayor flexibilidad a la hora de seleccionar el procedimiento, que si bien puede ser criticable debido a la posibilidad de eludir aspectos de publicidad a través de la elección injustificada de procedimiento, supone una diferencia mínima en relación a la situación anterior. Así el preámbulo de la Ley 9/2017 se clarifica que En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, *debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones*. Véanse las reflexiones de VÁZQUEZ MATILLA, J. “Claves de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. *Contratación Administrativa práctica*, n.º 153, 2018, pp. 15-20; GALLEGO CÓRCOLES, I. “La prevención de...” *op. cit.*

¹⁰³⁸ Aspectos como el mantenimiento de umbrales, la referencia a conceptos clásicos a la hora de determinar el alcance subjetivo en lugar de limitarse a implementar la figura del poder adjudicador del derecho comunitario, etc. MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 148; Esto supone, por ejemplo, que los poderes adjudicadores-medio propio que no sean Administración pública

contratar a través de instrucciones internas¹⁰³⁹, informes como el citado de la Abogacía del Estado 2/2018 apuntan a que, si bien puede que las instrucciones internas se hayan terminado para los PANAP y éstas deberán ajustarse a los procedimientos previstos por la LCSP17, la elección del procedimiento es completamente libre en base al artículo 318¹⁰⁴⁰.

Por último, esta fragmentación artificial del mercado ha venido afectando también al acceso a una tutela judicial efectiva a través de la limitación de acceso a los recursos contractuales, herramienta que se ha demostrado especialmente eficiente. Esta limitación pone en riesgo la efectiva aplicación y la seguridad jurídica de la que es, como se verá más adelante en el trabajo, una de las principales herramientas de control de la integridad de que dispone el sistema normativo de contratación pública¹⁰⁴¹. La LCSP17 reduce los umbrales de acceso al recurso especial en materia de contratación, lo que ha de interpretarse como una de las bondades de la nueva Ley que, esperamos, suponga el inicio de un proceso hacia la aplicación exhaustiva del citado recurso¹⁰⁴².

Por último, es de destacar la importante novedad que supone, por un lado, la centralización de todos los perfiles del contratante, de forma obligatoria, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 347), no surtiendo efecto jurídico la publicación de un anuncio hasta su publicación en dicha plataforma y cuyo incumplimiento supondrá, además, un vicio de nulidad de pleno derecho (art. 39.2.c)¹⁰⁴³. Esta medida pone término, al fin, a una situación de dispersión informativa que hacía en la práctica inoperante el principio de transparencia, ya que exigía por parte

tengan una aplicación meramente parcial de la LCSP17 para aquellos contratos no armonizados. NOGUERA DE LA MUELA, B. “El ámbito subjetivo...” *op. cit.* en pp. 233-280 en p. 263;

¹⁰³⁹ MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo...” *op. cit.* en p. 150.

¹⁰⁴⁰ Informe 2/18 (R 32/2018) de la Abogacía del Estado: *En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones* (negrita propia); véase a su vez el Informe sobre la regulación de la nova Llei de contractes del sector públic sobre els contactes dels altres ens del sector públic. Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya

¹⁰⁴¹ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en pp. 85.

¹⁰⁴² GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley...” *op. cit.* en pp. 34-39; BERNAL BLAY, M.A. “Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública”. En: LÓPEZ RAMÓN, F. *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2016, pp. 365-373.

¹⁰⁴³ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley...” *op. cit.* en p. 39.

de los operadores económicos el acceso y seguimiento de cada uno de los perfiles del contratante en un sistema que cuenta con cerca de 19.000 entidades adjudicadoras¹⁰⁴⁴. Una vulneración evidente de los principios de concurrencia, competencia y transparencia sobre el que diferentes organismos europeos habían llamado la atención¹⁰⁴⁵.

Estas medidas, con las particularidades señaladas en cada una, suponen, como bien afirma el profesor GIMENO FELIÚ, un importante salto cualitativo de la estructura jurídica española¹⁰⁴⁶, que debe servir como punto de partida hacia un sistema que permita la implantación de medidas funcionales y efectivas hacia la probidad en todas las actuaciones administrativas. Una base adecuada es esencial para el éxito de cualquier medida, pues de lo contrario existe el riesgo de que el castillo de naipes sobre el que se construye la integridad se desmorone. La legislación española actual presenta numerosas deficiencias, sobre las que hemos hecho –y seguiremos haciéndolo en las próximas páginas– hincapié con el objetivo de contribuir a la constante remodelación del sistema de contratos públicos, pero lo cierto es que, hasta cierto punto, las medidas estructurales señaladas no pueden sino calificarse –apoyándose en un cierto optimismo– como evoluciones positivas en la materia.

2. EL AUTOCONTROL: LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE INCENTIVOS Y MOTIVACIONES

En esencia, las medidas expuestas en anteriores páginas ponen de manifiesto una carencia común: la imposibilidad de lograr, a través de ellas, un alcance holístico, y por tanto de asegurar la constitución de un entorno ético y responsable en el sistema de contratación que garantice la probidad en las actuaciones. Tradicionalmente se han

¹⁰⁴⁴ Como ejemplo de las críticas a la situación preexistente, véase RASTROLLO SUÁREZ, J.J. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. “Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 367-381 en p. 374; o GARCÍA JIMÉNEZ, A. “La plataforma de contratos del sector público y su incidencia en las entidades locales”. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 24, 2014, pp. 114-129.

¹⁰⁴⁵ Véase la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.

¹⁰⁴⁶ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley...” *op. cit.* en pp. 34-39.

dejado, voluntariamente o no, numerosas lagunas o puntos ciegos, los cuales el sistema anticorrupción no podía alcanzar.

Como se viene afirmando, la complejidad del fenómeno de la corrupción y del sistema de compra pública hacen que no todos los problemas puedan ser resueltos por la ley –al menos no de forma directa–, al igual que la ley no puede ser culpabilizada de todos los males del sistema¹⁰⁴⁷. Como acertadamente señala ESTEVE PARDO, la pretensión reguladora del derecho administrativo choca a menudo contra una cada vez más compleja realidad¹⁰⁴⁸. La norma positiva, por su propia naturaleza estanca, presenta determinadas carencias, y la detección y prevención de fenómenos cambiantes como los conflictos de intereses y la corrupción a través de estos medios puede ser misión imposible. Y, en todo caso, si se consigue tal alcance, probablemente sea al precio de sobrecargar el procedimiento de contratación con interminables declaraciones de bienes y costosas e intensas investigaciones administrativas, añadiendo cargas burocráticas a un sistema que en la última década ha intentado abandonar ese lastre histórico¹⁰⁴⁹.

Como venimos sosteniendo, la corrupción puede ser atajada de forma adecuada a través de técnicas reactivas y/o restrictivas en aquellos casos en los que el problema se encuentra especialmente extendido y los instrumentos y estrategias utilizados por los infractores no son especialmente sofisticados. Esta situación la encontramos, especialmente, en países subdesarrollados o en vías de desarrollo, en los que la magnitud del problema y lo burdo de las irregularidades, unido al gran porcentaje de actores corruptos y por ende a la escasa eficiencia de los sistemas de instrumentalización, hacen que sea conveniente la adopción de medidas taxativas¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ TELGEN, J. y MANUNZA, E.R. “Relative scoring mechanisms and the limits of the principles of equal treatment and transparency” *Working paper presented at 12th June 2017 Global Revolution VII*, University of Nottingham.

¹⁰⁴⁸ ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación: génesis y efectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 180 y ss.

¹⁰⁴⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I. “Contratación pública e...” *op. cit.* en pp. 193-219; GIMENO FELIÚ, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia: (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

¹⁰⁵⁰ GUTMAN, J. “Is there room for discretion? Reforming public procurement in a compliance-oriented world.” *Global Economy and Development Working Paper*, 74, 2014, p. 19; REED, Q. “Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan”. U4 *Anti-Corruption Resource Centre*, Issue 2010; BANERJEE, A., HANNA, R. y MULAINATHAN, S. “Corruption” *op. cit.* en p. 38.

Sin embargo, en la mayoría de las sociedades occidentales nos enfrentamos a un tipo de corrupción mucho más sutil y complejo, que a la vez se nos presenta menos evidente y con una permeabilidad únicamente parcial de la sociedad, afectando a sectores y grupos sociales concretos y determinados (contratación pública, finanzas, urbanismo, etc.). La contratación pública europea responde a estas características, y por tanto un mero enfoque reactivo resultaría, como se ha mencionado, estéril e incluso perjudicial. En una hipotética extensión de la regulación normativa de comportamientos que limitara el poder discrecionalidad de las entidades adjudicadoras, se alcanzaría irremediabilmente un punto en el que más legislación no contribuiría a erradicar la corrupción, y por el contrario no añadiría sino más mantos de burocracia al sistema de compras públicas, dañando, en definitiva, la eficiencia última de la estructura¹⁰⁵¹.

Como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, en España se ha pecado tradicionalmente, debido probablemente a nuestra tradición codificadora, a *la pretensión de eliminar la discrecionalidad, la búsqueda de una objetividad imposible y de la búsqueda preponderante de la competencia (por encima de otros factores)*¹⁰⁵². Este sistema restrictivo, aunque de inicio pueda no parecerlo, favorece de facto la aparición de prácticas corruptas e imposibilita el funcionamiento eficiente del mercado, la consecución de los objetivos estratégicos y la mejor relación calidad precio, al tiempo que daña los principios de eficiencia en las actuaciones¹⁰⁵³.

Esta afirmación viene avalada por estudios como los realizados por el *European Public Accountability Mechanisms* (EuroPAM), que analizan las normas que regulan aspectos anticorrupción en cada uno de los Estados Miembros de la UE, y cuyos resultados ponen de manifiesto, si los cruzamos con las cifras expuestas en anteriores capítulos del presente trabajo, cómo el número o la dureza de las normas anticorrupción no muestra una relación directa con la integridad en la vida pública de un país.

¹⁰⁵¹ Véase TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 10; SADDY, A. “Front-line public...” *op. cit.* en p. 355; PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 62; DE BENEDETTO, M. “Understanding and preventing corruption: a regulatory approach”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 55-68.

¹⁰⁵² GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Calidad de los Contratos Públicos”. Blog *Global Politics And Law*. [Consulta el 26 de julio de 2017] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/05/03/calidad-contratos-publicos/>; GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Regulación y supervisión...” *op. cit.* en pp. 337-347.

¹⁰⁵³ TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 6; sobre los efectos nocivos de la burocracia para la integridad, véase también MARTINI, M. “Reducing bureaucracy and...” *op. cit.*

Puntuación obtenida en cuanto a la dureza y cantidad de medidas anticorrupción en los Estados Miembros

Country (A-Z) ▲	Political Financing	Financial Disclosure	Conflict of Interest	Freedom of Information	Public Procurement
Armenia	80	76	35	76	64
Austria	68	21	53	29	51
Belgium	77	38	23	43	61
Bulgaria	92	84	69	75	74
Croatia	80	77	82	81	71
Cyprus	71	51	68	22	62
Czech Republic	57	62	36	52	66
Denmark	41	0	6	46	49
Estonia	54	69	18	80	74
European Commission	42	12	9	50	78
Finland	56	15	20	80	59
France	85	83	72	41	77
Georgia	91	76	49	64	67
Germany	58	24	54	44	54
Greece	94	66	26	35	51
Hungary	75	75	28	59	76
Iceland	66	14	14	36	60
Ireland	74	48	54	83	42
Italy	70	52	37	60	72
Latvia	86	81	85	49	80
Lithuania	83	86	65	57	67
Luxembourg	56	36	35	5	66
Malta	24	17	14	81	63
Netherlands	43	13	3	46	60
Norway	39	29	25	60	62
Norway	39	29	25	60	62
Poland	86	57	36	57	61
Portugal	72	51	34	51	72
Romania	89	87	54	64	71
Serbia	83	89	76	80	79
Slovakia	75	85	78	62	75
Slovenia	77	87	82	80	66
Slovenia	77	87	82	80	66
Spain	58	42	22	57	54
Sweden	46	5	28	35	68
Switzerland	12	9	30	59	55
United Kingdom	76	38	22	66	66

Fuente: European Public Abountability Mechanisms (EuroPAM). Acceso el 14 de noviembre de 2017.

Disponible en: <http://europam.eu/?module=overview>

Y es que, en efecto, podemos observar cómo las normas más estrictas o exhaustivas en materias centrales como los conflictos de interés se dan en países como Eslovenia, Eslovaquia, Serbia, Letonia o Croacia; mientras que las medidas más austeras las encontramos en Estados tradicionalmente considerados pulcros, como Holanda o Dinamarca. Y en el mismo sentido, aunque quizá con menores diferencias, pueden observarse tendencias similares en el resto de parámetros estudiados¹⁰⁵⁴. El control a

¹⁰⁵⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ llega a similares conclusiones a raíz de un análisis comparativo de la exhaustividad de la normativa sobre publicidad y transparencia y los índices de percepción de la corrupción, que muestra cómo en aquellos países con menores índices de percepción la legislación al

través de la legislación presenta determinados límites que deben ser tenidos en cuenta. Como apuntara hace más de cincuenta años GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁵⁵, la imposibilidad de formalizar y prever de manera exhaustiva el comportamiento de la Administración es una variable común a todo el derecho administrativo, que se agrava de forma especial en materia contratación pública debido a las características particulares señaladas en anteriores capítulos. El derecho administrativo de la contratación pública *debería acostumbrarse a la incertidumbre (discrecionalidad) que no es algo malo e inevitable, sino una oportunidad para la buena gestión pública*¹⁰⁵⁶, y en consecuencia *debería limitarse a realizar una detallada catalogación de conductas infractoras cuyo objetivo es prevenir y castigar la violación de ciertos mandatos normativos*¹⁰⁵⁷.

Los estudios ponen de relieve la ineficiencia (o al menos la falta de garantías) de las medidas restrictivas de la discrecionalidad pública como camino hacia la integridad¹⁰⁵⁸. La complejidad de la corrupción y las diversas formas en la que puede materializarse, – que hacen que sea imposible especificar de manera exhaustiva todas las prácticas que pueden o no realizarse en un procedimiento de contratación¹⁰⁵⁹ – precisa de una respuesta multidisciplinar, diversificada e individualizada que únicamente puede ser ejecutada satisfactoriamente a través de la auto-implementación. Por ello, creemos que la estrategia anticorrupción debe abandonar, o al menos dejar en un papel secundario, la acción basada en la violación de las normas (*norm-infringing*) para basar su acción en la construcción de estructuras legales e institucionales que promuevan comportamientos íntegros (*norm-building*).¹⁰⁶⁰ Es por ello que una correcta arquitectura legal ha de ser complementada con medidas adicionales que permitan, sin obstruir el sistema, alcanzar un entorno ético a todos los niveles que permita hablar de una contratación pública

respecto presenta un desarrollo básico. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Public transparency as a tool to prevent corruption”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 1-24 en p. 14.

¹⁰⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 40, 1963, pp. 189-224 en p. 203

¹⁰⁵⁶ PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 62

¹⁰⁵⁷ DESCALZO GONZÁLEZ, A. “El buen gobierno...” *op. cit.*

¹⁰⁵⁸ SADDY, A. “Front-line public...” *op. cit.* en p. 353.

¹⁰⁵⁹ Véanse en este sentido las conclusiones de GALLEGO CÓRCOLES, I. “Contratación pública e...” *op. cit.* en pp. 193-219.

¹⁰⁶⁰ MUNGIU-PIPPIDI, A. *Contextual Choices in...* *op. cit.* en p. 14.

íntegra¹⁰⁶¹. Para detectar las posibles anomalías ocultas debe controlarse la corrección, razonabilidad, o la diligencia debida en el procedimiento de todas y cada una de las medidas tomadas por los actores participantes en el mismo sin acabar con la necesaria discrecionalidad¹⁰⁶².

Es en este punto es donde entra en juego la promoción de medidas anticorrupción y la auto-implementación por los actores dentro del procedimiento. Y es por ello que uno de los aspectos clave de la legislación y de la política de contratos públicos debe ser el de dotar al sector de las suficientes herramientas e incentivos para que los actores adapten los sistemas de prevención y control en sus propias actividades. Debemos asumir que, aunque determinadas medidas reglamentarias pueden (y deben) tomarse para prevenir los conflictos de interés y las situaciones de riesgo (especialmente los más evidentes o perjudiciales), una identificación práctica e individualizada de los conflictos de intereses se hace imprescindible.

En este sentido, de acuerdo con el necesario cambio de paradigma propuesto por la regulación europea del conflicto de interés expuesta hasta ahora, lo que aquí se propone es desarrollar dicha línea de actuación que, con cierta ironía, JIMÉNEZ ASENSIO ha denominado el “camino lento” hacia la integridad¹⁰⁶³; esto es, la construcción de un sistema de acción a diferentes niveles basado en la instrumentalización de los actores del procedimiento mediante una redistribución de responsabilidades e incentivos, de forma que se promueva (1) la adopción de medidas preventivas (requisitos para contratar, *self-cleaning*, códigos éticos, etc.) y (2) de medios de control efectivos a tiempo real (controles de licitadores, de empleados, de la ciudadanía, control judicial, etc.)¹⁰⁶⁴. Como afirmara RODRÍGUEZ-ARANA, *en un mundo de hipertrofia normativa, en un mundo en el que las normas jurídicas no es que sean un dechado de*

¹⁰⁶¹ TÁTRAI, T. “EU public procurement...” *op. cit.* en p. 493; RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Reflexiones sobre la regeneración democrática en gobiernos y administraciones públicas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VIVANCOS COMES, M. *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 39-74 en p. 43; GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario big-bang...” *op. cit.* en p. 6

¹⁰⁶² HERCE MATA, I. “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad en la Administración Pública”. *Anuario Jurídico Villanueva*, 11, 2017; MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en p. 107; CASSAGNE, J.C. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 271 y ss.

¹⁰⁶³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la...* *op. cit.* en pp. 77 y ss.

¹⁰⁶⁴ YUKINS, C. “A Versatile Prism...” *op. cit.* en p. 82.

*perfección técnica, en un mundo el que existe una relativa dictadura del positivismo, es menester volver a pensar en el sentido y la función del Derecho.*¹⁰⁶⁵

2.1. Los incentivos al sector privado: causas de exclusión y medidas de *self-cleaning*

Una de las cuestiones esenciales a la hora de conseguir un entorno éticamente responsable que promueva la integridad y dificulte la corrupción es involucrar al sector privado como parte activa del sistema¹⁰⁶⁶. Si bien es cierto que, como hemos señalado en capítulos anteriores, la corrupción tiene un marcado carácter público¹⁰⁶⁷, no es menos cierto que el sector privado, en tanto representante de uno de los intereses en conflicto, desempeña un papel trascendental como desencadenante de corrupción o corruptor. El derecho administrativo se ha visto obligado, impulsado por la doctrina, a abandonar la tradicional atalaya de lo público para aceptar que la regulación jurídica administrativa de determinados aspectos de actuación del sector privado ofrece importantes oportunidades para la gestión de intereses públicos¹⁰⁶⁸. Por ello, el legislador europeo ha optado por introducir en nuestro sistema un método de incentivos, proveniente del derecho anglosajón, basado en la teoría del “palo y la zanahoria”, sanciones y recompensas, o en su original, *sticks and carrots*¹⁰⁶⁹.

En materia de contratación pública, este tipo de injerencia indirecta en el comportamiento del mercado viene avalado por diferentes razones que justifican, legitiman e incluso reclaman este tipo de función de dirección por parte de los contratos públicos:

¹⁰⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El principio general del derecho de confianza legítima”. *Ciencia Jurídica*, Año 1, n.º 4, 2013, pp. 59-70 en p. 60.

¹⁰⁶⁶ BERNAL BLAY, M.A. “Los efectos de los programas de *compliance* en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 411-422.

¹⁰⁶⁷ Véanse pp. 152 y ss.

¹⁰⁶⁸ Sobre las posibilidades de regulación administrativa en los entes privados, véase GARCÍA GARRIDO, F. “Transparencia y «buena gobernanza» ...” *op. cit.* en pp. 163-183; CAFAGGI, F. “Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés”. *EUI Working Paper Law*, San Domenico, Firenze, 2005; BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”. *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

¹⁰⁶⁹ MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en p. 107.

a) *Coherencia en la ejecución de fondos públicos*

La Administración pública, en su actividad para satisfacer el interés general en la prestación de servicios públicos, debe mostrar un razonamiento ético-moral de coherencia¹⁰⁷⁰. Al igual que ocurre con el resto de políticas sociales aceptadas ya de forma general en la actividad contractual –eminente aspectos sociales y ambientales–, la estrategia de compra pública debe exigir de las empresas beneficiarias aquellos comportamientos que el Estado promueve en otros ámbitos de actuación pública y que se consideran esencia de la calidad democrática.

b) *La contratación pública estratégica: también en cuestiones éticas*

Aunque es cierto que la contratación pública debe dirigirse hacia la mayor eficiencia, no debemos olvidar que ésta debe tener como fin último prestar mejores servicios a los ciudadanos en aras del interés general, y que por ello debe desarrollarse una función secundaria de los contratos como instrumento de implementación de políticas hacia la construcción de una realidad más humana y una sociedad de respeto a los valores de convivencia y democracia¹⁰⁷¹. La corrupción se configura como una de las mayores amenazas al Estado de Derecho, y, en consecuencia, las entidades adjudicadoras están en la obligación de, cumplimiento con lo anterior, asegurarse de que las empresas que acceden a los contratos públicos llevan a cabo su actividad en base a los mínimos estándares éticos. El sector privado, aquí, en tanto prestador último de servicios destinados a satisfacer necesidades públicas, debe ser no sólo un sujeto a proteger por el derecho de la contratación pública, sino también un sujeto al cual se le deben exigir determinados estándares de ética pública¹⁰⁷².

c) *Cuestiones mercantiles: la confianza del consumidor*

¹⁰⁷⁰ MIRANZO DÍAZ, J. “Hacia una Administración...” *op. cit.*

¹⁰⁷¹ *Ibidem.*

¹⁰⁷² Véanse, en este sentido, las reflexiones de BARNÉS VÁZQUEZ sobre las posibilidades de extensión del derecho administrativo a determinados sectores de actuación privada en BARNÉS VÁZQUEZ, J. “El derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad”. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2016, pp. 43-75.

MESA VILA apunta con gran acierto la aparente falta de atención que se ha venido prestando en materia de contratos públicos a la confianza mutua como base de las relaciones de prestación de servicios jurídicos¹⁰⁷³. Sin embargo, no es menos cierto que la confianza juega, a nivel general en el mercado, y no solo en la prestación de servicios jurídicos, un papel crucial en los patrones de comportamiento de los consumidores¹⁰⁷⁴. La exigencia de determinados comportamientos éticos –o la ausencia de comportamientos deshonestos– no es, en este sentido, sino la canalización jurídica en la contratación pública de uno de los pilares esenciales que operan en toda relación de agencia mercantil en el sector privado, como es la confianza del consumidor.

Por todo lo expuesto, el derecho europeo prevé causas de exclusión por actos de corrupción o por una situación de conflicto de intereses. Pero, además, recoge la posibilidad, ya mencionada anteriormente, de que los operadores económicos anulen dicha exclusión si demuestran que se han tomado las medidas necesarias como para demostrar su fiabilidad.

Los beneficios de estos sistemas de *sticks and carrots* han sido señalados por investigadores de diferentes ámbitos, tanto a nivel ético como económico¹⁰⁷⁵. Los estudios demuestran que, a través de la motivación de los actores privados para asegurar su comportamiento ético de manera autónoma, las medidas adoptadas por estos presentan una mayor eficiencia que aquellas promulgadas a nivel nacional o regional al acercar la solución al problema¹⁰⁷⁶. Este sistema de autocorrección encuentra sus sustento teórico en la teoría del *compliance* de la empresa, la cual asume que las irregularidades e infracciones en materia de integridad pueden acaecer en cualquier operador económico, y que por tanto, lo realmente importante es cómo las corporaciones

¹⁰⁷³ MESA VILA, M. “La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta”. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 47, 2018.

¹⁰⁷⁴ A modo de ejemplo, véase INIESTA BONILLO, M.A., SÁEZ GONZÁLEZ, E. y SÁNCHEZ PÉREZ, M. “La confianza del consumidor en el minorista: desarrollo y contraste de un modelo conceptual”. *Revista española de investigación de marketing*, vol. 3, n.º 1, 1999, pp. 161-182; LÓPEZ JIMÉNEZ, D. “La confianza del consumidor en el ámbito de la contratación y publicidad interactiva: prevención y resolución alternativa de conflictos”. *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 22, 2010, pp. 29-97.

¹⁰⁷⁵ NIETO MARTÍN, A. “De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 115-127.

¹⁰⁷⁶ BIOGNI, M., SPAGNOLO, G. y VALBONESI, P. “Sticks and Carrots in Procurement: An Experimental Exploration”. *B E Journal of Economic Analysis & Policy*, 14 (3), 2014.

responden a ese tipo de comportamientos por parte de sus integrantes.¹⁰⁷⁷ Así, la autorregulación, o más concretamente, la orientación desde lo público de la autorregulación privada¹⁰⁷⁸, permite una mayor adaptación de las medidas a las problemáticas concretas del caso e implican a un mayor número de sujetos en su corrección, de forma que se optimizan los resultados al tiempo que se respeta la libertad de empresa y el libre funcionamiento del mercado.

2.1.1. La causa de exclusión por razón de corrupción

Así, la Directiva 2014/24, además de la estudiada causa de exclusión facultativa por motivos de conflicto de interés, recoge la obligatoriedad de excluir a todo operador económico sentenciado en firme por causa de corrupción. El artículo 57.1.b) de la Directiva 2014/24/UE se refiere a la corrupción como causa de exclusión imperativa y remite para la definición del término a normas con carácter penalista: *Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la UE*; y la *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*¹⁰⁷⁹. No obstante, cabe destacar que la conjunción de ambas definiciones no tiene carácter exhaustivo para el legislador europeo, y probablemente con el ánimo de no restringir la discrecionalidad de las legislaciones y políticas nacionales, el artículo 57.1.b) de la Directiva 2014/24/UE establece como cláusula de cierre que también se entenderá corrupción el fenómeno tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico.

Esto, que como decimos tiene la finalidad de no entorpecer o vaciar de contenido las normas nacionales anticorrupción, puede producir, sin embargo, cierta inseguridad jurídica en cuanto a la aplicación práctica de las causas de exclusión debido a las divergentes regulaciones del fenómeno en los Estados Miembros¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁷ PIERONE, F. "Competing Anti-Corruption..." *op. cit.* en p. 26.

¹⁰⁷⁸ ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación: génesis...* *op. cit.* en pp. 26 y ss.

¹⁰⁷⁹ Véase el análisis de las definiciones en pp. 122 y ss.

¹⁰⁸⁰ AYMERICH CANO, C. "Corrupción y contratación..." *op. cit.* en p. 229.

Así, en primer lugar, del precepto se entiende que deben considerarse también como actos corruptos aquellos definidos como tal en el país del operador económico o del poder adjudicador. Esta interpretación parece implicar, desde un punto de vista teórico, que los licitadores que presenten ofertas serán excluidos del procedimiento si incurren en algún acto calificado como corrupción en el Estado en el que se produce la licitación, aunque éste no suponga tal calificación en el territorio en el que tiene su sede empresarial o domicilio fiscal. No obstante, la más que probable inexistencia de sentencia firme, que es requisito para la exclusión automática, podría derivar en la inaplicación práctica de este supuesto. En todo caso, ante la ausencia de sentencia firme podría suponer una causa de exclusión por falta profesional grave si se dan las circunstancias requeridas en tal supuesto (art. 57.4.c).

Por otro lado, el legislador europeo parece prever también que los poderes adjudicadores inmersos en casos de corrupción bajo su legislación nacional deberán ser excluidos del procedimiento, aún si bajo la legislación europea y la nacional de la entidad adjudicadora dichas actividades no hubieran sido consideradas corrupción. La puesta en marcha de este sistema de exclusiones requiere, para este último escenario señalado, el conocimiento por parte del poder adjudicador de la sentencia firme en el país de origen de la empresa, ya que, recordemos, la corrupción actúa como causa de exclusión imperativa y, por tanto, la no exclusión de un candidato inmerso en dicha causa podría ser objeto de recurso por cualquier interesado y eventualmente acarrear la nulidad del procedimiento. Para ello, la Directiva prevé que *los poderes adjudicadores podrán exigir los certificados, declaraciones y otros medios de prueba mencionados en los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo y en el anexo XII como demostración tanto de la inexistencia de los motivos de exclusión a que se refiere el artículo 57, como del cumplimiento de los criterios de selección de conformidad con el artículo 58*. Sin embargo, como advierte MEDINA ARNÁIZ, el conocimiento de las sentencias por parte del poder adjudicador no es sencillo, y la efectividad de estas medidas queda limitada por la ausencia de un sistema de gestión de *big data* en materia de prohibiciones de contratar que permita a los órganos contratantes acceder de forma sencilla a la información¹⁰⁸¹. Quizá puede considerarse un lastre en este sentido la

¹⁰⁸¹ Se aprecian, no obstante, determinados avances en la materia como: la creación de un sistema de certificados en línea (e-Certis) y del «Documento europeo único de contratación», así como un sistema de detección temprana y de exclusión que se recoge en el Reglamento 966/2012 del Parlamento Europeo y

ausencia, al menos hasta la fecha, de un sistema de *blacklisting* equivalente al que opera para el Banco Mundial en relación a las empresas sentenciadas por casos de corrupción¹⁰⁸². Además, sigue sin resolverse el problema acerca de la imposibilidad de excluir a un licitador durante el periodo en curso del proceso judicial hasta que no exista sentencia firme¹⁰⁸³.

Relacionado con esto último, en su regulación en España, además, juristas como AYMERICH CANO han identificado otras ineficiencias procedimentales provocadas por una defectuosa transposición y una deficiente interpretación de la división que la legislación española de contratación pública hace entre dos funciones diferentes en relación con la aplicación de las prohibiciones para contratar: la apreciación de la existencia de una prohibición por un lado y, del otro, la determinación de su duración y alcance¹⁰⁸⁴. Comoseñala el autor, recientes resoluciones del TACRC¹⁰⁸⁵ entienden que, a pesar de que compete al órgano de contratación, para el contrato en cuestión, apreciar la causa de exclusión existente fruto de una sentencia por delitos de corrupción en la que no se explicita la prohibición de contratar como parte de la pena, su aplicación efectiva está supeditada a un procedimiento ante un órgano diferente que debe pronunciarse sobre su alcance (si es o no aplicable a otros procedimientos) y duración (temporalidad). Esta supeditación, como afirma el citado autor, pone en riesgo la efectiva aplicación de las causas de exclusión, que en el mejor de los casos se demorará al menos 3 meses hasta que se resuelva el mencionado procedimiento.

En todo caso, podemos afirmar que la causa de exclusión por razón de corrupción, con sus limitaciones, desempeña una función importante de prevención en sí misma, al impedir a empresas que han realizado actos corruptos, y sobre las que por tanto se

del Consejo. MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en p. 103; véase también AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación...” *op. cit.* en p. 230 y ss; MEDINA ARNÁIZ, T. “Las prohibiciones de...” *op. cit.* en p. 788; MEDINA RANÁIZ, T. “La lucha contra la...” *op. cit.* en pp. 164 y ss.

¹⁰⁸²SELVAGGI, N. “Las listas negras...” *op. cit.* en pp. 115-127; AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación...” *op. cit.* en p. 229 y ss.

¹⁰⁸³MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en pp. 77-104.

¹⁰⁸⁴ Igualmente, para todo lo espuesto en el presente párrafo, véase AYMERICH CANO, C. “Acerca de la (in)eficacia de las prohibiciones para contratar. Crítica de la resolución del TACRC 653/2017, de 14 de julio”. *Observatorio de Contratación Pública*, 19 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.341/recategoria.208/reلمenu.3/chk.6d21be000f75065b12e98196cdd32806>

¹⁰⁸⁵ Resolución del TACRC 653/2017, de 14 de julio.

presupone un riesgo de reincidencia, participar en el proceso¹⁰⁸⁶. Su principal función quizá sea, al menos desde el prisma de la prevención, la de incentivar a los operadores afectados a evitar dichas prácticas o a corregir las deficiencias estructurales que hayan permitido su aparición en el pasado. Y para esta segunda función resulta un complemento fundamental la posibilidad, contemplada en el artículo 57.6, de implementar medidas autocorrectoras o *self-cleaning*.

2.1.2. Las medidas de *self-cleaning*

Siendo consciente de ello, la Directiva 2014/24 remarca, por un lado, el derecho de los operadores económicos a presentar pruebas de demuestren su fiabilidad y evitar la exclusión, y por otro, la obligación, para los poderes adjudicadores de, al menos, evaluar las pruebas presentadas por los potenciales licitadores¹⁰⁸⁷. La norma europea, de manera coherente con el sistema de prevención de la corrupción que propone, no ofrece una lista exhaustiva de medidas que podrán dar lugar a la “no exclusión” del procedimiento, sino que se limita a proporcionar algunos ejemplos: la devolución del dinero, la compensación de los daños, modificaciones de personal, o la cooperación en los procedimientos de investigación, por ejemplo¹⁰⁸⁸. Como decimos, no se trata de una enumeración exhaustiva, y en materia de corrupción, otro tipo de medidas, como programas de entrenamiento y concienciación de los empleados, auditorías externas, y otros programas de Responsabilidad Social Corporativa pueden ser tenidos en cuenta.

Del mismo modo, la Directiva 2014/24 y el TJUE hacen especial hincapié en la necesidad de evaluar y la imposibilidad de aceptación automática de medidas autocorrectoras como válidas¹⁰⁸⁹. Se trata de una disposición de carácter general que

¹⁰⁸⁶ MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en pp. 77-104.

¹⁰⁸⁷ Art. 57.6.

¹⁰⁸⁸ Artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/EU; ARROWSMITH, S., PRIEB, H.J. y FRITON, P. “Self Cleaning – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law”. En: ARROWSMITH, S. *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. Colonia, Alemania: Carl Heymanns Verlag Wolters Kluwer, 2009, pp. 4 y ss.

¹⁰⁸⁹ Como ejemplo de lo expuesto, en relación con el poder de discrecionalidad de los poderes adjudicadores y la necesaria prevalencia de la efectividad de las medidas sobre la formalidad de las mismas, véase el caso C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato* [2017] EU:C:2017:487, especialmente la opinión del AG Campos Sanchez-Bordona; y en el mismo sentido, los comentarios al respecto de SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Interesting AG opinion on treatment of on-going criminal cases & self-cleaning under 2004 rules” (C-178/16), *How to Crack A Nut*, 22 de junio de 2017. Consulta el 2 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/6/22/interesting-ag-opinion-on-treatment-of-on-going-criminal-cases-and-self-cleaning-under-2004-rules-c-17816>

otorga una gran discrecionalidad a los poderes adjudicadores o entidades encargadas de evaluar las causas de exclusión, pero que en todo caso deberá ser motivada y fundamentada individualmente. Como decimos, no creemos que esta decisión sea aleatoria, ya que engarza con la interpretación general que el legislador europeo parece haber hecho en materia de integridad, que implica un papel central de los órganos de contratación como elementos de vigilancia y control activos¹⁰⁹⁰.

Lo que la regulación de las medidas de *self-cleaning* trata de evitar es una aproximación reglamentista del método que dejara en la práctica inservible su aplicación¹⁰⁹¹. Una enumeración formal y exhaustiva de las medidas formales a adoptar resultaría en la práctica en la aplicación de un sistema de *check-listing* por parte del órgano de contratación, que no entrase a valorar la incidencia efectiva de las medidas en el posible comportamiento improbable de la empresa. Medidas efectivas serían desechadas y, al contrario, medidas en la práctica inoperantes serían aceptadas como válidas por su mera configuración formal. Al igual que ocurría con el fenómeno de los conflictos de interés, una concepción en exceso formalista de las medidas autocorrectoras revertiría en una adulteración artificial del sistema que incluso los expondría ser utilizado de forma fraudulenta.

A través de un examen de fondo y pormenorizado de las medidas adoptadas, lo que la UE está haciendo es trasladar al licitador la responsabilidad de innovación y creación en materia de integridad. En una aproximación formalista, el sector privado, regido siempre por las demandas del mercado y con una clara visión utilitarista, se limitaría a introducir los cambios formales requeridos por la Ley, intentando, probablemente, que dichos cambios tuvieran el mínimo efecto en el marco operativo real de sus actividades. Sin embargo, a través de una evaluación de fondo, que considere la implementación efectiva de las medidas sobre los resultados y no sobre la apariencia formal, se está

¹⁰⁹⁰ Algunos autores, sin embargo, han considerado que esta “indefinición” puede ejercer un efecto negativo en la regulación en forma de inseguridad jurídica. BERNAL BLAY, M.A. “Los efectos de...” *op. cit.* en pp. 411-422.

¹⁰⁹¹ Una aproximación reglamentista que, sin embargo, se hace esencial en el ámbito penal debido al carácter esencial del principio de legalidad estricto, en el que recordemos nuestro artículo 31.bis CP estipula que la responsabilidad penal puede atenuarse cuando se demuestre *haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica* .AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación...” *op. cit.* en p. 233.

situando una importante carga de incentivos en los operadores del sector para embarcarse en una búsqueda real de soluciones a posibles problemas de integridad en el seno de su empresa¹⁰⁹². En cierto modo se trata de crear incentivos haciendo beneficiosa la inversión en integridad por parte del sector privado –o de penalizar la no inversión–, de incluir la ética como parte de la RSC de la empresa y de hacer de la ética un aspecto rentable en el mercado de compras públicas¹⁰⁹³. De esta forma, se otorga por primera vez un papel activo al sector privado en cuanto a lucha contra la corrupción se refiere, derribando el mito de que la corrupción únicamente debe ser atacada desde el sector público.¹⁰⁹⁴

A modo de ejemplo, podemos citar el notable éxito que ha tenido en EEUU desde los años 90¹⁰⁹⁵ la implantación, de manera complementaria a las directamente dirigidas a lograr una mayor integridad, de medidas destinadas a la evaluación de la efectividad de las medidas de *compliance*, como sería, por ejemplo la adopción, por parte del operador económico, de un programa de evaluación del riesgo de irregularidad (*risk-assesment*) y de comprobación del cumplimiento entre sus empleados.¹⁰⁹⁶ Este tipo de iniciativas, que en EEUU son de obligada observancia para participar en un proceso de licitación pública,¹⁰⁹⁷ miden de manera periódica y repetida el grado de cumplimiento de las medidas de integridad adoptadas, así como la efectividad de las mismas, al tiempo que identifican los departamentos o actividades de la compañía más propensos a la comisión de irregularidades y los puntos en los que la política de *compliance* debe poner mayor énfasis. De esta manera, se evita la adopción de medidas meramente protocolarias como interminables códigos de conducta que, sin un control efectivo y sanciones apropiadas, son abiertamente ignorados por los trabajadores y por la propia empresa.

¹⁰⁹² PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption...” *op. cit.* en p. 26.

¹⁰⁹³ Sobre los diferentes roles que puede jugar el poder público en la promoción de medidas de RSC véase el interesante estudio FOX, T., WARD, H. y HOWARD, B. *Public sector roles in the strengthening corporate social responsibility: a baseline study*. The World Bank, 2002; en el mismo sentido BACIGALUPO, S. “Prevención de la...” *op. cit.* en pp. 435-450.

¹⁰⁹⁴ KAUFMANN, D. “Back to the Basics...” *op. cit.*; BERNAL BLAY, M.A. “Los efectos de los...” *op. cit.* en pp. 411-422.

¹⁰⁹⁵ Tras la aprobación del United federal States Sentencing Guidelines, el 1 de noviembre de 1991.

¹⁰⁹⁶ PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption...” *op. cit.* en p. 28; YUKINS, C. “A Versatile Prism...” *op. cit.* en p. 82.

¹⁰⁹⁷ PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption...” *op. cit.* en p. 29; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública?”. En: GARCES SANAGUSTIN, M. y PALOMAR OLMEDA, A. *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013; RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Compliance y self-cleaning...” *op. cit.* en p. 794

No obstante, como quizá ya se ha podido intuir, la aplicación efectiva de este tipo de medidas traslada también una importante responsabilidad a la entidad adjudicadora y en consecuencia –como veremos– al control judicial de la discrecionalidad administrativa¹⁰⁹⁸. Como venimos de apuntar, el órgano de contratación dispone de una libertad amplia a la hora de determinar la suficiencia o no de las medidas adoptadas por la empresa. Sin embargo, esta discrecionalidad no debe ser convertida en arbitrariedad, y por ello se imponen dos límites: (1) la evaluación debe ser sobre el resultado efectivo de las medidas y (2) el fallo sobre la suficiencia o no de las medidas adoptadas debe estar motivado. En otras palabras, para asegurar que la evaluación se articula sobre el fondo y no sobre la forma de las medidas –que es, como venimos diciendo, la esencia para el funcionamiento de esta figura¹⁰⁹⁹ –, es esencial la motivación y justificación de la decisión de aceptar como suficientes las medidas autocorrectoras presentadas.

Es decir, al órgano de contratación se le traslada una importante responsabilidad que debe ser ejercida en base a una relativamente amplia discrecionalidad, pero dicho ejercicio de potestad debe cumplir determinadas características y criterios de evaluación. Por ello, y de cara a un posterior control jurisdiccional, el cumplimiento en las evaluaciones de los principios de transparencia y buena administración se hace especialmente necesaria la motivación, justificación y trazabilidad de las decisiones.

En definitiva, a través de la implantación de la causa de exclusión señalada y especialmente de la posibilidad de adopción de medidas autocorrectoras, el derecho de la contratación pública pretende trasladar cierta responsabilidad al sector privado en la lucha contra la corrupción, de manera que deje de ser un sujeto pasivo de las estrategias de integridad para desempeñar un papel eminentemente activo. Ello, como se ha puesto de manifiesto, conlleva un aumento de la responsabilidad y la discrecionalidad de los poderes adjudicadores –a lo que se suma, como veremos, un papel activo del control judicial.

¹⁰⁹⁸En este sentido, DE LA CUESTA GONZÁLEZ y VALOR MARTÍNEZ apuntan que una simple motivación no es suficiente, y que el papel del sector público en la promoción, control y evaluación de las medidas adoptadas por los operadores económicos es crucial para un éxito del sistema. Véase DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M. y VALOR MARTÍNEZ, C. “Fostering Corporate Social Responsibility Through Public Initiative: From the EU to the Spanish Case”. *Journal of Business Ethics*, 2004, vol. 55, 3, pp. 275-293.

¹⁰⁹⁹ARROWSMITH, S., PRIEB, H.J. y FRITON, P. “Self Cleaning – An...” *op. cit.* en pp. 5-6.

Por último, conviene señalar que quizá determinadas medidas adicionales puedan ser adoptadas para favorecer no sólo la corrección de actos individuales sino la detección de determinadas tramas corruptas. Organismos como el Banco Mundial implementan ya desde 2006 medidas de promoción de la integridad en el sector privado, a través del *Voluntary Disclosure Programme*, en virtud del cual un operador económico puede confesar delitos o irregularidades pasadas, relacionadas con la corrupción, que aún no hayan sido investigadas¹¹⁰⁰. Una vez hecho, siempre y cuando esta empresa se comprometa a adoptar programas de integridad – *compliance programme* – el Banco Mundial puede abstenerse de aplicar sanciones e incluso mantener la información delictiva con carácter confidencial.¹¹⁰¹ La UE carece de una política común en este aspecto y, en España, si bien existen determinadas medidas de *Voluntary Disclosure* en relación con los delitos de fraude fiscal¹¹⁰², lo cierto es que este tipo de mecanismos no existen en materia de corrupción.

2.2. Los incentivos al sector público: las medidas de promoción de la integridad

Tanto en el estudio de la regulación de los conflictos de interés como de las causas de exclusión y las medidas autocorrectoras, una de las constantes en la estrategia anticorrupción es la implicación, como actor principal, de las entidades adjudicadoras. Bajo ellas recae buena parte del peso de control y prevención en materia de integridad y sus funciones y responsabilidades crecen considerablemente con respecto a la anterior normativa. Sin embargo, la adopción de medidas dirigidas a conseguir comportamientos éticos en la adjudicación de contratos no debe limitarse únicamente a los aspectos expresamente previstos en la Ley, sino que los poderes públicos deben explorar y aplicar nuevos medios de prevención y control de la corrupción.

La generación de incentivos en el sector público, sin embargo, no responde a las mismas reglas que en el caso del sector privado. Al contrario, en el ámbito de lo público, existen principalmente tres maneras de dirigir la actividad de los diferentes

¹¹⁰⁰ ODCE. *La integridad en...* op. cit. en pp. 254 y ss.

¹¹⁰¹ SELVAGGI, N. “Las listas negras...” op. cit. en p. 123

¹¹⁰² OCDE. *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*. Paris: OECD Publishers, 2015, pp. 112 y ss.

entes: (1) a través de la regulación legal de nuevas obligaciones para las entidades adjudicadoras, de forma que actúe la función de dirección del derecho administrativo¹¹⁰³; (2) otorgando mayor poder y responsabilidad de autogestión en el procedimiento a los gestores y órganos de contratación, como se ha mencionado que hacen las medidas de *self-cleaning* y la regulación del conflicto de interés; o (3) reconociendo que los empleados públicos, de manera generalizada, cumplen en la mejor manera posible con sus servicios al interés público, y por tanto dotándoles de instrumentos para facilitar su labor a tal efecto como recomendaciones, formación en nuevas herramientas, etc. –esencialmente, lo que en derecho anglosajón y en la UE se conoce como *soft law*.

2.2.1. Los códigos éticos o de conducta: naturaleza, utilidad y limitaciones

Una primera forma de autoregulación o autocontrol por parte de las entidades públicas es la elaboración de códigos de conducta. Este tipo de herramientas no son de obligada elaboración por parte de las Administraciones públicas, de manera que su utilización debe ser promovida a través de recomendaciones entre las entidades adjudicadoras. Ya en el siglo XIX, en su obra *El Político*, AZORÍN elabora un verdadero código ético para los representantes de la ciudadanía en las Administraciones Públicas al desarrollar una serie de conductas morales y éticas que deben regir en el desempeño de tales funciones públicas. Se trata, sin duda, de una obra adelantada a su tiempo, ya que los beneficios de este tipo de códigos no fueron asumidos por la esfera internacional hasta la publicación en 1994 del *Informe Nolan* fruto de la primera crisis global de legitimidad democrática y corrupción en la función pública¹¹⁰⁴. Inmediatamente después, hacia mediados de la década de los noventa, primero Naciones Unidas (*Código Internacional de Conductas para los titulares de cargos públicos*, 1996), y posteriormente el Consejo de Europa (*Recomendación R (2000) 10 del Consejo de Ministros de los Estados Miembros*, 2000) elaboraron los primeros códigos de conducta para servidores públicos con alcance internacional. La UE, por su parte, aprobó en el año 2001 un Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, dirigido a las instituciones de la UE¹¹⁰⁵.

¹¹⁰³SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general... op. cit.*

¹¹⁰⁴Véase p. 23

¹¹⁰⁵ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. “La buena administración: ¿objeto de protección o criterio de supervisión de la actividad administrativa para las instituciones de los defensores del pueblo?”, en

Si bien estos textos no tenían carácter coercitivo ni un sistema de sanciones, lo cierto es que suponen el punto de partida de una figura que ha demostrado su efectividad en materia anticorrupción, trasladando la responsabilidad de comportarse conforme a los estándares de ética pública que marca su puesto de trabajo a los propios empleados públicos¹¹⁰⁶.

Los códigos de conducta son textos, normalmente divididos en artículo y con forma pseudo-jurídica, que regulan el buen comportamiento de las personas integrantes de una determinada entidad o grupo de entidades en el ejercicio de sus funciones. Su función principal es la de, de forma complementaria a la norma, facilitar una serie de pautas de conducta y principios éticos a respetar en el desarrollo de las funciones públicas, como los principios de legalidad, diligencia, eficiencia, transparencia, imparcialidad, integridad, etc.¹¹⁰⁷ Para ello, este tipo de instrumentos a menudo cuentan con ejemplos cotidianos en relación a situaciones a evitar y formas de ejercicio de potestades discrecionales¹¹⁰⁸. Su capacidad de flexibilidad y de adaptación a los escenarios concretos de cada institución han hecho de ellos una herramienta en auge tanto en el sector público como en el privado¹¹⁰⁹.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de estos instrumentos genera determinadas dudas en tanto en cuanto la misma varía entre aquellos que tienen un carácter normativo y disciplinario y aquellos otros que tienen una función meramente orientativa. Una distinción que determina la función de los códigos y su posible alcance final, el cual varía considerablemente de un modelo al otro. En aquellos códigos de conducta de carácter coercitivo, se genera probidad en base a una función de prevención por disuasión, clásica en el derecho sancionador. Por el contrario, aquellos que carecen de

ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011 pp. 43-54; texto original disponible en: https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/code2005_es.pdf

¹¹⁰⁶CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit en p. 169.

¹¹⁰⁷ LONGO, F. y ALBAREDA, A. *Administración Pública con valores: instrumentos para la gobernanza ética*. Madrid: INAP, 2015, pp. 62 y ss.

¹¹⁰⁸CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit en p. 187.

¹¹⁰⁹GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de...* op. cit. en p. 243; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit en p. 185.

dicha característica, centran su utilidad en una función informativa a modo de guía y concienciación¹¹¹⁰.

Dentro de los primeros encontramos, en un primer lugar, códigos éticos que se encuentran embebidos dentro de una determinada ley, como es el caso, en España, del EBEP, que recoge un verdadero código de conducta del empleado público al que se otorga carácter normativo y a cuyas infracciones vienen asociadas determinadas sanciones (arts. 93 y ss.), o aquellos aprobados por parlamentos, asambleas legislativas o instituciones similares¹¹¹¹. No obstante, tal y como sostienen algunos autores, la utilidad este tipo de códigos de conducta normativos, que se funda en todo caso en su coercitividad, reside en su carácter de Ley o de norma jurídica, y no en su caracterización como código de conducta¹¹¹². En este razonamiento, nada diferenciaría a un código de conducta de otro tipo de normativa reguladora de sanciones disciplinarias. Además, si aceptamos que un código de conducta sólo genera efectos en tanto sea respaldado por una norma, la posibilidad efectiva de su elaboración se limita a aquellos organismos con competencias legislativas, y por ende las ventajas derivadas de la flexibilización y adaptación al caso, que *a priori* proporciona esta herramienta, se difuminan.

Por ende, en lo relativo a la prevención y autoregulación en materia de integridad en los contratos públicos, los códigos de conducta interesan en tanto en cuanto se puedan desarrollar y aplicar por entidades adjudicadoras e instituciones individuales, ya que es entonces, y no en una aplicación global en forma de Ley, cuando estos códigos despliegan todas sus ventajas relativas a la autorregulación –esencialmente la flexibilidad y capacidad de acercar y adaptar las obligaciones de los empleados al sector y a los riesgos concretos identificados. En estas circunstancias, la capacidad coercitiva

¹¹¹⁰ Algunos ejemplos recientes pueden ser el Código ético y de conducta del Ayuntamiento de Barcelona (2017) o el Código de Buen Gobierno Local de la FEMP (Federación Española de Municipios y Provincias). Disponibles en: <http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/codigo-conducta> y http://femp.femp.es/Microsites/Front/Paginas/Layout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGDF7hVCHy14AjBJqzzGBaprI61UXG91P195HskFd8QIM5YD

¹¹¹¹ MAYOR GÓMEZ, R. “Los códigos éticos o códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas: la necesidad de su implementación”. *Parlamento y Constitución, Anuario*, 2017, n.º 18, pp. 103-129.

¹¹¹² CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Ética pública y normativa administrativa”. *Revista de Administración Pública*, 181, 2010, pp. 9-37.

de los códigos de conducta, es decir, la eventual potestad disciplinaria que permita ampliar y desarrollar los supuestos recogidos en la Ley, es un aspecto esencial a la hora de determinar sus funciones y posibles utilidades, ya que una falta de coercitividad deja en la práctica minimizado el posible efecto de estos.¹¹¹³

Conviene destacar por ello, en primer lugar, que la LRJSP prevé, en su artículo 25.3, que el las disposiciones del Capítulo III del Título preliminar, que las Administraciones Públicas tendrán potestad disciplinaria-sancionadora con respecto al personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo¹¹¹⁴. Esto extiende, por tanto, la posibilidad de elaboración de códigos de conducta de carácter coercitivo a todos los poderes adjudicadores con condición de AP¹¹¹⁵.

Más compleja parece ser la posibilidad de regulación de las sanciones disciplinarias a través de los códigos de conducta elaborados por aquellos organismos de derecho público no AP: *Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas* (art. 2.1 EBEP). Este tipo de entidades están sometidas a derecho público y sus empleados se rigen por el sistema sancionador previsto en el EBEP, pero, no obstante, no tienen reconocida potestad sancionadora disciplinaria por la LRJSP¹¹¹⁶. Además, el propio EBEP, al desarrollar el ejercicio de la potestad disciplinaria en su artículo 94.2, establece que deberá llevarse a cabo a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.

Esto implica, en la práctica, que las entidades públicas no AP, ya que carecen de potestad sancionadora, no tienen capacidad de desarrollar el régimen sancionador disciplinario para el personal a su servicio, que deberá llevarse a cabo, en base al

¹¹¹³ BATISTUTA, O.D. “Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”. *Revista de las Cortes Generales*, 65, 2005, pp. 123-154

¹¹¹⁴ MORENO MOLINA, J.A. “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179, 2016, pp. 87-109.

¹¹¹⁵ Como ejemplo destacado del desarrollo de la potestad sancionadora y el carácter coercitivo de los códigos éticos en poderes adjudicadores AP, véase el ejemplo del Código Ético elaborado por la Diputación Foral de Gipuzcoa, especializado en contratación pública. Disponible en: <http://www.gipuzkoa.eus/documents/20933/2089565/Jokabide+kodea-Kontratazioa.pdf/3ecbad4e-0fab-859c-2c9f-24489dd6aeef>

¹¹¹⁶ Art. 25.3.

principio de legalidad, a través de una regulación de las posibles sanciones por parte de la Administración Pública a la que corresponda su tutela¹¹¹⁷.

En el otro extremo del ordenamiento disciplinario público se encuentran aquellos poderes adjudicadores de derecho privado: las sociedades de capital público y de economía mixta y el resto de entidades de derecho privado que, sin embargo, en base a la Directiva 2014/24 y a la Ley 9/2017, son consideradas entidades adjudicadoras. En estos casos, al regirse por derecho privado, las empresas son libres de regular el régimen disciplinario interno de los trabajadores dentro del marco de respeto a los convenios colectivos y los derechos laborales¹¹¹⁸. De hecho, como pone de manifiesto AYUSO, en España más de la mitad de los códigos éticos y de conducta elaborados por empresas públicas incluyen un sistema de control, seguimiento y sanción de irregularidades¹¹¹⁹.

Pero los códigos de conducta no siempre tienen carácter coercitivo. En estos casos, la función y posible utilidad de esta herramienta varía considerablemente con respecto a

¹¹¹⁷ Por ello debemos advertir que *con relación al ejercicio de la potestad sancionadora cobra especial importancia el aspecto relativo a la certeza de la norma, entendida como previsibilidad sobre los efectos de su aplicación* MANTECA VALDELANDE, V. “La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (4)”. *Actualidad Administrativa*, n.º 13, 2012, tomo 2, p. 1729 y ss. Editorial LA LEY; al respecto véase también CASARES MARCOS, A. “Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos”. *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008; Determinados autores incluso entienden, tras la aprobación de la Ley 40/2015, que la potestad disciplinaria únicamente puede ejercerse ya a través de normas con rango de Ley a excepción de las ordenanzas municipales. *En efecto el Estatuto Básico del Empleado Público aunque supuso un avance destacable en el sometimiento de la potestad disciplinaria de los funcionarios públicos a la Ley formal ya que imponía ya la tipificación legal de las infracciones graves y muy graves, permitía todavía la tipificación por reglamento de infracciones leves ya que para su establecimiento bastaba la “predeterminación normativa”, según el artículo 94.2.a) del EBEP, situación que se aparta aún más de las exigencias del principio de legalidad en lo que respecta al personal laboral en el que basta según el mismo precepto que las infracciones se tipifiquen en un simple convenio colectivo. Tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015 será imposible sostener este tipo de tipificaciones por normas o instrumentos infralegales ya que el principio de legalidad como veremos más abajo sólo admite un matiz, desgraciadamente consagrado por una mala jurisprudencia constitucional, con relación a la tipificación por medio de ordenanzas locales.* GARCÍA LUENGO, J. “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”. *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, 2016.

¹¹¹⁸ Para mayor detalle, véanse las apreciaciones realizadas por MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. “Los códigos de ética y cumplimientos normativos en las empresas públicas locales (notas sobre su procedencia y exigibilidad)”. *Cuadernos de Derecho Local*, 31, 2013, pp. 112-117.

¹¹¹⁹ AYUSO, S. “Códigos éticos de las empresas públicas españolas : Principios, conductas e implantación”, *Documento de trabajo n 16, Escola Superio de Comerç Internacional*, octubre 2013, pp. 24 y ss.

los anteriores. Su carácter de prevención disuasoria se reduce¹¹²⁰ para dar paso a una función que se centra en un papel informativo o educador del empleado. Este posible alcance limitado del carácter normativo de los códigos de conducta en sí mismos ha sido la principal crítica que ha recibido esta herramienta como instrumento útil para prevenir la corrupción¹¹²¹, y lo cierto es que su repercusión directa en la práctica diaria puede verse ampliamente cuestionada si el órgano que lo elabora no tiene capacidad para ampliar o adaptar las sanciones recogidas de forma expresa por la Ley.

No obstante, la aprobación de un código de conducta en aquellos supuestos en los que carezca de fuerza normativa va, en todo caso, más allá de la legislación que lo respalda, es decir, en aquellos casos en los que es simplemente *soft law*, pueden desempeñar un papel relevante en la difusión de las obligaciones a las que están sometidos los empleados¹¹²². Este aspecto entronca directamente con la necesidad de concienciación, formación y profesionalización en la realización de compras públicas, que se configura como otro de los ejes de la autorregulación de las entidades adjudicadoras.

Por último, aunque no generen efectos disciplinarios, los incumplimientos de un código ético pueden generar ciertos efectos jurídicos por sí mismos, en tanto en cuanto una vez aprobados no es posible desconocer jurídicamente su contenido¹¹²³. Estos textos semi-normativos aportan determinados fundamentos jurídicos que deben ser tomados en cuenta a la hora de evaluar la corrección en las actuaciones de un empleado público, de manera que, aun no implicando sanción individual, pueden contribuir a dilucidar sobre la adecuación de las actuaciones administrativas a los principios de integridad y buena administración, los cuales, como veremos, debe actuar como parámetros de control de la discrecionalidad administrativa. La anulabilidad del procedimiento de contratación o de determinadas actuaciones, así como medidas relativas a la participación o exclusión de

¹¹²⁰CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Ética pública y...” *op. cit.* en pp. 9-37

¹¹²¹CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Ética pública y...” *op. cit.* en pp. 9-37; FERNÁNDEZ FERRES, G. “Los códigos de buen gobierno en las administraciones públicas”. *Administración & ciudadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, 2 (2), pp. 171-191 en pp. 35 y ss.; PRIETO ROMERO, C. “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno”. *Anuario del Gobierno Local 2011*, 2012.

¹¹²² Sobre las funciones del *soft law* en el Derecho Administrativo y en la contratación pública, véase SARMIENTO, D. *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, 2008; PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en p. 117; CAMPOS ACUÑA, C. *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*. Granada: CEMCI Publicaciones, 2017, pp. 59-63.

¹¹²³ PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en p. 117.

empleados en la toma de decisiones del contrato, pueden encontrar un sustento jurídico en el incumplimiento de un código de conducta.

2.2.2. La profesionalización de la gestión de contratos: capacitación del personal

Una estadística francesa, por ejemplo, saca a la luz que en aquel país un 60% [de los empleados] ni tiene conocimientos jurídicos ni ha accedido al puesto en virtud de un concurso específico; habiendo llegado al puesto de trabajo en el servicio de contratación sin una formación previa. Un porcentaje similar, de igual forma, carece de conocimientos suficientes del sector económico o del tipo de producto o servicio que va a contratar. De hecho, en nuestro país tenemos un problema complementario, derivado de los más de 8000 municipios que tienen menos de 20.000 habitantes y que son poderes adjudicadores¹¹²⁴.

Esta denuncia la hacía en su blog el profesor GONZÁLEZ GARCÍA el día 3 de mayo de 2017, y nosotros no podemos dejar de comulgar con un problema que entendemos uno de los principales lastres de la integridad y la eficiencia en la contratación pública actual¹¹²⁵. Un trabajador que además de realizar labores de contratación deba atender a una multiplicidad de funciones padecerá, casi con total seguridad, de una falta de especialización en la materia que, en un ámbito de alta complejidad como los contratos públicos, puede derivar en actuaciones irregulares negligentes, en contrataciones deficientes que faciliten las prácticas anticompetitivas, o en una defectuosa ejecución de las labores de prevención y control de la corrupción que la legislación asigna a los poderes adjudicadoras –y que como venimos viendo supone uno de los pilares fundamentales sobre los que pivota el nuevo sistema de integridad en los mercados públicos.

¹¹²⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. “Calidad de los...” *op. cit.*

¹¹²⁵ Como afirma KTISTAKIS, la profesionalización es una de las claves para un funcionamiento dentro de la UE y, tras la crisis económica, se ha convertido en una de las prioridades para la gestión administrativa a nivel nacional. Véase KTISTAKIS, S. “L’espace administratif européen en et ses implications. Le cas du professionnalisme de la fonction publique dans les pays d’Europe continentale”. En: AGYRIADES, D. *Moving beyond the crisis : reclaiming and reafirming our common administrative space/Pour dépasser la crise: un espace administratif commun*. Bruselas: Bruylant, 2013, pp. 35-69.

En un sistema de contratación en el que no sólo existen más de 8.000 municipios, sino cerca de 19.000 poderes adjudicadores, la mayor parte de ellos pequeños municipios o entes instrumentales de reducido tamaño, es evidente que la profesionalización es una tarea altamente exigente¹¹²⁶. El fomento de los cursos de formación y otros incentivos a los empleados públicos hacia una formación constante –unido a una oferta formativa adecuada y accesible a aquellos pequeños municipios y entidades adjudicadoras– debe jugar sin duda un papel importante.¹¹²⁷ Sin embargo, probablemente los principales problemas en este sentido, como señala TELLES, se corresponden con ineficiencias organizativas en el seno de las instituciones encargadas de contratar (cantidad de personal responsable de la contratación, ya sea por exceso o por defecto, tamaño en exceso reducido de entidades contratantes, etc.)¹¹²⁸. Por ello, quizá para aquellas entidades que requieran un proceso selectivo para la contratación de personal y por capacidades de recursos humanos puedan permitírsele, podrían considerarse, entre otras medidas, la implantación de sistemas de acceso especializado para puestos de responsabilidad en contratación. No en vano, la Comisión Europea advierte en su Recomendación 2017/1805 de que *los Estados miembros deben también desarrollar y apoyar la adopción por parte de las autoridades/entidades de contratación de una buena gestión de los recursos humanos, así como programas de planificación de la carrera profesional y motivaciones específicas para las funciones de la contratación, a fin de atraer y retener a personal cualificado en la contratación pública*¹¹²⁹.

Al mismo tiempo, se precisa de una tarea de concienciación sobre los riesgos presentes en el procedimiento de contratación y los mecanismos para prevenirlos, de forma que contribuya a crear un entorno de integridad entre los empleados públicos, abandonando

¹¹²⁶ Algunos importantes autores, de hecho, se muestran escépticos ante la profesionalización como un objetivo viable. Así, SÁNCHEZ-GRAELLS señala con buen criterio que la contratación no precisa de especialización en mayor medida que otras áreas de la gestión pública y que, en todo caso, su efecto será limitado SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “The European Commission’s Recommendation on procurement professionalisation: show me the money”. Blog *How to crack a nut*, 12 de octubre de 2017. [acceso el 5 de marzo de 2018] Disponible en: <http://www.howto crackanut.com/blog/2017/10/12/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-buyers-show-me-the-money>

¹¹²⁷ OCDE. *Corruption dans les... op. cit.* en p. 60; GIMENO FELIÚ, J.M. “Medidas de prevención...” *op. cit.* en p. 52.

¹¹²⁸ TELLES, P. “The Commission's recommendation on professionalisation of public procurement”. Blog *Telles.eu*, 10 de octubre de 2017. [acceso el 6 de marzo de 2018] Disponible en: <http://www.telles.eu/blog/2017/10/10/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-procurement>

¹¹²⁹ Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública: Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

la burocracia pasiva para pasar a una acción estratégica y activa¹¹³⁰. En este sentido, como decíamos, pueden desempeñar un papel importante los códigos de conducta en su vertiente no coercitiva¹¹³¹. Para poder cumplir de modo efectivo con este cometido formador, los códigos éticos no deben limitarse a enumerar una serie de generalidades abstractas, sino que deben desarrollar su contenido en base a una cierta utilidad práctica en el ejercicio de la función pública¹¹³². Algunos de los aprobados más recientemente, conscientes de esta labor divulgativa y formativa, prevén la articulación de comités o departamentos dedicados a la difusión, impulso y aclaración de las buenas prácticas recogidas código de conducta¹¹³³. Esta articulación para un fin informativo y la dotación de medios para ello es esencial de cara a una correcta formación de los empleados públicos en materia de integridad y buenas prácticas en contratación pública.

Sin embargo, a pesar de todas las medidas mencionadas, el marcado carácter descentralizado del panorama de contratación europeo y español y el gran número de pequeños poderes adjudicadores pueden convertir en estériles todos los esfuerzos de formación debido a la necesaria multiplicidad de tareas a realizar por los escasos empleados disponibles. Es por ello que, como se viene advirtiendo desde la UE, debe tenerse en cuenta la viabilidad de establecer medidas organizativas que permitan la especialización. Entre dichas medidas está, como la propia Comisión Europea viene advirtiendo, la utilización y la promoción de centrales de compras.¹¹³⁴ Estos sistemas de contratación facilitan, en efecto, la dedicación exclusiva de los empleados públicos al

¹¹³⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. “Medidas de prevención...” *op. cit.* en pp. 45-67, GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

¹¹³¹ La UE reconoce el peso de la promoción de la integridad en su Recomendación 2017/1805, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública: *Los Estados miembros deben apoyar y promover la integridad, a nivel individual e institucional, como parte intrínseca de la conducta profesional, proporcionando herramientas para garantizar el cumplimiento y la transparencia y la orientación para prevenir irregularidades, por ejemplo:*

a) establecer códigos deontológicos así como cartas para la integridad
b) utilizar datos sobre irregularidades (1) como retroalimentación para desarrollar los correspondientes programas de formación y orientaciones, así como para promover la autolimpieza, y
c) desarrollar un documento de orientación específico para prevenir y detectar el fraude y la corrupción, incluso a través de canales de denuncia

¹¹³² PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en p. 116.

¹¹³³ Véase el ejemplo del Código de Conducta del Ayuntamiento de Barcelona, que crea una comisión de ética cuyas principales funciones serán las de: a) *Difundir el Código y velar por su cumplimiento;* b) *Resolver las dudas que puedan plantearse respecto de su interpretación y aplicación;* c) *Impulsar medidas de formación y de prevención de actuaciones contrarias a los valores de buena gobernanza, las normas y las pautas de conducta que regulan el Código* (art.16).

¹¹³⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. COM (2017) 572 final, 2017, p. 14.

sector de la contratación (o a un subsector de contratación concreto), y por tanto implican un mayor conocimiento de las legislaciones y de los mercados por parte de éstos¹¹³⁵.

La centralización de la compra pública puede, además, representar una barrera para la corrupción en sí misma, ya que, por un lado, se reduce la fragmentación de la demanda, y en consecuencia el riesgo de colusión y reparto de mercado entre licitadores, y por otro, se “aleja” la toma de decisiones del entorno de los licitadores, algo que, especialmente en núcleos de población reducidos, reduce el riesgo de conflicto de intereses¹¹³⁶. A través de la centralización, disminuyen las posibilidades de que intereses familiares, de amistad, o cualquier otro derivado de relaciones fruto de la coexistencia geográfica interfiera en el proceso de toma de decisiones. Si el comprador y los licitadores se encuentran separados espacialmente, es más improbable que hayan tenido relación previamente o que puedan tener contactos informales durante el procedimiento.

En clave de Derecho comparado, y aunque las características del mercado público no pueden ser extrapolables a la EU o España, conviene mencionar aquí la experiencia destacada en cuestión de gestión de compra centralizada, contratación electrónica y gestión y análisis de datos a gran escala realizada en Chile a través de la plataforma ChileCompra, que centraliza la contratación de más de 850 entidades públicas¹¹³⁷. Si bien se trata de una plataforma a través de la cual las propias entidades adjudicadoras deben gestionar sus licitaciones, ChileCompra se configura como un sistema de centralización indirecta o punto de encuentro de las compras públicas, lo que facilita la trazabilidad de las compras y la evaluación del mercado de cara a desarrollar nuevas

¹¹³⁵ Sobre las ventajas para la gestión y eficiencia de los contratos de la contratación centralizada véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 349-372; GALLECO CÓRCOLES, I. “Demanda agregada en el ámbito local”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 285-320.

¹¹³⁶ ALBANO, G.L., y NICHOLAS, C. *The law and economics... op. cit.* en pp. 191 y ss.; SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law”. En: BOVIS, C. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 442.

¹¹³⁷ Chilecompra fue creado el 29 de agosto del año 2003 como fruto de un proceso que tiene como base la Ley 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. GARCÍA JIMÉNEZ, A. “El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra”. *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016, pp. 363-388 en pp. 366-367.

líneas de actuación estratégicas. Cuenta con personal propio altamente especializado que coordina el sistema estratégico de compras públicas y que ofrece asesoramiento y monitoreo de la calidad de los contratos, lo que se complementa con un sistema de capacitación continua para los compradores y proveedores que favorece la profesionalización¹¹³⁸ que, entre otras cuestiones exige un proceso de acreditación de competencias al que deben someterse cada tres años todos los usuarios compradores del Sistema de Compras y Contratación Pública, la cual deben superar para poder seguir teniendo un usuario de acceso al sistema y, por tanto, para poder seguir ejerciendo como gestores de contratos públicos, asegurando así una formación continua de los gestores¹¹³⁹.

La Comisión Europea, por su parte, ha mostrado su apuesta por las centrales de compras en diversas ocasiones, hasta el punto de situar la compra pública agregada gestionada por centrales de compras como una de las seis prioridades estratégicas para un correcto desarrollo de los mercados de compra pública europeos en los próximos años.¹¹⁴⁰ Así, en el documento *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, la Comisión afirma que *las centrales de compras crean la posibilidad de aumentar la influencia de los compradores públicos, que es indispensable en determinados mercados dominados por un número pequeño de operadores comerciales*¹¹⁴¹.

Sin embargo, estos sistemas de centralización deben ser utilizados con cautela ya que, aunque en efecto pueden contribuir a reducir la corrupción a pequeña escala, pueden facilitar, debido a la concentración de poder de decisión y a la mayor cantidad de dinero en juego, la corrupción a gran escala¹¹⁴² –como apunta HERRERA ANCHUSTEGUI, el elevado monto de los contratos y la reducción del número de licitaciones (por tanto de oportunidades de ganar una adjudicación) hacen que el riesgo de “quedar fuera” sea considerablemente mayor, y los operadores puedan verse incentivados a acudir a

¹¹³⁸ Para mayor información sobre lo expuesto, puede visitarse el sitio web: <http://www.chilecompra.cl>

¹¹³⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, A. “El sistema electrónico...” *op. cit.* en pp. 377 y ss.

¹¹⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la... op. cit.* en p. 14.

¹¹⁴¹ *Ibidem.*

¹¹⁴² Recordemos que la concentración de poder decisorio actúa como uno de los principales detonantes de la corrupción. KLITGAARD, R. “International Cooperation Against...” *op. cit.* en p. 1.

prácticas deshonestas para asegurar el triunfo¹¹⁴³. Así, debe tenerse en cuenta que la centralización no actúa a modo de panacea definitiva, y que deben tomarse en consideración las características del mercado y los riesgos de limitaciones a la competencia y aparición de cárteles y entramados corruptos que dichas herramientas pueden generar¹¹⁴⁴. Algunas de las asimetrías señaladas pueden ser corregidas a través de medidas ya estudiadas en el presente trabajo como la rotación del personal en las centrales de compras –evitando una monopolización del poder decisorio–, con sistemas de indicadores de riesgo y evaluación, o llevando a cabo una estrategia de división en lotes que evite limitaciones a la competencia o reducciones excesivas en la demanda¹¹⁴⁵, pero existe, en todo caso, una necesidad de planificar y estudiar de forma individualizada la procedencia de llevar a cabo una centralización en base a las variables expuestas.

2.2.3. *La utilización de los avances tecnológicos: la dotación de herramientas*

Las directivas de contratación imponen diferentes obligaciones a los Estados Miembros, esencialmente relacionadas con la publicidad, la transparencia, la libre concurrencia y la objetividad¹¹⁴⁶. Sin embargo, y como se viene señalando a lo largo del trabajo, la respuesta a la corrupción debe ser individualizada e ir más allá de las obligaciones formales de publicidad. Las funciones atribuidas por el nuevo Derecho europeo a los órganos de contratación conllevan una serie de nuevos retos e importantes dificultades prácticas en su implementación fruto de la complejidad de la empresa y de la falta de medios técnicos y humanos.

¹¹⁴³ HERRERA ANCHUSTEGUI, I., “Centralizing Public Procurement and Competitiveness in Directive 2014/24” *Working Paper de la Universidad de Bergen*, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2633445>

¹¹⁴⁴ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Public procurement and competition...” *op. cit.* en pp. 442; SÁNCHEZ-GRAELLS, A y HERRERA ANCHUSTEGUI, I. “Impact of Public Procurement Aggregation on Competition: Risks, Rationale and Justification for the Rules in Directive 2014/24”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 129-163.

¹¹⁴⁵ Sobre las ventajas y limitaciones de la división en lotes. TRYBUS, M. “Favouring Small and...” *op. cit.* en pp. 224-238; HERRERA ANCHUSTEGUI, I. “Division into Lots and Demand Aggregation—Extremes Looking for the Correct Balance?”. En: OLYKKE, G.S. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A (eds), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016; ASSIS RAIMUNDO, M. “Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos”. *e-Pública Revista Eletrónica de Direito Publico*, vol. 4, n.º 2, 2017.

¹¹⁴⁶ MEDINA ARNAÍZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en pp. 77-104.

En consecuencia, algunas de las tareas de motivación y auto-implementación por parte de las entidades adjudicadoras deben dar respuesta a estas dos carencias esenciales del sistema. Para ello, existen hoy en día diversas herramientas que pueden permitir a las entidades adjudicadoras desempeñar de manera mucho más eficiente la función de agente activo en la detección y resolución de situaciones de riesgo que la Directiva les confiere.

Es el caso de ARACHNE, una herramienta específica de prospección de datos ofrecida por la Comisión para detectar proyectos que puedan tener riesgo de conflicto de intereses que puede aumentar la eficacia de los controles de gestión y selección de proyectos y ayudar a reforzar la identificación, la prevención y la detección del fraude. Desarrollada por la Comisión Europea y la OLAF, puede hacer uso de ella cualquier entidad que gestione Fondos Estructurales (FSE y FEDER)¹¹⁴⁷. Esta herramienta de gestión de *big data* recoge, enriquece, y pone a disposición de las entidades adjudicadoras datos tratados en base a unos indicadores de riesgo, de forma que contribuye a la compleja labor de identificar posibles situaciones de fraude, conflicto de interés, manipulación del contrato, etc.

La recopilación se realiza haciendo uso de dos de las bases de datos más importantes a nivel internacional como son *Orbis* y *World Compliance*. La primera contiene información relativa al mercado y a los posibles proveedores, sus comportamientos, y otros indicadores interesantes para la corrupción como los lazos empresariales, organización interna, etc. La segunda, más especializada en prevención del fraude, incluye una base de datos de sanciones y empresas sancionadas, especialmente en EEUU y EU, provenientes de más de mil fuentes legales diferentes como el BOE. Además, cuenta con una base de datos de empresas que han sido objeto de acusaciones relacionadas por corrupción en los medios de comunicación a través de un rastreo de noticias (más de 35 mil fuentes), así como de un importante registro de las personas que tienen influencia o vínculos políticos (más 1,3 millones de personas, familiares y

¹¹⁴⁷ Información disponible en la página web de la Comisión Europea. Acceso el 4 de marzo de 2018. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=325&intPageId=3587&langId=es#0What>

personas relacionadas) y de aquellas empresas que tienen relaciones con el sector público¹¹⁴⁸.

Sin duda, se trata de un sistema especialmente útil, pues no sólo viene a completar el vacío señalado anteriormente provocado por la ausencia de un sistema de listas negras como el del Banco Mundial a nivel de la UE, sino que permite una mayor funcionalidad en las actuaciones al no comportarse como un sistema de exclusión automática sino como una herramienta facilitadora de la labor de vigilancia activa del poder adjudicador. Sus variables van más allá de las posibles sanciones, e incluyen aspectos funcionales de aspecto relacional o meramente indiciario, de forma que permite identificar otras situaciones de riesgo como conflictos de interés de forma más sencilla en aquellos contratos en los que debido a su complejidad las vinculaciones del mercado no se presentan de forma evidente.

Esta herramienta permite a los operadores públicos optimizar sus actuaciones en relación a la investigación de posibles irregularidades. El uso intuitivo de este tipo de plataformas ofrece facilidades para poder llevar a cabo estas tareas a aquellos entes públicos que de otro modo no podrían desarrollarlas por falta de medios, al tiempo que su funcionalidad permite una actuación más eficiente en aquellas entidades adjudicadoras mejor dotadas. Ya que se trata de construir medios de prevención y control “no formales”, centrados por el contrario en una aproximación funcional al caso, es esencial que los poderes adjudicadores cuenten con los métodos y medios adecuados de evaluación de su actividad de manera que puedan realizar una correcta asignación de recursos para estas actividades de supervisión y control.

No obstante, el sistema ARACHNE presenta limitaciones importantes como herramienta global, al ser únicamente aplicable a aquellos contratos que ejecutan Fondos Estructurales. Pero de forma similar, la implantación de una Administración electrónica debe facilitar, a través del desarrollo informático, una gradual implantación de sistemas similares al estudiado a todos los niveles de actuación administrativa de una forma sencilla y eficiente, con el objetivo de facilitar, como se ha expuesto, la identificación de riesgos y la optimización en la asignación de recursos dentro del

¹¹⁴⁸ La información mencionada se encuentra accesible en la página. Acceso el 04 de marzo de 2018. Disponible en: <https://risk.lexisnexis.com/global/en/products/worldcompliance-data-global>

control de las compras públicas. La licitación electrónica no debe ser un cambio puramente técnico, sino también un cambio cultural¹¹⁴⁹. Y ese cambio cultural debe traducirse en un nuevo modo de toma de decisiones y de identificación de riesgos en la contratación que, necesariamente, deberá valerse de este tipo de aplicaciones informáticas.

2.3. Sistemas de autocontrol mixto o pactado: los pactos de integridad

En los últimos años los pactos de integridad están conociendo en nuestro país un notable éxito entre los expertos en materia de integridad en los contratos públicos, especialmente desde la firma por parte del Ayuntamiento de Madrid¹¹⁵⁰ y TI España del primero celebrado en España el 5 de abril de 2017¹¹⁵¹. Sin embargo, los pactos de integridad no son una novedad en el panorama internacional de contratación pública. Por el contrario, se trata de un instrumento de promoción de la integridad creado por TI hacia mediados de los años noventa que ha tenido una especial aplicación en países en vías de desarrollo, especialmente en América Latina y el Sur de Asia¹¹⁵². Más recientemente (2015), la Comisión Europea –de manera conjunta con TI– ha iniciado un proyecto de implementación que prevé la cofinanciación de los pactos de integridad a implementar en 17 proyectos de contratación pública seleccionados financiado con Fondos Estructurales. Este proyecto, denominado *Integrity Pacts – Civil Control*

¹¹⁴⁹ A modo ilustrativo, como evidencia de lo trascendental de los cambios formales tecnológicos y al mismo tiempo de las dificultades que se encuentran en la práctica administrativa para su implementación, véanse las primeras páginas del trabajo de DOMÍNGUEZ-MACAYA en las que ilustra las reticencias, en la Administración de principios del siglo XX, para aceptar documentos escritos a máquina en lugar de manuscritos. DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. “¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0?”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.177-1.204.

¹¹⁵⁰ Concretamente, entre el Área de Gobierno de Participación Ciudadana y Transparencia y Gobierno Abierto del Ayuntamiento de Madrid.

¹¹⁵¹ Véase la noticia del acuerdo en “Transparency International Spain signs the first Integrity Pact in this country with the Madrid City Council” en <http://transparencia.org.es/en/transparency-international-spain-signs-the-first-integrity-pact-in-this-country-with-the-madrid-city-council/>

¹¹⁵² TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Integrity Pacts: A How-to Guide from Practitioners*. Transparencia Internacional, cofinanciado por la Comisión Europea, 2016, p. 4; véase a su vez “Integrity Pacts” acceso el 2 de junio de 2017. Disponible en: https://www.transparency.org/whatwedo/tools/integrity_pacts/4/; Así, a modo de ejemplo, en India, las *Reglas Financieras Generales de 2017* obligan a la adopción de Pactos de Integridad en determinados supuestos concretos HAZARIKA, D. “Public Procurement in India: Assessment of Institutional Mechanism, Challenges, and Reforms”. *National Institute of Public Finance and Policy (Nueva Delhi) Working Paper n.º 204*, 31 julio 2017, p. 21.

Mechanism for Safeguarding EU Funds, afecta a 9 Estados Miembros¹¹⁵³, y supone la primera iniciativa oficial hacia la implementación de este tipo de pactos desarrollada a nivel comunitario¹¹⁵⁴.

Estas herramientas se configuran esencialmente como documentos en los que las partes se comprometen a elevar, a través de determinados instrumentos, los estándares de transparencia, integridad y responsabilidad de los intervinientes en el contrato (tanto pertenecientes al sector público como a la esfera privada) en persecución conjunta del interés público¹¹⁵⁵. Generalmente, este tipo de pactos son elaborados y suscritos inicialmente por una o varias entidades adjudicadoras y miembros de la sociedad civil, para posteriormente comprometer a los licitadores a través de la inclusión de obligación de suscribirlo contenida en los pliegos de contrato como contenido esencial, actuando en la práctica como requisito de participación en la licitación la aceptación de dichas condiciones¹¹⁵⁶. Estos objetivos se consiguen principalmente, en términos prácticos, a través de tres medidas fundamentales: exigiendo mayor transparencia/publicidad en las diferentes fases, estableciendo normas de comportamiento ético más rígidas y sistemas de sanciones asociados a su incumplimiento, y mediante un control adicional de la sociedad civil.

¹¹⁵³ Portugal, Italia, Hungría, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria, Grecia, Lituania, Letonia, Polonia y República Checa.

¹¹⁵⁴ Para mayor información acerca del proyecto europeo, véase http://ec.europa.eu/regional_policy/es/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/#1; “Clean contracting: safeguarding EU funds in Europe with integrity pacts” (*Transparency International*) en https://www.transparency.org/whatwedo/activity/clean_contracting_safeguarding_eu_funds_in_europe; “Integrity Pacts” (European Commission) en http://ec.europa.eu/regional_policy/es/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/#4

¹¹⁵⁵ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Integrity Pacts: A How-to...* *op. cit.* en p. 4; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en p. 199.

¹¹⁵⁶ PIERONE, F. “Competing Anti-Corruption...” *op. cit.* en p. 35; DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto de integridad suscrito en España”. (pendiente de publicación) En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018; no obstante, surgen determinadas dudas acerca de la posibilidad de incluir este tipo de pactos como requisitos de solvencia. CERRILLO I MARTÍNEZ considera que no podrán actuar de dicha manera CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en pp. 191 y ss. Sin embargo, a nuestro entender, el pacto de integridad podría tener plena validez como criterio de solvencia o especificación técnica –al igual que ocurre con las ecoetiquetas– siempre y cuando su objeto esté vinculado con el objeto del contrato y se permita probar de una manera alternativa de que se cumplen los requisitos en él propuestos. En el caso de su inclusión como criterio de adjudicación habrá que estar, además de a lo expuesto, a la proporcionalidad del valor otorgado a dicho criterio con respecto a la valoración total de las ofertas. Por último, debido al carácter tasado de las causas de exclusión y a sus implicaciones para la concurrencia, no parece legitimado incluir la no suscripción del pacto como causa de exclusión.

Estos fines, sin embargo, pueden topar con las limitaciones o exigencias que el entramado legal de una región o país. En concreto, la naturaleza “no normativa” de los pactos de integridad¹¹⁵⁷ y la ausencia de potestad legislativa o sancionadora por parte de los firmantes, o las normas de respeto de la competencia, confidencialidad, pueden suponer un obstáculo para incluir determinadas pretensiones a través de estos medios¹¹⁵⁸.

A nivel de la UE, un importante riesgo que presentan los pactos de integridad sea un *excesivo* aumento de la transparencia. Aunque las posibles limitaciones a la transparencia en relación con los datos del procedimiento se tratarán con mayor detalle al abordar la aplicación práctica por parte de los tribunales del principio de transparencia¹¹⁵⁹, es conveniente señalar que la publicación de información deberá respetar al menos dos aspectos básicos relacionados con la confidencialidad. Por un lado, todo aumento pactado de las obligaciones de transparencia deberá respetar los derechos a la intimidad y a la vida familiar¹¹⁶⁰, y por otro, deberá respetar, en cumplimiento del Derecho de la competencia del UE, aquellas informaciones que los licitadores *hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas*. Más allá de lo señalado, los pactos de integridad celebrados en la UE podrán, en principio, acordar la publicación de cualquier información relativa al contrato.

Mayores limitaciones parece presentar la eventual aplicación de sanciones, que tal y como expone TI, se configura como un elemento esencial de este tipo de herramientas. Este punto, no obstante, dependerá del Derecho doméstico de cada uno de los Estados Miembros y las restricciones que en ellos existan en relación a la potestad sancionadora. Cada país experimentará determinadas limitaciones fruto de su entramado legislativo, tradición jurídica, etc. En el caso español, cuyas implicaciones en materia sancionadora

¹¹⁵⁷ En España, por ejemplo, los mecanismos a través de los que se pueden concretar este tipo de pactos con mediante convenios de colaboración o a través de otros pactos y acuerdos –en todo caso *soft law*– más flexibles. Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en p. 200.

¹¹⁵⁸ Algunas limitaciones y obstáculos experimentados en su implementación fuera de la UE se señalan en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Integrity Pacts: A How-to...* *op. cit.* en pp. 8 y ss.

¹¹⁵⁹ Véanse p. 419 y ss.

¹¹⁶⁰ Véase p. 357 y ss. en relación a las declaraciones de bienes y otro tipo de publicación de información personal.

ya se han ido trazando al abordar las posibles limitaciones de los códigos éticos o de conducta, el principio de legalidad no permite un desarrollo de este tipo de penalidades con carácter sancionador a través de instrumentos no normativos¹¹⁶¹. Esto afecta especialmente a las posibles sanciones relativas a los empleados públicos como consecuencia del incumplimiento de las previsiones del pacto de integridad. Mientras que incumplimientos en este sentido podrán acarrear medidas estructurales y organizativas como la no participación en el procedimiento de contratación (abstención, recusación, etc.), no podrán establecerse por estos medios no normativos consecuencias sancionadoras o disciplinarias adicionales a las previstas en la Ley, las cuales deberían estar, en todo caso, secundadas por una norma aprobada por la Administración de tutela¹¹⁶².

Caso diferente se presenta en relación a la imposición de sanciones a los licitadores por su conducta en el desarrollo del contrato. Al igual que ha ocurrido en la implementación de este tipo de prácticas en otros países europeos como Alemania¹¹⁶³, cabe la posibilidad de prever otro tipo de penalidades ante el incumplimiento de las especificaciones del pacto que no precisan de la potestad sancionadora de la entidad contratante. Para ello, las obligaciones en materia de integridad contenidas en el pacto de integridad y que no estén previstas como sancionables por la Ley deberán estar contenidas en los pliegos de contratación particulares como cláusula esencial del contrato en forma de condiciones especiales de ejecución, tal y como establece el artículo 202 de la Ley 9/2017. Las penalidades aplicables ante un incumplimiento de dichas cláusulas podrán preverse de forma explícita como prevé el artículo 192 o determinarse en virtud de los daños y perjuicios ocasionados en base al artículo 194 de la Ley 9/2017, y podrán contemplar tanto sanciones pecuniarias como de resolución del contrato. Estas penalidades, en todo caso, no desplegarían efectos jurídicos en virtud de su inclusión en el pacto de integridad, sino en base a su redacción como condiciones de ejecución especial, siendo éste un aspecto fundamental en este aspecto.

¹¹⁶¹ Véanse p. 392 y ss.

¹¹⁶² Véase p. 392; en el mismo sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en p. 205.

¹¹⁶³ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Integrity Pacts in public procurement: an implementation guide*. Berlín: Transparency International, 2013, pp 108 y ss.

Llegados a este punto resulta ampliamente cuestionable el papel de los pactos de integridad en el aumento de las obligaciones en materia de integridad. Dado que los efectos de dichas obligaciones dependen, por un lado (entidad adjudicadora), de su previsión como conductas sancionables en un texto con rango normativo, y por otro (licitadores), de su inclusión en el contrato como condiciones especiales de ejecución –y no dependiendo ésta de la necesaria existencia o no de un pacto de integridad– el papel de estos instrumentos como elementos de impulso de los integridad en sí mismos queda hondamente restringido, más allá de, como ocurría con los códigos de conducta¹¹⁶⁴, una posible función divulgativa, informativa o de guía para los poderes adjudicadores.

Por último, quizá el elemento fundamental de este tipo de herramientas de promoción de la integridad de la inclusión de un control externo, normalmente desarrollado por integrantes de la sociedad civil¹¹⁶⁵. A través de un pacto de integridad, se “suma” un tercer actor en al contrato que lleva a cabo un control externo e independiente, funcional y a tiempo real, superando así dos de las principales limitaciones que experimentan los controles clásicos en países de tradición administrativa continental como España, especialmente personalizado en la figura del interventor –acusada de llevar a cabo un control legalista y formalista y que adolece de una falta de independencia preocupante¹¹⁶⁶– y el TCu¹¹⁶⁷ –cuyo control se realiza de forma selectiva y siempre *ex post*, generando un desfase temporal que puede conformar una cierta sensación de impunidad¹¹⁶⁸. Como se ha encargado de señalar la Comisión Europea, *el recurso a observadores externos (por ejemplo, expertos en gobernanza, ONG, etc.) puede aportar valor añadido a las herramientas de control interno para evaluar el comportamiento de los contratistas, así como para detectar y denunciar casos sospechosos*¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁴ Véase p. 392

¹¹⁶⁵ DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto...” *op. cit.*

¹¹⁶⁶ REZZOAGLI, B.A. Corrupción y contratos públicos: una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas. Salamanca: Ratio Legis, 2005, pp. 80 y ss.

¹¹⁶⁷ *Ibidem* en pp. 99 y ss.

¹¹⁶⁸ Esto produce, por ejemplo, que los resultados de dichas investigaciones externas tradicionales no sean suficientemente visibles para la sociedad civil y que, por tanto, su efecto como garante del interés general pueda quedar en entredicho. DE SOUSA, L. Anti-Corruption Agencies: “Between Empowerment and Irrelevance”. *EUI Working Paper RSCAS 2009/08*.

¹¹⁶⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la modernización...* *op. ci.* en p. 55.

A través un sistema de observadores externos cualificados que dispongan de un acceso total a las informaciones del contrato¹¹⁷⁰, se superan las mencionadas carencias del sistema de inspección tradicional y se realiza un control funcional de las decisiones de contratación, lo que permite identificar riesgos de vulneración práctica de los principios de igualdad, integridad o buena administración¹¹⁷¹. Sin embargo, existen todavía algunas dudas ante la naturaleza de los observadores externos y los efectos de sus recomendaciones e informes. A modo de ejemplo, en el citado pacto de integridad firmado entre TI España y el Ayuntamiento de Madrid se establece que dichos informes en ningún caso tendrán carácter vinculante. Esto, como bien apunta DE GUERRERO MANSO, puede suponer un verdadero riesgo de cara a los efectos prácticos de los estudios de estos monitores que, por otro lado, se configuran como uno de los principales gastos –debido a su salario– en los que incurre la implementación de este tipo de pactos¹¹⁷². Por el otro lado, quizá un carácter vinculante de estos informes atribuiría un poder excesivo a los monitores hasta convertirlos en verdaderos jueces del procedimiento. Quizá, en este sentido, la respuesta pueda encontrarse en un término medio, en una articulación de mecanismos que permitan a los observadores externos elevar, en caso de que la entidad adjudicadora desoiga sus advertencias, recurso ante el tribunal administrativo, que es en todo caso el órgano competente para enjuiciar la actuación en concreto –esto supondría, como veremos más adelante en el trabajo, ampliar la legitimidad subjetiva para ejercer este tipo de acciones¹¹⁷³.

Existen, por último, determinados sistemas que pueden incentivar la implantación de los pactos de integridad con políticas de incentivos para el sector privado. Es el caso de las *white lists* o listas blancas, que se vienen implementando en países europeos como Bulgaria¹¹⁷⁴. Éstas, en contraposición a lo que ocurre con las listas negras, premian la participación de empresas que suscriben pactos de integridad proporcionando publicidad sobre su participación y dejando constancia de la implicación de dichas

¹¹⁷⁰ En este punto, no obstante, conviene señalar que, tal y como apunta DE GUERRERO MANSO, se debe prestar un especial cuidado para garantizar la confidencialidad de aquellas informaciones proporcionadas a los monitores externos. DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto...” *op. cit.*

¹¹⁷¹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para garantizar la integridad en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.615-1.656 en p. 1.623.

¹¹⁷² DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto...” *op. cit.*

¹¹⁷³ Véanse pp. 464 y ss.

¹¹⁷⁴ Véase al respect la página web de TI Bulgaria en: <http://integrity.transparency.bg/en/list/>

empresas en la promoción de la integridad y la transparencia¹¹⁷⁵. Esto repercute positivamente en las estrategias de RSC de la empresa e incluso puede tener un impacto directo positivo sobre los ingresos de ésta, al mejorar su reputación con respecto al consumidor final. Se trata, en suma, de hacer ver al cliente –y a la sociedad– que una determinada empresa no es ajena a las necesidades sociales y apuesta de manera activa por la integridad en los negocios.

En definitiva, aunque los pactos de integridad pueden presentar determinadas limitaciones que conviene tener en cuenta, suponen un importante paso adelante que implica: (1) una apuesta de la Administración que lo impulsa por crear un entorno ético de contratación, contribuyendo a la labor de concienciación y divulgación de las buenas prácticas, (2) una optimización o aumento de las prerrogativas en materia de integridad y (3) sobre todo, un control externo especializado que viene a suplir algunas de las carencias que nuestro sistema de control formal ha puesto en evidencia a lo largo de los últimos años¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Los conflictos de intereses y los pactos...” *op. cit.* en p. 205.

¹¹⁷⁶ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Contratación pública y transparencia...* *op. cit.* en pp. 12 y ss.; GRAJAL CABALLERO, I. “El control de la contratación de las Administraciones Públicas. 1 parte”. *Revista Auditoría Pública*, n.º 54, 2011, p. 46.

Capítulo VI

HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (II): SUPERVISIÓN, CONTROL Y EVALUACIÓN

It is tremendously complex, but free. It flows along, improvising constantly but yet it is held together by a firm pattern.... The essence is the tension between improvisation and order; between freedom and discipline.

Crítica a la actuación de la banda de jazz *The Dave Brubeck Five* publicada en el diario *Time Magazine* en 1954.

1. CLAVES PARA UN CONTROL MULTINIVEL FUNCIONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una constante a lo largo del presente estudio, que se repite en cada uno de los aspectos estudiados, es la evidencia de que el riesgo de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas de contratación no debe resultar en un intento de objetivar toda decisión del poder adjudicador a través de la norma. Las inacabables caras que ofrece la corrupción y la complejidad del sistema de compra pública hacen que una aproximación tal no sea viable, más aún en un sistema que se dirige lenta pero decididamente hacia la desburocratización del sistema y la visión estratégica de la compra pública¹¹⁷⁷. La normativa debe cuidarse de inmovilizar al gestor, pero también debe evitar ser excesivamente blanda en cuanto a la regulación y la forma de proceder de los poderes adjudicadores, ya que una situación tal puede derivar en un exceso de discrecionalidad en el que cualquier decisión del órgano de contratación estaría justificada en base a su poder de decisión, dejando prácticamente inutilizable el sistema de recursos ya que las protestas de los operadores económicos rara vez fructificarían.¹¹⁷⁸

La regulación positiva de la contratación pública debe actuar como una normativa de mínimos, que sienta las bases de las actuaciones públicas sin asfixiar la actividad de discrecionalidad de los poderes adjudicadores. En este sentido, la deliberada discrecionalidad que la norma europea deja a las entidades adjudicadoras en la lucha contra la corrupción –ya apuntada al estudiar los conflictos de interés y las medidas de *self-cleaning*,– es un elemento esencial de lubricación para la probidad del sistema de contratación¹¹⁷⁹. Esto, sin embargo, no debe implicar la ausencia de límites a la discrecionalidad administrativa en materia de integridad, sino el traslado de la función principal de control del legislador a los diferentes organismos de supervisión. Éstos, a diferencia de la norma positiva, sí están en facultad de realizar una aproximación a la toma de decisiones en base a una evaluación funcional e individualizada que respete, al tiempo, los principios de seguridad jurídica, legalidad y confianza legítima. Quizá conviene recordar, en este punto, las sabias palabras que Don Quijote dirige a Sancho,

¹¹⁷⁷ MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 137.

¹¹⁷⁸ SCHOONER, S.L. “Fear of Oversight: e Fundamental Failure of Businesslike Government”. *American University Law Review*, Volumen 50, n.º 3, 2001, pp. 664-665.

¹¹⁷⁹ MEDINA ARNAIZ, T. “La necesidad de...” *op. cit.* en pp. 77-104.

siendo éste Gobernador de la Ínsula Barataria: *No hagas muchas pragmáticas; y si las hicieres, procura que sean buenas, y, sobre todo, que se guarden y cumplan*. Un consejo que continúa teniendo plena vigencia en nuestro sistema, que a menudo peca de una hipertrofia normativa o inflación legislativa que deriva en una sobrerregulación que paraliza la actividad contractual¹¹⁸⁰. La clave, como decimos, debe encontrarse en un control efectivo y exhaustivo.

De especial relevancia es, en este sentido, la obligación de creación de un órgano de supervisión para la contratación pública impuesto por la Directiva 2014/24¹¹⁸¹ a los estados miembros, y que en España se ha materializado en la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación por el artículo 332 de la Ley 9/2017, que viene a cumplir con las deficiencias señaladas en este sentido por la Unión Europea¹¹⁸². Este tipo de agencias especializadas de monitoreo pueden, en efecto, en colaboración con las figuras de control tradicional como el TCu, contribuir a ejercer un mejor control y evaluación de los procedimientos de contratación, como pone de manifiesto la experiencia en lo general positiva que ha tenido en Italia la implantación de la Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) desde 2012¹¹⁸³.

Sin embargo, la delegación total del control en estas instituciones de supervisión ofrece algunas limitaciones. Así, estudios empíricos han comprobado como la creación de estos organismos, no implica, *per se*, un efecto negativo en los índices de corrupción.¹¹⁸⁴ De nuevo, el carácter cambiante y complejo de la corrupción exige un enfoque particular y específico del problema, no siendo lo esencial la creación del órgano de supervisión, sino cómo éste y las instituciones que le auxilien en el ejercicio de sus funciones están adaptados a las problemáticas y necesidades del entramado legal e institucional concreto. Ejemplo de ello son los fallidos intentos de trasladar este

¹¹⁸⁰ DE BENEDETTO, M. “Understanding and preventing...” *op. cit.* en pp. 55-68.

¹¹⁸¹ Artículo 83.

¹¹⁸² MORENO MOLINA, J.A. “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública” . *Revista de Administración Pública*, 204, 2017, pp. 343-373.

¹¹⁸³ PARISI, N. Y CHIMENTI, M.L. “Il ruolo di ANAC e l’attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell’esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici” *Autorità Nazionale Anticorruzione*, 2014; CARLONI, E. “El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia . Características, tendencias y problemas abiertos”. *ReALA Nueva Época*, n.º 7, 2017, pp. 86-102.

¹¹⁸⁴ MUNGIU-PIPPIDI, A. *Contextual Choices in...* *op. cit.* en p. 16.

modelo de órganos de control, generado en sistemas legales occidentales, a marcos institucionales africanos.¹¹⁸⁵

Por otro lado, la limitación de fondos y de capital humano, unida al inabarcable número de contratos celebrados por el sector público, hacen imposible un control exhaustivo del mercado público a tiempo real. Una hipotética extensión del ámbito de actuación de estos órganos hasta abarcar el mercado público al completo y en tiempo real requeriría un sistema paralelo de dimensiones similares a la propia estructura de contratación, lo que supondría unos costes que revertirían en la ineficiencia del procedimiento –como ha afirmado TREPTE aludiendo a las relaciones de agencia presentes en la contratación, *mientras puede parecer factible monitorear todas las acciones del agente, no sería económicamente viable*¹¹⁸⁶.

De lo enunciado se pueden derivar dos conclusiones parciales respecto a la supervisión por parte de estos órganos. Por un lado, de manera irremisible y debido a las limitaciones de medios, un elevado número de contratos permanecerá sin supervisión, y en todo caso, ésta se llevará a cabo *a posteriori*. Y en un segundo lugar, que este tipo de agencias deberán, de cara a un funcionamiento eficaz, y precisamente por la necesidad de “elegir” los contratos a fiscalizar, valerse de los datos e indicios disponibles para dirigir su actuación hacia las áreas de riesgo y optimizar así sus resultados¹¹⁸⁷.

En todo caso, la imposibilidad de abarcar de manera exhaustiva el sistema de contratos no debe llevar a una actitud de resignación al respecto. Al contrario, las posibles carencias pueden suplirse con estructuras complementarias de control que tengan en cuenta las limitaciones presupuestarias y humanas existentes en este aspecto. Según la *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), casi el 50% de los casos de fraude y corrupción son detectados por delación o por accidente, mientras que únicamente el

¹¹⁸⁵ SIMONS, R. “The Impact of Anticorruption Institutions on Corruption in East Africa”, *Africa Policy Journal*, vol. 4, 2008.

¹¹⁸⁶ El original reza: *While it might in principle be feasible to monitor the agent's actions, it would not be economically viable to do so*. TREPTE, P. “Transparency and Accountability...” *op. cit.* en p. 3; BANERJEE, A., HANNA, R. y MULAINATHAN, S. “Corruption”, *op. cit.* en p. 38.

¹¹⁸⁷ Esta cuestión se abordará en profundidad más adelante en el trabajo. Véase pp. 471 y ss.

14% lo son fruto de una auditoría interna¹¹⁸⁸. Quizá, por ello, la clave se encuentre en optimizar los resultados de las denuncias, facilitando y articulando un sistema de incentivos y mecanismos de información y denuncia que permitan fiscalizar con un control efectivo y múltiple en todos los contratos –independientemente del importe– y a un coste cero. Para un control efectivo de la actuación administrativa en materia de integridad se debe aspirar a una supervisión colaborativa, basada en los conceptos de Derecho reflexivo¹¹⁸⁹, gobierno abierto y contratación abierta¹¹⁹⁰, que no esté desfasada en el tiempo y que no deje lagunas de aplicación. No debemos olvidar que, como nos advierte HUBER, la discrecionalidad de la Administración es el caballo de Troya en el derecho administrativo de un Estado de Derecho¹¹⁹¹, y un insuficiente control puede derivar en un sistema de abusos institucionalizado¹¹⁹².

En las próximas páginas, por ello, analizaremos la función de control desde una perspectiva holística del sistema de contratación, y estudiaremos posibles mecanismos para lograr un verdadero entorno de control de integridad con viabilidad y efectividad práctica. Para ello, nos basamos en las posibilidades reales de instrumentalización de los actores ya existentes en la contratación pública –licitadores y trabajadores públicos– para convertirlos en verdaderos *watchdogs* del sistema de integridad. Por último, estudiaremos las posibles vías de participación ciudadana en este punto del sistema de control como actor activo.

¹¹⁸⁸ ERNST & YOUNG. *Anti-bribery and corruption analytics. Integrating anti-fraud analytics into your anti-bribery and corruption compliance approach*, 2012.

¹¹⁸⁹ Sobre este concepto, véanse las consideraciones de ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación: génesis y efectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 29 y ss.

¹¹⁹⁰ GONZÁLEZ MALDONADO, M.A. “Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 233-260; CARMONA GARIAS, S. “La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia : reinterpretación del panóptico a través del *Open Government*”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, pp. 783-806; COTINO HUESO, L. “Derecho y «gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas: Propuestas concretas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra 14, 2013, pp. 51-92.

¹¹⁹¹ HUBER, H., *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats*, en *Festgabe Für Z. Giacometti*, Zürich, 1953, p. 66, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas S.A. 1983, p. 24.

¹¹⁹² SADDY, de hecho, no duda en afirmar que todo tipo de corrupción está siempre estrictamente relacionada con el poder discrecional de uno o varios de los participantes en el proceso de decisiones. SADDY, A. “Front-line public...” *op. cit.* en p. 353.

2. EL LICITADOR COMO SUPERVISOR Y DELATOR EN EL PROCEDIMIENTO

En primer lugar, de cara a una correcta instrumentalización de los actores, se precisa de una correcta articulación del sistema de denuncias por parte de los licitadores a dos diferentes niveles: entidad adjudicadora y órgano judicial. La situación de los operadores económicos en el mercado, que se basa en una competencia efectiva entre ellos, puede en efecto aprovecharse como elemento motivador de control mutuo. Las prácticas corruptas y los favoritismos no son, en este sentido, sino una distorsión de la competencia¹¹⁹³; una quiebra del principio de igualdad que lesiona los intereses económicos del resto de operadores del mercado –los cuales por tanto, tienen intereses legítimos e intrínsecos para denunciar dicha situación.

Esta canalización de las denuncias debe, como decimos, realizarse a través de dos niveles. En primer lugar, como sistema de denuncia de situaciones irregulares a la entidad adjudicadora. Dada la capital importancia que la Directiva y la LCSP17 otorgan a los poderes adjudicadores como verdaderos garantes de la integridad desde un punto de vista activo de prevención y supervisión, parece evidente que los licitadores deben estar facultados para comunicarse con la Administración y poner en conocimiento la existencia de determinada situación anómala o irregular que afecte a cualquiera de sus competidores a lo largo del procedimiento. Esta posibilidad, además, está expresamente prevista en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE en su redacción tras la modificación por la Directiva 2007/66/CE¹¹⁹⁴. Esto, como ya se ha señalado, puede ser esencial a la hora de detectar conflictos de interés ocultos o difusos, a los que el poder adjudicador o su personal no tengan acceso y sobre los que, sin embargo, los

¹¹⁹³ La relación entre competencia y corrupción, sin embargo, es más compleja de lo que en un principio pueda plantearse, de forma que los efectos de una sobre la otra no han sido del todo identificados por la doctrina. véase LAFFONT, J.J. y N'GUESSAN, T. "Competition and corruption in an agency relationship". *Journal of Development Ethics*, vol. 60, 1999, pp. 271-295. No obstante, parece evidente que la competencia tiene, como decimos, un efecto positivo sobre el control a través del sistema de recursos. GIMENO FELIÚ, J.M. "La nueva regulación..." *op. cit.* en p. 60; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. "La transparencia en la contratación pública". En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 803-826 en p. 804; BANERJEE, A., HANNA, R. y MULAINATHAN, S. "Corruption" *op. cit.* en pp. 60-61.

¹¹⁹⁴ *Los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee interponer un recurso haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso, siempre que ello no afecte al plazo suspensivo a que se refiere el artículo 2 bis, apartado 2, ni a cualesquiera otros plazos de interposición de recurso conforme al artículo 2 quater.*

competidores de la empresa o empresa involucradas pueden tener información relevante¹¹⁹⁵.

Como se ha mencionado anteriormente, ninguna norma se opone a que la información que revela un conflicto de interés provenga de un “chivatazo” de alguno de los licitadores, por lo que los contactos podrían ser, en principio, por cualquier medio (teléfono, fax, e-mail, etc.), pero tampoco se establecen cauces legales para dar seguridad jurídica y trazabilidad a este tipo de informaciones. En este sentido, quizá sería conveniente crear un primer mecanismo de denuncia de conflictos de interés de los licitadores a la propia entidad adjudicadora. Herramientas sencillas como un buzón o sistema electrónico de denuncias de situaciones irregulares podrían permitir, de manera sencilla y segura, que los licitadores informasen de situaciones de riesgo a los órganos contratantes, con el objetivo de que estos últimos iniciaran las actividades de investigación necesarias y tomaran las medidas oportunas para asegurar la integridad, tal y como les exige el mandato legal ya señalado en páginas anteriores¹¹⁹⁶. Este registro de las comunicaciones, además, podría facilitar la labor probatoria de cara a un eventual control judicial sobre la debida actuación de la entidad adjudicadora.

Pero, además, es esencial que, ya sea debido a una inactuación del poder adjudicador ante situaciones de riesgo denunciadas, ya sea porque se ha producido de facto una violación del principio de integridad a través de una manipulación del contrato o favoritismo hacia cualquiera de los licitadores, el resto de licitadores dispongan de acceso a un recurso ante los tribunales que garantice una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos¹¹⁹⁷. Para su correcto funcionamiento como elemento de garantía de integridad, se deben tener en cuentas aspectos centrales como la transparencia, la competencia del mercado y de la licitación, la legitimidad subjetiva y objetiva del recurso o el papel de control de los jueces.

2.1. La transparencia y la competencia como elementos de garantía de la efectividad del sistema de recurso

¹¹⁹⁵ AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación...” *op. cit.* en p. 225.

¹¹⁹⁶ Principalmente, aunque no en exclusiva, arts. 61 LCSP17 y 24 Directiva 2014/24.

¹¹⁹⁷ BANCO MUNDIAL. *Benchmark Public Procurement 2016*. Washington D.C.: Grupo del Banco Mundial, 2016, pp. 34 y ss.

Un mecanismo de recursos real debería cumplir con el derecho a un recurso efectivo, recogido en el artículo 47 de la CDFUE y en los artículos 6 y 13 de la UE. Este derecho, que actúa como corolario o cláusula de cierre del resto de principios del derecho administrativo, impide que una legislación comunitaria o nacional dificulte o impida, en su regulación procesal, el ejercicio de derechos particulares través de una tutela judicial efectiva¹¹⁹⁸. Una vulneración de un derecho que, desde luego, puede venir, además de por posibles trabas procesales, proveniente de una ausencia de información sobre la actividad en el seno de la Administración que en la práctica impida a los licitadores detectar las posibles irregularidades o lesiones de intereses.

No en vano el principio de transparencia se considera un principio transversal que garantiza el respeto –a través del control– del resto de los principios básicos del Derecho y se encuentra presente en la contratación pública europea desde la primera generación de directivas¹¹⁹⁹. Posteriormente fue adquiriendo un mayor peso en la política europea con la entrada en el nuevo siglo y el comienzo de un proceso de democratización de la UE, lo que da lugar a diferentes esfuerzos para su efectividad, entre los que podemos destacar el Convenio de Aarhus (1998, entrada en vigor en 2001)¹²⁰⁰.

En España, el origen del concepto de transparencia en la Administración Pública viene históricamente ligado al derecho a la información, que se recoge en los artículos 9.2 (*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*) y 20.1.d) (*recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*) de nuestra Constitución¹²⁰¹.

¹¹⁹⁸ TJUE, asunto C 128/93 *Fisscher v Voorhuis Hengelo BV and Stichting Bedrijfspensioenfondsvoor de Detailhandel* [1994] ECR I 4583, apartado. 37; asunto C-261/95 *Palmisani v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [1997] ECR I-4025, apartado 27; asunto C-453/99 *Courage and Crehan v Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297, apartado 29.

¹¹⁹⁹ ORDOÑEZ SOLÍS, D. *La contratación pública en la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002. pp. 46 y ss.; PARLAMENTO EUROPEO. *Raport complementaire fait... op. cit.*

¹²⁰⁰ LASAGABASTER HERRATE, I. “Notas sobre el derecho administrativo de la información”. En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 103-120; COMISIÓN EUROPEA. *Green paper european transparency initiative*. Bruselas, 3 de mayo 2006, COM (2006) 194 final.

¹²⁰¹ JUÁREZ RODRIGUEZ, G., ROMEU GRANADOS, J. PINEDA NEBOT, C. “Transparencia en la contratación pública: análisis de los ayuntamientos de la Comunitat Valenciana y de Galicia”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 7, 2014, pp. 143-168 en p. 149.

Hoy en día, se encuentra fuera de toda duda que la transparencia en el ejercicio y gestión del poder público es un pilar básico en la configuración del Estado democrático y de Derecho¹²⁰², y que actúa a modo de cristal o vitrina para que los ciudadanos puedan apreciar y evaluar lo que ocurre en el seno de las administraciones públicas¹²⁰³. El principio de transparencia ha sido calificado como el principio vertebral del resto de principios de la contratación pública¹²⁰⁴, y se encuentra especialmente ligado al principio de integridad, ya que facilita el seguimiento de la actividad de los funcionarios, altos cargos, y demás personas implicadas en los procesos de contratación pública, dificultando así que surjan conflictos de intereses y corrupción que menoscaben el principio de integridad¹²⁰⁵. Así, ha sido ampliamente reconocido que para garantizar la integridad en la contratación pública, debe alcanzarse, entre otros aspectos, un alto nivel de transparencia en el funcionamiento de los procedimientos de contratación¹²⁰⁶, pudiendo afirmarse que, en parte, éste principio se configura no como una finalidad en sí mismo, sino como un valor instrumental necesario para lograr la integridad y el buen gobierno¹²⁰⁷.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido una sólida definición del principio de transparencia poniéndolo en relación con el principio de igualdad y el resto de principios. En efecto, el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se garantice su respeto, ya que un principio de igualdad sin efectiva transparencia sería infecundo¹²⁰⁸. En este sentido, en sentencias como la

¹²⁰² PIÑAR MAÑAS, J.L. “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”. En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 81 y ss.; véase a su vez RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Reflexiones sobre la regeneración...” *op. cit.* en pp. 39-74; ARROWSMITH S., LINARELLI, J. y WALLACE, D. *Regulating public procurement law: national and international perspectives*. Kluwer Law International, 2000, p. 38; OCDE. *Corruption dans les...* *op. cit.* en p. 59; MELLADO RUIZ, L. *El principio de transparencia...* *op. cit.* en pp. 31-49.

¹²⁰³ RIVERO, J. “La transparence administrative en Europe-Rapport de synthèse”. *Annuaire Européen d’Administration Publique*, 1989. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 97.

¹²⁰⁴ PINTOS SANTIAGO, J. y LICO, M.A. “Estudio del derecho de la contratación pública argentino y de la Unión Europea sobre la base de la transparencia”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 141. Enero-Febrero 2016, pp. 60-68 en p. 60.

¹²⁰⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 97.

¹²⁰⁶ MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales...* *op. cit.* p. 44.

¹²⁰⁷ VILLORIA MENDIETA, M. “Transparencia y valor de la transparencia. Marco Conceptual”. En: *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*. Publicación digital, 2012. Fundación Democracia y Gobierno Local. p. 9. Disponible en: http://www.gobiernolocal.org/docs/publicaciones/Transparencia_ponencias2.pdf [fecha de consulta 14/09/2015]; AMOEDO SOUTO, C. “La transparencia contractual en Galicia”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 273-305.

¹²⁰⁸ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 103.

STJUE de 16 de septiembre de 2013, que como señala GIMENO FELIÚ es considerada *leading case* en la materia¹²⁰⁹, el TJUE afirma que:

*El principio de transparencia, que es el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 72 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 72 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate.*¹²¹⁰

De forma similar se pronunció la corte europea posteriormente, en la STJUE *European Dynamics Luxembourg y Evropaï ki Dynamiki contra la Comisión Europea*, de 13 de diciembre de 2013, en la que establece que:

48. Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 45 supra, apartado 111).

¹²⁰⁹ GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria...” *op. cit.* en p. 42.

¹²¹⁰ Sentencia TJUE de 16 de septiembre de 2013, Comisión contra el Reino de España, asunto T- 2/07, apartado 73.

49. *El principio de transparencia implica por tanto que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia del Tribunal de 19 de marzo de 2010, Evropaïki Dynamiki/Comisión, T-50/05, Rec. p. II-1071, apartado 59).*¹²¹¹

Es decir, que el principio de transparencia no sólo exige que se publique cierta información sobre el procedimiento de adjudicación, sino que dicha información debe ser práctica y efectiva, en tanto en cuanto debe servir tanto a los potenciales licitadores para conocer las condiciones en que se celebrará la adjudicación, como a los poderes adjudicadores para elegir la mejor oferta. No es suficiente con publicar la información como un mero conglomerado de datos para poder aseverar que se está actuando de forma transparente, sino que debe existir un fácil acceso a aquellos, e igualmente básica se configura la necesidad de que la información esté debidamente estructurada de acuerdo con criterios razonables, de forma que resulte inteligible para el operador económico medio que actúen de manera razonable¹²¹². De ahí la exigencia establecida

¹²¹¹ Sentencia TJUE de 13 de diciembre de 2013, European Dynamics Luxembourg y Evropaïki Dynamiki contra la Comisión Europea, asunto T-165/12, apartados 48 y 49. Véase a su vez la STJUE de 20 de marzo de 2013, Nexans France contra Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión, asunto T-415/10, que en su apartado 71 expone:

En cuanto al principio de transparencia, que constituye un principio general, aplicable a la Empresa Común cuando celebra contratos públicos, en virtud del artículo 79 de su Reglamento financiero, implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa e inequívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

¹²¹² SANMARTIN MORA, M.A. “Contratación Abierta, ¿Qué es?”. En: *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de abril de 2014. [consultado el 24 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.150/recategoria.121/remenu.3/chk.61433b8eccddd80b3772478b057df4ff>; DICKSON MORALES, R. “La transparencia en la contratación pública”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 165-189 en p. 168; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Public transparency as...” *op. cit.* en pp. 1-24.

por el TJUE de que, para que el principio de transparencia se considere respetado, la información sobre el procedimiento de contratación deba ser “clara, precisa e inequívoca”.

Esta concepción del principio de transparencia nos conduciría a concebir una doble vertiente del mismo: por un lado una transparencia activa, que comprende toda aquella información que la Administración hace pública *motu proprio*, es decir, que tiene una obligación de poner a disposición del ciudadano determinada información, y que suele identificarse con el concepto de publicidad (aunque como veremos más adelante, el principio de publicidad posee ciertas características que lo diferencian del de transparencia activa); y por otro lado una transparencia pasiva, también conocida como transparencia de acceso¹²¹³, referida para aquellos casos en que la información se da previa solicitud de una persona o grupo de personas¹²¹⁴.

La transparencia es, en todo caso, parte integrante del principio de integridad, y es por tanto de gran utilidad en la lucha contra la corrupción, si bien no es suficiente por sí misma para asegurar la probidad en las actuaciones, algo que, como afirma BARNÉS VÁZQUEZ, parece haberse obviado en los últimos tiempos, en los que el principio de transparencia está adquiriendo una popularidad quizá excesiva, que lo presenta como una solución definitiva a todos los males de improbidad e ineficiencia en los contratos públicos.¹²¹⁵ Conviene tener presentes las posibles limitaciones de la transparencia en la contratación, que hace que deba siempre ponerse al servicio del resto de principios de la contratación pública que sirven para combatir las prácticas deshonestas, como son el de

¹²¹³ MERLONI diferencia, además entre un tipo de transparencia de acceso generalizado, en la cual cualquier ciudadano puede acceder a la información, y otra transparencia de acceso limitado, en la que únicamente las partes interesadas en el asunto en concreto pueden demandar tener acceso a la información en cuestión. MERLONI, F. y VANDELLI, L. *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi* Traducción personal. Passigli Editori, Florencia, 2010, p. 404; véase, en el mismo sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en pp. 106 y ss.

¹²¹⁴ JUÁREZ RODRIGUEZ, G., ROMEU GRANADOS, J. PINEDA NEBOT, C. “Transparencia en la contratación...” *op. cit.* en p. 149.

¹²¹⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”. En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010. pp. 49-80 en p. 51; de la misma opinión son JIMÉNEZ ASENSIO o INNERARITY, quienes critican el excesivo entusiasmo ante la transparencia que lo ha convertido en un *mantra* frente a la corrupción. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la...* *op. cit.* en pp. 104 y ss.; INNERARITY, D. *La política en tiempos de indignación*. Madrid: Galaxia Gutemberg, 2015; INNERARITY, D. “Crítica de la razón transparente”. En: DÍAZ NOSTY, B. (coord.) *Diez años que cambiaron el mundo: 2007-2017*. Ariel, pp. 91-97.

igualdad, publicidad, integridad, o rendición de cuentas, para poder mostrarse verdaderamente eficaz¹²¹⁶.

La transparencia debe estar siempre subordinada al cumplimiento de los diferentes principios y la protección de los derechos individuales, pero además, puede verse limitada por otros aspectos relativos a la necesidad de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y una competencia efectiva entre los operadores económicos¹²¹⁷. Qué grado de transparencia es el necesario para asegurar una defensa efectiva de los derechos de los licitadores y, en su caso, de los intereses públicos, son preguntas sobre las que la doctrina legal internacional viene debatiendo a lo largo de los últimos años¹²¹⁸.

Las directivas de contratación realizan una interpretación extensiva del principio de transparencia, lo que permite en principio su aplicación libre salvo en determinados supuestos, y prevé como único límite o excepción la confidencialidad de la información en cuestión en relación a posibles perjuicios o vulneraciones para con los licitadores¹²¹⁹. Extremo éste, el de la confidencialidad de cierta información, que deberá, a priori, ser declarado por el licitador en concreto con carácter previo para tener tal consideración, siendo, de lo contrario, información de dominio público, algo que puede generar ciertas situaciones problemáticas ya que, como se encarga de señalar MESA VILA, en la práctica muchos licitadores *no hacen declaración expresa de confidencialidad en confianza de que dicha información nunca saldrá del ámbito del órgano de contratación*¹²²⁰, y por tanto el propio poder adjudicador puede verse obligado a realizar una ponderación de principios e intereses ante una posible reclamación de información.

¹²¹⁶ LINDSTEDT, C. y NAURIN, D. "Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption". *International Political Service Review*, 31(3), pp. 301-322 en p. 316; en todo caso, conviene aclarar que su carácter instrumental no es mayor que el de otros principios. En el derecho administrativo, todos los principios sirven a determinados fines, y por tanto tienen un doble carácter sustantivo e instrumental; así ocurre con el principio de proporcionalidad, el de igualdad de trato, el de libre concurrencia, buena administración, etc. Todos ellos sirven a determinados fines últimos e interactúan entre ellos como impulso o limitación de otros, en una constante tensión interpretativa. Sobre el tema, véase BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Procedimientos administrativos y..." *op. cit.* en pp. 49-80.

¹²¹⁷ BERBEROFF, D. "La doctrina del tribunal..." *op. cit.* en p. 172

¹²¹⁸ HALONEN, K.M. "Disclosure rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency". *Journal of Public Procurement*, vol. 16, issue 4, 2017, pp. 528-553.

¹²¹⁹ Cuestión ésta que ha sido identificado como un subprincipio dentro del de transparencia, denominado el principio de máxima publicidad. DICKSON MORALES, R. "La transparencia en..." *op. cit.* en p. 173.

¹²²⁰ MESA VILA, M. "La legitimidad para ejercer el derecho de acceso a la información en procedimientos de contratación pública: la Resolución R/0086/2015 del Consejo de Transparencia y Buen

En este sentido, en su artículo 22 la Directiva 2014/24 establece, como excepción a la publicación de información, que *el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas*. Y de manera similar se pronuncia la ley nacional que la transpone, 9/2017, en su artículo 133, en el que pone especial énfasis en el respeto a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. De igual manera, y como se encarga de precisar OLIVARES HORTAL, la Ley parece mantener una amplia concepción del derecho de acceso a la información que únicamente se ve limitada por la legislación de protección de confidencialidad¹²²¹, un adjetivo que a su vez puede aplicarse a: datos empresariales, datos personales, o información sobre defensa, seguridad nacional o seguridad pública¹²²².

Esta misma interpretación parece extraerse de una amplia jurisprudencia del TJUE, que establece como principal límite del derecho europeo de los contratos a la divulgación de información la posible distorsión de la competencia:

34 El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C- 26/03, Rec. p. I- 1, apartado 44).

35 Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores¹²²³

Gobierno”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 493-501 en p. 500.

¹²²¹ OLIVARES HORTAL, A. “Confidencialidad y transparencia...” *op. cit.*

¹²²² CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en pp. 135 y ss.

¹²²³ TJUE, asunto C- 450/06, *Varec SA Vs État belge*, de 14 de febrero de 2008, apartados 34 y 35

Por ello, debido a los posibles “efectos secundarios” que la transparencia puede tener en el procedimiento, ésta debe ser aplicada de manera racional¹²²⁴. La transparencia debe ser un instrumento funcional que permita de forma efectiva conocer y evaluar la actuación de la Administración, y no meramente un principio formal¹²²⁵. La transparencia, en este sentido, debe ser desligada de la publicidad como acto formal de publicación de información¹²²⁶, ya que aquella tiene un componente de fondo que implica, para su cumplimiento, un conocimiento de las razones y las motivaciones de la actuación administrativa, que la convierten en un verdadero principio del Derecho, mientras que la publicidad se identifica más, como afirma MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, con una suerte de transparencia formal que encuentra su fin en sí misma, el mismo acto de la divulgación¹²²⁷. El concepto de transparencia que aquí interesa debe ir, por tanto, mucho más allá de esta concepción de la información como fin, y aplicarse en función de los fines e intereses que la divulgación de información pretende proteger¹²²⁸. Debe, en definitiva, servir a una utilidad última, en este caso el principio de integridad, que, como afirma SCHLITZER, debe primar, condicionar y modelar la difusión de información¹²²⁹.

En palabras de SCHMIDT-ASSMANN, *desde un punto de vista crítico, es necesario preguntarse si esa mayor información sirve realmente para mejorar el procedimiento o más bien para bloquearlo*.¹²³⁰. Por ello, se debe realizar una aproximación cualitativa, más que cuantitativa, al fenómeno de la transparencia, que tenga en cuenta los objetivos

¹²²⁴ Determinados trabajos incluso cómo la transparencia no tiene necesariamente un efecto positivo sobre la concurrencia y la competencia en el contrato. EVENETT, S.J. y HOEKMAN, B.N. “Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules”. *World Bank Policy Research Working Paper*, n.º 3195, 2004.

¹²²⁵ GIMENO FELIÚ, J.M. “La reforma comunitaria...” *op. cit.* en pp. 37-105.

¹²²⁶ DICKSON MORALES, R. “La transparencia en...” *op. cit.* en p. 168.

¹²²⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “Transparencia vs transparencia en la contratación pública: Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción.” *Diario La Ley*, n.º 8607, Sección Doctrina, 17 de Septiembre de 2015, p.9

¹²²⁸ El autor realiza una encendida crítica a la transparencia como fin último cuando afirma que *hemos cambiado el relato: hemos convertido en trascendente lo que es instrumental, mientras que lo sustantivo de adjetiva*. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la...* *op. cit.* en p. 11; véase, en el mismo sentido, ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5, 2013, pp. 214-233.

¹²²⁹ SCHLITZER, E. “La trasparenza ed il contrasto della corruzione”. *Nuova Etica Pubblica*, n.º 5, 2015, pp. 109-128 en p. 113; JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la...* *op. cit.* en p. 11.

¹²³⁰ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general...* *op. cit.* en p. 377

de integridad y las posibles implicaciones que su aplicación puede tener para otros principios de la contratación¹²³¹.

En consecuencia, la información que se pone a disposición del ciudadano o, en este caso, de los licitadores, debe tener, en todo momento, una finalidad, que en primer término no es otra que la de permitir una transparencia en su sentido estricto, es decir, una comprensión de los procesos decisorios, pero que posteriormente, en su forma instrumental, permita a aquellos que consideren perjudicados sus intereses iniciar el correspondiente procedimiento de denuncia y garantizar la probidad de las actuaciones.

A la hora de llevar a cabo la aplicación práctica de estas limitaciones, sin embargo, el alto tribunal europeo ha realizado una interpretación extensiva y quizá en exceso formalista en relación a la divulgación de información y al principio de transparencia, que reduce considerablemente las posibles situaciones de “no divulgación”, especialmente para aquellos caso de acceso al expediente o transparencia pasiva. Así, por ejemplo, el TJUE ha considerado que, de cara a asegurar la posibilidad de un recurso efectivo, se debe proporcionar una detallada información sobre el proceso de evaluación que permita a los licitadores no adjudicatarios comparar sus ofertas con las del licitador ganador¹²³². El único límite impuesto por el Tribunal en esta obligación de divulgación es que ésta no incluirá en ningún momento la necesidad de proporcionar una copia completa del documento de evaluación¹²³³, así como tampoco un análisis comparativo detallado entre la oferta ganadora y la/s demás¹²³⁴—esto no impide, sin embargo, que la entidad adjudicadora proporcione, si así lo estima oportuno, las informaciones mencionadas. Se trata de un límite al grado de información exigible por los licitadores, pero no al nivel de información que le está permitido divulgar al órgano de contratación.

¹²³¹ Como ha criticado JIMÉNEZ ASENSIO, a menudo el foco se pone sobre el volumen de la información y no sobre su contenido. JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la... op. cit.* en pp. 108 y 109.

¹²³² TJUE, asunto T-183/10, *Sviluppo Globale GEIE v Commission*, de 10 de octubre de 2012, apartado 40.

¹²³³ TJUE, asunto C-561/10 P, *Evropaiki Dynamiki v European Commission*, de 20 de septiembre de 2011, apartado 25.

¹²³⁴ TJUE, asunto C-235/11 P, *Evropaiki Dynamiki v European Commission*, de 29 de noviembre de 2011, apartados 50 y 51.

El TJUE y el legislador europeo parecen seguir, así, la línea en que se habían pronunciado ya previamente la ONU, la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica) y la OEA (Organización de Estados Americanos) en una declaración conjunta en la que se afirmaba que el derecho de acceso a la información debe basarse en el principio de máxima divulgación¹²³⁵.

No obstante, según algunos autores, el TJUE parece obviar algunas implicaciones para la competencia de la divulgación de información, ya que el principio de competencia no se ve afectado únicamente por información que pueda derivar en competencia desleal – es decir, información acerca del funcionamiento de sus empresas competidoras–, sino por aquella información que pueda, a través de una excesiva previsibilidad, facilitar prácticas colusorias entre los agentes del mercado –información acerca del funcionamiento del contrato– y por tanto derivar en una merma de la eficiencia en el proceso de licitación¹²³⁶. Así, importantes voces críticas como SÁNCHEZ GRAELLS reprochan el razonamiento del TJUE, ya que consideran que la norma general según la cual las entidades de contratación no están obligadas a publicar el resultado del informe de evaluación en su totalidad queda, tras una interpretación como la que ofrece el TJUE, prácticamente anulada en casos en los que se obliga a dichas entidades a hacer públicas las puntuaciones otorgadas de cada criterio y subcriterio de la licitación.¹²³⁷ Y por otro lado, el hecho de que se proporcione a las entidades libertad para facilitar –aún en aquellos casos en los que no estaría obligada– todos los datos acerca del proceso de evaluación con total detalle, deriva en la práctica en una ausencia total de incentivos para hacer un uso funcional, utilitarista y racional de la información a divulgar¹²³⁸, obviando las posibles consecuencias negativas que un exceso de información puede tener para la competencia efectiva del concurso e incluso, en ciertos aspectos, como facilitadora de corrupción¹²³⁹. Ante un eventual riesgo de recurso por falta de

¹²³⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L. “Transparencia y protección...” *op. cit.* en p. 84; MORANDINI, F. “Acceso a la información pública en las contrataciones públicas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 261-290.

¹²³⁶ TELLES, P. “Ainda a concorrência...” *op. cit.*; HALONEN, K.M. “Disclosure rules in...” *op. cit.* en pp. 528-553; SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “The difficult balance...” *op. cit.*

¹²³⁷ SÁNCHEZ GRAELLS, A. “Reasons for the deduction of points at tender evaluation must be fully disclosed to their last detail: AG Mengozzi on duty to motivate procurement decisions (C-376/16 P)”. *How to Crack A Nut*, 28 de septiembre 2017. Consulta el 9 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/9/28/ag-mengozzi-on-duty-to-motivate-procurement-decisions-c-37616>

¹²³⁸ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “The difficult balance...” *op. cit.*

¹²³⁹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Public transparency as...” *op. cit.* en pp. 13 y ss.

transparencia y la ausencia de incentivos para su racionalización, la tendencia por parte de los gestores será la de publicar y proporcionar toda la información disponible con el objetivo de evitar futuros litigios.

Para esta corriente de la doctrina, el TJUE no está teniendo en cuenta, en su ponderación, los efectos nocivos que un exceso de información puede producir en el mercado en forma de distorsiones de la competencia o prácticas colusorias, y por ello considera necesaria una aplicación efectiva del principio de proporcionalidad en la divulgación de información, que contemple el riesgo de graves ineficiencias en el mercado que pueden tener dichas prácticas en relación a la labor de vigilancia mutua que el sistema de recursos pretende canalizar.

A nuestro juicio, es evidente que las directivas de contratos y el TJUE parecen obviar determinados efectos negativos de una divulgación excesiva de información¹²⁴⁰, o, en todo caso, que no se han generado los incentivos necesarios como para que las entidades adjudicadoras realicen una ponderación real acerca de la necesidad de publicar la información que tenga en cuenta el principio de competencia y de proporcionalidad y que pudiera derivar, en determinados supuestos, en una restricción a la publicidad. El principio de proporcionalidad se encuentra completamente ausente cuando se trata de divulgar información entre los licitadores o posibles interesados. Esta ausencia de incentivos en la ponderación se configura como una de las principales deficiencias del sistema de recursos actual, pues dicho sistema podría, así, quedar parcialmente estéril debido a una excesiva formalización de las obligaciones de transparencia que fomenta la publicación indiscriminada de datos, que no se basa en la utilidad de la información sino en la información en sí misma, obviando posibles implicaciones indirectas de la difusión¹²⁴¹. No en vano, como ya se ha mencionado, la completa efectividad del sistema de recursos descansa sobre la base de una competencia efectiva, que puede

¹²⁴⁰ Diferentes estudios sobre la transparencia desde un punto de vista cognitivo evidencian cómo un exceso de información puede tener consecuencias negativas hacia la comprensión del procedimiento. RANGONE, N. “A behavioural approach...” *op. cit.* en pp. 85 y ss.

¹²⁴¹ Como evidencian FRAUSCHER y GRANICKAS, hemos aprendido de la experiencia que, con una aproximación errónea, podemos terminar con una transparencia centrada en sí misma que derive en una información adúltera. FRAUSCHER, K. y GRANICKAS, K. “Learning Insights: Open contracting – a helping hand in Nepal” *Open Contracting Partnership*, 31 de mayo de 2017. Acceso el 7 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.open-contracting.org/2017/05/31/learning-insights-nepal/>

verse amenazada por falseamientos de la competencia fruto de una excesiva información.

Como argumenta la OCDE al definir transparencia basándose en una definición otorgada por el Fondo Monetario Internacional en el año 2000¹²⁴², se refiere a ella como un entorno en que los objetivos de la política, su marco jurídico, institucional y económico, las decisiones políticas y sus fundamentos, los datos e información relacionados con políticas monetarias y financieras, y los términos de la rendición de cuentas de las instituciones, se proporcionan al público de una manera comprensible, accesible y oportuna¹²⁴³. Esta última característica, la pertinencia de publicación de las informaciones, es la que parece difuminarse en la legislación y jurisprudencia europeas.

En nuestro país, los tribunales de recursos contractuales sí que han desarrollado una jurisprudencia detallada sobre determinados límites generales de acceso a las ofertas, con el objetivo de que este tipo de reclamaciones informativas no sean utilizadas con objetivos distorsionadores de la competencia¹²⁴⁴. Así, y aunque la solución a cualquier solicitud de información debe darse caso por caso (Resolución TACRC 710/2014), únicamente se concederá acceso a la información del adjudicatario (Informe 3/2007 JCCA de la Comunidad de Madrid) salvo que se considere necesaria para poder fundamentar un posible recurso (Informe de la JCCA de la Comunidad de Aragón 15/2012), y no se admitirá como norma general el acceso a las ofertas con puntuaciones inferiores (TACRC 56/2014). Adicionalmente, existe una importante jurisprudencia acerca del contenido de las ofertas que deberá considerarse confidencial¹²⁴⁵. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que está permitida la divulgación, el grado de detalle acerca de la forma de puntuación y evaluación sigue representando un punto ciego en el que, aparentemente, no existe limitación alguna.

¹²⁴² INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies*, Part 1—Introduction, Aprobado por el Directorio Ejecutivo del FMI el 24 de julio de 2000. Traducción personal. Disponible en:

http://www.imf.org/external/np/mae/mft/sup/part1.htm#appendix_III

¹²⁴³ Glossary of Statistical Terms, OECD, Julio de 2002. Traducción personal. Disponible en: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4474>

¹²⁴⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “El principio de...” *op. cit.* en pp. 906 y ss.

¹²⁴⁵ La documentación que acredita la solvencia técnica y económica, los listados de trabajadores e información relativa a estos, secretos comerciales e industriales, el proyecto técnico o solución técnica, etc. RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “El principio de...” *op. cit.* en pp. 906 y ss.

Estas argumentaciones, como decimos, no deben sin embargo derivar, en nuestra opinión, en una difusión necesariamente menor de información o que ofrezca menores garantías de control en las compras públicas. A nuestro juicio, el nuevo modelo de transparencia debe implicar un giro en la aproximación tradicional al fenómeno, que debe diseñarse, tal y como afirman KOSACK y FUNG, en torno a la respuesta a tres preguntas esenciales: ¿A quién está destinada la información? ¿Por qué el receptor puede considerarla una información de interés? ¿Para qué, o cómo, podría usar ese destinatario la información?¹²⁴⁶ Para lo anterior, entendemos que el juicio de ponderación sobre la información a divulgar debe tener lugar de forma efectiva –y siempre atendiendo a aquellas informaciones sobre las que no recaiga obligación legal de difusión, que deberán publicarse siempre. Esto es, se trata de un criterio de ponderación que deberá aplicarse especialmente a aquellos casos de transparencia pasiva o de acceso a la información a petición de los licitadores¹²⁴⁷. Así, a la hora de determinar si una información debe difundirse o no, deben actuar como ejes vertebradores los principios de integridad y buena administración. Estos deben ser en todo caso los fines ineludibles de toda divulgación. Si una información se considera necesaria para garantizar (o justificar) la probidad de las actuaciones y un acceso efectivo a la justicia, entonces el principio de transparencia permanecerá plenamente vigente aun a riesgo de producir determinados efectos adversos en el mercado –siempre y cuando no esté declarada información confidencial.

Sin embargo, es en aquellos casos en los que la utilidad de la información para garantizar un procedimiento íntegro no es evidente, en los que el principio de competencia deberá actuar como parámetro limitador. El principio de proporcionalidad, por tanto, debe a nuestro juicio convertirse eje vertebrador de las decisiones también en materia de transparencia, exigiendo la misma cuando es necesaria, en aquellos casos en que realmente sirve al control de la integridad, la igualdad y la objetividad de los procedimientos de contratación, y actuando como parámetro limitador en aquellos casos en los que su utilidad no ofrece garantías y la información podría poner en riesgo el

¹²⁴⁶ KOSACK, S. y FUNG, A. “Does Transparency Improve Governance?”. *Annual Review of Political Science*, n.º 17, 2014, pp. 67-87.

¹²⁴⁷ BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal...” *op. cit.* en p. 195.

principio de competencia¹²⁴⁸. No obstante, como en casos recientes ha aclarado la Corte General para el caso de las instituciones europeas, debe realizarse un estudio individualizado de los riesgos de divulgación de cada uno de los documentos solicitados, no siendo procedente una denegación general de acceso a la información en alusión a un perjuicio genérico para la seguridad pública, la intimidad o el proceso de toma de decisiones¹²⁴⁹.

De esta forma, para toda información cuya publicación no es exigida por Ley, el principio de integridad y el de proporcionalidad deben servir de referentes interpretativos para dictaminar la procedencia o no del acceso a una información determinada, de forma que la respuesta puede depender de las características particulares del caso, por ejemplo, de la mayor o menor diferencia en la puntuación entre las ofertas, y por tanto de la necesidad de conocer mayores detalles para poder comprender las motivaciones de la adjudicación:

Teniendo en cuenta la escasa, e incluso muy escasa, diferencia de puntuación en la evaluación de las ofertas de los tres licitadores, el interés de los requirentes de obtener una explicación clara y comprensible en cuanto a la evaluación técnica de su oferta a fin de verificar la ausencia de errores en la atribución de resultados es particularmente elevado. Este interés es tan importante que, a pesar del hecho de que el precio de la oferta que finalmente ha sido clasificada en primer lugar era más elevado que el de aquella de los recurrentes, el Parlamento ha considerado que la primera oferta presentaba la mejor relación calidad precio y era también económicamente la más ventajosa. Parece, pues, que la apreciación de la calidad de la oferta en relación a los criterios de evaluación cualitativos ha jugado un rol importante¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ En la ponderación, por tanto, el principio de integridad debe conservar siempre un papel preeminente frente a los intereses comerciales u otros elementos de ponderación. MORANDINI, F. “Acceso a la información...” *op. cit.* en pp. 272-273.

¹²⁴⁹ TJUE, asunto T- 136/15, *Evropaïki Dynamiki vs Parlamento Europeo*, de 14 de diciembre de 2017, apartados 40 y ss.

¹²⁵⁰ *Compte tenu de la faible, voire très faible, différence de notation entre les offres des trois soumissionnaires retenus, l'intérêt des requérantes à obtenir une explication claire et compréhensible quant à l'évaluation technique de leur offre afin de vérifier l'absence d'erreur dans l'attribution des résultats était particulièrement élevé (voir, en ce sens, arrêt du 17 septembre 2015, Ricoh Belgium/Conseil, T-691/13, non publié, EU:T:2015:641, point 63). Cet intérêt était d'autant plus important que, en dépit du fait que le prix de l'offre qui a finalement été classée au premier rang était plus élevé que celui de l'offre des requérantes, le Parlement a considéré que la première offre présentait*

La clave, en definitiva, parece encontrarse en hallar la mezcla adecuada que proporcione un equilibrio entre los diferentes principios e intereses en juego¹²⁵¹, pues no olvidemos que, de cara a asegurar un control efectivo por parte de los licitadores, estos deben: (1) disponer de información suficiente para evaluar las actuaciones del órgano de contratación y poder detectar posibles manipulaciones y anomalías, y (2) actuar en un entorno competitivo y concurrencial que genere incentivos para la vigilancia mutua, el cual puede verse afectado por determinadas prácticas colusorias o entornos anticompetitivos. En definitiva, la transparencia, al igual que el resto de los aspectos estudiados hasta el momento, debe huir de la concepción formal de la publicidad para responder a la necesidad de evaluar los efectos y las posibles utilidades y riesgos de la divulgación de informaciones no prescritas por la Ley.

2.2. El trascendental papel del juez en el control preventivo de la integridad

Adicionalmente a lo expuesto hasta ahora, un sistema de recurso efectivo en materia de integridad debe disponer, esencialmente, de un sistema de control de buena administración por parte de los tribunales, que debe realizarse, en imagen de la labor realizada por el TJUE, a través de un control de la discrecionalidad basado en los principios del Derecho.

Los principios deben actuar como norma aplicable de manera directa, ya que como venimos exponiendo, las leyes en muchas ocasiones no pueden, ni deben intentar, dar una respuesta concreta a todos los actos corruptos. Es en estas situaciones es en las que se debe aplicar con especial vehemencia y de una manera efectiva los principios de la contratación, que deben servir como elemento esencial de control de la discrecionalidad administrativa en esta materia, exigiendo una posición activa por parte de los

le meilleur rapport qualité-prix et était ainsi économiquement la plus avantageuse. Il apparaît donc que l'appréciation de la qualité de l'offre au regard des critères d'attribution qualitatifs a joué un rôle important (voir, en ce sens, arrêt du 9 septembre 2010, Evropaiki Dynamiki/Commission, T-300/07, EU:T:2010:372, point 72). TGUE, asunto T- 164/15, European Dynamics Luxembourg SA vs Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2017, apartado 50.

¹²⁵¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Prodecimientos administrativos y..." *op. cit.* en pp. 49-80.

tribunales¹²⁵². Se debe llevar a cabo una aproximación integral que permita prevenir, detectar y corregir todos aquellos supuestos que, de acuerdo con las con las aproximaciones realizadas a lo largo del trabajo, constituyen casos de corrupción¹²⁵³ o suponen situaciones de especial riesgo para la integridad¹²⁵⁴.

Sin embargo, esta aproximación no puede basarse en el Derecho sancionador –ya sea éste penal o administrativo. Y esto porque, debido al especial celo con el que debe guardarse el principio de legalidad en este tipo de manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado¹²⁵⁵, que exige que toda situación punible esté detalladamente prevista en la legislación sancionadora y que exista una minuciosa distribución de competencias¹²⁵⁶, una aproximación tal haría que, en la práctica, un buen número de prácticas o situaciones irregulares permanecieran desreguladas¹²⁵⁷.

¹²⁵² Así lo entiende también MEDINA ARNÁIZ, que defiende que *de la normativa contractual se desprende que los principios que presiden la adjudicación de contratos públicos —transparencia, concurrencia, igualdad de trato de los licitadores y no discriminación— son elementos claves para luchar contra la corrupción puesto que limitan los riesgos de favoritismo y arbitrariedades*. MEDINA ARNÁIZ, T. “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 2016, pp. 77-104.

¹²⁵³ Véanse pp. 152 y ss.

¹²⁵⁴ Véanse pp. 268 y ss.

¹²⁵⁵ Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 14/1998 de 22 Ene. 1998, Rec. 746/1991:

Es doctrina constante y reiterada de este Tribunal que el art. 25.1 C.E. (LA LEY 2500/1978) establece, en su dimensión material, una «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987 (LA LEY 775-TC/1987)), de lex praevia y lex certa (STC 133/1987 (LA LEY 93446-NS/0000)), de modo que la ley ha de describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991 (LA LEY 1815-TC/1992) y 95/1992 (LA LEY 1968-TC/1992)). Pues bien, en el supuesto que ahora nos ocupa el margen de decisión conferido a la Administración quebraría, a juicio de los recurrentes, ese principio de certeza que garantiza el art. 25.1 C.E. (LA LEY 2500/1978) y, más genéricamente, el de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E. (LA LEY 2500/1978))

En el mismo sentido, puede verse la STS de 18/1981, de 8 de junio.

¹²⁵⁶ Esta garantía emana directamente del artículo artículo 25.1 de la Constitución, que reza: *nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*. Véanse a su vez, los comentarios de PRIETO SANCHÍS, L. “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, 1982, pp. 99-122 en p.101; MORENO MOLINA, J.A. “Las novedades en...” *op. cit.* en pp. 87-109; véase a su vez, en relación con el derecho comparado, CRISMANI, A. *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività. Aspetti e considerazioni generali con riferimento al diritto comunitario*. Milán: Giuffrè, 2000. pp. 106 y ss.

¹²⁵⁷ En todo caso, En qué medida estas normas morales deben ser incluidas en el ordenamiento jurídico ha sido históricamente un asunto controvertido, tal y como declaró el Consejo de Estado en su dictamen de 19 de julio de 2012, cuando observa que *la traslación al ámbito de lo jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el Derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza del reproche social que su incumplimiento puede conllevar*. Dictamen del Consejo de Estado, e 19 de julio de 2012, sobre el anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (707/2012). *Boletín Oficial del Estado*, 19 de julio de 2012.

El concepto estricto u originario del principio de legalidad, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, se basó en la concepción del derecho y del actuar administrativo como realidades absolutas similares a la física newtoniana, algo que, posteriormente, se ha demostrado utópico¹²⁵⁸. Una simple sumisión a la Ley formal por parte de la Administración resulta a todas luces insuficiente para una salvaguardia efectiva de los derechos a una buena administración de los ciudadanos¹²⁵⁹. Por ello, en materia de derecho administrativo, el respeto al principio de legalidad, que rige la actividad administrativa y sirve tradicionalmente como medio de control a la actividad pública, debe ser entendido como un mandato que requiere un sometimiento al Derecho (del que forman parte tanto la Ley como los principios del Derecho y las interpretaciones jurisdiccionales emanadas de ellos), y no únicamente a la Ley formal¹²⁶⁰.

El principio de legalidad modula su contenido cuando se trata de establecer los límites a la actuación del sector público, eso es, cuando se trata de sentar las bases sobre las que se deberá realizar el control de discrecionalidad que evite comportamientos contrarios al Derecho¹²⁶¹. Como advertía Andrea CRISMANI, es inútil tratar de someter, ante la realidad de los hechos, toda actuación del poder público a una tipología estrictamente positivista del principio de legalidad, y por ende, también lo es limitar su control a dicha concepción¹²⁶². O en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, en el derecho administrativo no sancionador –esto es, de prevención y control– la existencia de una Ley no implica de forma necesaria el respeto del principio de legalidad, ya que la Ley puede mutar hacia la más fuerte y formidable “amenaza para la libertad” como una “forma de organización de lo antijurídico” que resulte en la perversión misma del orden

¹²⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Thompson Reuters, Arnzadi, 2011, en pp 22 y ss.; “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, enero-marzo 2016, pp. 57-84.

¹²⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en p. 204

¹²⁶⁰ BITENCOURT NETO, E. *Improbidade Administrativa e violação de princípios*. Brasil: Del Rey, 2005. pp. 127 y ss.

¹²⁶¹ Sobre la ligera línea que separa la nulidad del delito en materia de contratación pública, puede ser de especial interés el trabajo de BAUZÁ MARTORELL, F.J. “El contrato administrativo: entre la invalidez y el delito”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, 2016, pp. 128-159.

¹²⁶² CRISMANI, A. *La tutela giuridica... op. cit.* en p. 107; véase a su vez FABIANO, S. *Il nuovo sistema dei controlli e prevenzione de la corruzione negli enti local*. Matelica: Nuova Giuridica, 2013. pp. 19 y ss.

jurídico¹²⁶³. El principio de legalidad debe ser entendido aquí en un sentido amplio que trasciende a la norma¹²⁶⁴.

Quizá en derecho administrativo, más que en ninguna otra rama legal, los principios han actuado en la historia reciente como elemento vertebrador del sistema, como elementos informadores del ordenamiento jurídico en general¹²⁶⁵. Y ello en parte, como defiende GARCÍA DE ENTERRÍA, debido a la proliferación y dispersión normativa existente en el sector, que convierte en utopía una codificación o sistematización del Derecho a imagen de lo que ocurre en otras materias¹²⁶⁶. El papel de los tribunales en el control de la discrecionalidad a través de los principios es, pues, esencial para asegurar la vertebración del sistema de integridad en la contratación. Tomando prestadas algunas palabras del mencionado autor: *resulta aquí evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico y perpetuo fieri agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia, sería posible*¹²⁶⁷.

Los principios generales del derecho administrativo son algo sustancial y más profundo que la Ley misma, que no es sino una manifestación suya, y a la que por tanto deben ser capaces de someter y relativizar¹²⁶⁸. Por ello, son una herramienta especialmente eficaz en sede judicial, no sólo para una correcta interpretación legislativa, sino como verdadera herramienta – quizá la principal – al servicio de los tribunales a la hora de acometer la tarea de *creación* de Derecho que les consolida como una auténtica fuente de Derecho.

¹²⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en p. 198.

¹²⁶⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Reflexiones sobre la regeneración...” *op. cit.* en en p. 42.

¹²⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Los principios generales del derecho global de la contratación pública”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. (dir.) *Contrataciones públicas en el ámbito de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 13-40.

¹²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en pp. 203 y 212

¹²⁶⁷ *Ibidem* en en p. 204; en el mismo sentido, véase BETEGÓN, J. “Confianza y justicia penal”. En: BETEGÓN, J. y DE PÁRAMO, J.R. *Derecho, confianza y democracia*. Albacete: Bomarzo, 2013, pp. 83-104.

¹²⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en pp. 189-224; en el mismo sentido IHERING afirmaba que si dejamos de lado los principios que rigen el derecho y a partir de los cuales han sido creadas las normas, estaríamos acercándonos peligrosamente aun positivismo clásico, y caeríamos en una *huida del propio pensamiento, abandonándonos en la ley como una herramienta sin voluntad...* IHERING, R.V. *¿Es el Derecho una ciencia?*. Traducido del Alemán. Edit. Comares, Granada, 2002, p. 56.

Los jueces no deben limitarse a controlar únicamente la legalidad, sino que deben realizar un control de fondo sobre la justificación de las medidas tomadas por el sector público, que aun siendo legales, pueden dar lugar a corruptelas¹²⁶⁹. En palabras de ESSER, *la elaboración judicial de la ley no aparece ya como un simple apéndice de la ley y como un prótesis pudorosamente oculta de sus imperfecciones (que es, y siguiendo en el fondo, la consideración que merece para la concepción jurídica de la codificación), sino como una parte funcionalmente normal y necesaria de la creación en general de conceptos jurídicos.*¹²⁷⁰ Y en este papel “creador” por parte de los tribunales, que es, a nuestro juicio, el que reclama un papel protagonista en el control de la integridad y la corrupción, el foco de las decisiones no se encarga estrictamente de buscar la decisión más justa, sino la solución óptima para la tutela de los intereses generales de probidad administrativa¹²⁷¹.

El control judicial-administrativo no se configura aquí en una vertiente defensiva o meramente retributiva, sino que se desempeña como mecanismo de guía y dirección,¹²⁷² que requiere un cierto control ético o de calidad que excede las tradicionales concepciones del control contencioso administrativo¹²⁷³. Los tribunales administrativos deben ser entendidos, pues, como un actor principal en la creación y el desarrollo del Derecho de los contratos públicos a través de la aplicación e interpretación de los principios rectores, lo cuales fueron considerados por GARCÍA DE ENTERRÍA como *la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de la Administración*¹²⁷⁴.

¹²⁶⁹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general...* op. cit. en pp. 248-250; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para...” op. cit. en p. 1.625.

¹²⁷⁰ ESSER, *Grundsatz und Norm in, derrichterlichen Forlbildung des Privatsrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsque-llend-undnterpretalioristehre*, Tübingen. 1956. p. 23 citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” op. cit. en pp. 189-224; véase también BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Prodecimientos administrativos y...” op. cit. en p. 51.

¹²⁷¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Prodecimientos administrativos y...” op. cit. en pp. 59-60

¹²⁷² BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Prodecimientos administrativos y...” op. cit. en p. 51.

¹²⁷³ PONCE SOLÉ, J. “Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración”. En: PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *Innovación en el ámbito del buen gobierno: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Madrid: INAP, 2017, pp. 87-146; SANTAELLA QUINTERO, H. “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídico administrativa”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, 2011, pp. 87 y ss.

¹²⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” op. cit. en en p. 205.

Los citados principios generales no sirven únicamente como asiento para el desarrollo de la normativa europea, sino que operan en el día a día de los procesos de contratación¹²⁷⁵. En otras palabras, su aplicación al derecho de la contratación pública no tiene lugar únicamente de forma indirecta. Todo lo contrario. Los principios deben servir para interpretar correctamente tanto las normas comunitarias como las nacionales, pero también actúan como normas en sí mismos, de forma que deben cumplirse y aplicarse sin necesidad de que exista un desarrollo normativo¹²⁷⁶. Estas herramientas deben servir, en materia de integridad, como baluarte de la justicia y como límite a la discrecionalidad de la administración, de forma que su uso sea real por parte de los tribunales administrativo y judiciales¹²⁷⁷. Nuestro propio TS ya afirmó, en su sentencia de 18 de febrero de 1992, que la Administración debe estar sometida no sólo a la ley sino también al Derecho, del cual forman parte central los principios generales, que por tanto deben servir a los tribunales a la hora de fiscalizar las actuaciones de la Administración.

Esta interpretación funcional del control del poder público basada en los principios no debe, no obstante, derivar en una carta blanca al juez que sustituya de facto el necesario ejercicio de la discrecionalidad administrativa contractual¹²⁷⁸. La aproximación funcional debe guardarse de no justificar unos organismos de control que ejerzan una búsqueda libre de la justicia en menosprecio o inobservancia de las leyes¹²⁷⁹: *la superación del positivismo de ningún modo puede implicar el abandono de la*

¹²⁷⁵ la importancia efectiva de los principios rectores de la contratación viene siendo señalada por MORENO MOLINA desde hace tiempo, especialmente en relación con las interpretaciones del TJUE. Véase MORENO MOLINA, J.A. “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, Edit. Gobierno de Navarra: Departamento de Presidencia e Interior, nº45, Enero-Junio 2008, pp. 45-76; MORENO MOLINA, J.A. *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Albacete: Bomarzo 2006; ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la contratación...* *op. cit.*

¹²⁷⁶ GIMENO FELIÚ, J.M. “Reglas para la...” *op. cit.* en pp. 37-38; véanse también, en este sentido y a modo de ejemplo de la aplicación de principios del Derecho a la contratación pública, el análisis de AYMERICH CANO de la Sentencia del Tribunal General de la UE, asunto T- 235/11, Reino de España vs Comisión, de 31 de enero de 2013, en AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación...” *op. cit.* en p. 218 y ss.

¹²⁷⁷ Como afirma el profesor RODRÍGUEZ-ARANA, *los principios [deben ser] las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas*. RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El principio general del...” *op. cit.* en p. 60.

¹²⁷⁸ SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “If it ain't broke, don't fix it? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts”. En: S TORRICELLI, S. y FOLLIOT LALLIOT, F. (eds.) *Administrative oversight and judicial protection for public contracts*. Larcier, 2017

¹²⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en p. 209.

positividad del Derecho. El derecho positivo de la contratación pública debe, en efecto, sentar las bases sobre las que se regirán los razonamientos de los tribunales en el enjuiciamiento de decisiones o casos concretos, pero sin embargo, esta construcción legal debe tener en cuenta las limitaciones de la técnica legislativa, prescindiendo de todas aquellas regulaciones superfluas y de un hiperpositivismo que derive en una excesiva carga burocrática del sistema. Construyendo, por el contrario, normas positivas que actúen a modo de cimiento, marco y motor para la interpretación jurídica en sede judicial. Partiendo de unas bases sólidas y claras, el verdadero control exhaustivo y detallado de la integridad en los procesos de contratación debe llevarse a cabo esencialmente por la jurisprudencia, y no por la norma.

A imagen de lo que ha acontecido en algunos países de nuestro entorno, donde *se ha establecido un estándar de control que considera arbitrario no únicamente lo irracional o no motivado, sino también lo que adolece de falta de diligente adquisición de hechos e intereses relevantes o de su toma en consideración cuidadosa*¹²⁸⁰, es necesaria la creación de un control de la discrecionalidad de carácter preventivo, basado en los principios de integridad y buena administración, requiera de un control de diligencia en las actuaciones de la administración, de las motivaciones y de la razonabilidad de las decisiones¹²⁸¹. Para ello se precisa una actitud proactiva por parte de los jueces que algunos de los estudiosos en la materia no han dudado en catalogar como “activismo judicial” en su acepción más positiva¹²⁸². Ésta requiere que el juez entre a valorar la idoneidad o la razonabilidad de las actuaciones administrativas y no exclusivamente su legalidad formal¹²⁸³, articulando así, de forma más visible que

¹²⁸⁰ Así, por ejemplo, en EEUU y Francia, tal y como lo expone PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 79.

¹²⁸¹ HERCE MATA, I. “La razonabilidad como...” *op. cit.*

¹²⁸² Véase el excelente análisis del fenómeno desde la perspectiva de la contratación pública llevado a cabo por BOVIS, C. “Judicial activism and public procurement”. En: BOVIS, C. (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement*. Elgar, 2016, pp. 329 y ss. En cuanto al activismo judicial como práctica general, especialmente útil en materias de Derecho Constitucional, es de interés KIRBY M. *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*. London Sweet & Maxwell, 2004; RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”. *Texas Law Review*, 89, 2011; MARIANELLO, P.A. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Pensar en Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2012, pp. 125-126.

¹²⁸³ La racionalidad de las decisiones judiciales ha sido identificada por LÓPEZ RAMÓN como una de las características centrales de lo que ha denominado “el control jurídico del poder ejecutivo”. Véase LÓPEZ RAMÓN, F. “Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n 186, 2017, pp. 15-46; y en el mismo sentido, PONCE SOLÉ

cualquier otra variante de la actividad judicial, la función de creador de derecho de los tribunales¹²⁸⁴. Este tipo de mecanismos de control, beligerantes y antiformalistas, basados en el *common sense* y en la aplicación directa de los principios del Derecho, nacen de la tradición jurídica anglosajona, y lejos de representar una novedad en materia de contratación pública viene siendo utilizado por el TJUE en otras materias como la inclusión de cláusulas ambientales o sociales¹²⁸⁵.

Las medidas eficaces de gestión de riesgos en las decisiones ya estaban, de hecho, previstas en la CNUCC, en la que además de los sistemas tradicionales de contabilidad y auditoría, se preveía la implementación de un sistema eficaz de control de riesgo (artículo 9.2.(d)) que exigía que la razonabilidad de las medidas adoptadas en la contratación fuese realmente controlada a través de la corrección y la integridad en la actuación administrativa, de forma que no estuviera limitado al control de legalidad o a un excesivo formalismo (transmisión de riesgo en las concesiones, viabilidad real y no sólo presupuestaria de los proyectos, etc.). El control judicial, en definitiva, debe desempeñar un papel activo y principal como creador de Derecho, y no como mero exégeta de la norma escrita¹²⁸⁶. Una concepción funcional del control judicial precisa de un mecanismo de control jurídico basado en el problema y no en el sistema¹²⁸⁷, que

viene afirmando cómo propia decisión discrecional es relevante en sí misma para el derecho administrativo, y por ende, para el juez, y que en consecuencia éste debe trascender el mero control formal para valorar el fondo de las decisiones. PONCE SOLÉ, J. “The right to good administration and the role of administrative law”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public integrity*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 25-54.

¹²⁸⁴Tal y como afirma TAHIRI, existen diversas concepciones o acepciones de la expresión “activismo judicial”. Frente a acepciones que pueden tener un carácter negativo, como aquellas que entienden el fenómeno como un enjuiciamiento orientado hacia un resultado o aquel que se muestra disidente con la jurisprudencia asentada, todas las referencias a esta realidad en el presente trabajo deben entenderse referidas a la función de creación de Derecho del juez. TAHIRI, X. “Judicial Activism” or Constitutional Interpretation?: An Analysis of the Workings of the Constitutional Court of Kosovo”. *European Public Law*, vol. 23, Issue 1, 2017, pp. 147-164 en p. 152.

¹²⁸⁵BOVIS, C. *EU public procurement law*. Elgar, 2012, p. 281; BOVIS, C. “Judicial activism and...” *op. cit.* en pp. 329 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, F. “Hacia un modelo...” *op. cit.* en pp. 15-46; RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Los principios generales...” *op. cit.* en pp. 42 y ss.; en cuestiones de derecho administrativo general y el enfoque del Common Law en la construcción del derecho, véase AGUDO GONZÁLEZ, J. “El método en el Administrative Law inglés: entre el discurso jurídico y el discurso político”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 165, 2014, pp. 407-449.

¹²⁸⁶Lejos de ser una perspectiva excéntrica o utópica de la labor del juez en el control de la actuación administrativa, GARCÍA DE ENTERRÍA ya señalaba cómo, en el derecho administrativo, la labor del juez no puede reducirse a una función estrictamente exegética, sino que la jurisprudencia debe tomar un papel activo como fuente del Derecho. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en pp. 189-224; en relación con la necesidad de que los tribunales jueguen un papel activo en la lucha contra la corrupción, véase DE URBANO CASTRILLO, E. “Ética judicial (la lucha contra la corrupción desde la perspectiva judicial)”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VIVANCOS COMES, M. *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 205-217.

¹²⁸⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la...” *op. cit.* en p. 214

haga uso de los principios del Derecho como herramienta práctica de control de la actividad pública.

2.2.1. *El principio de integridad*

Aunque tradicionalmente ha sido referido como antagonista de la corrupción¹²⁸⁸, lo cierto es que el significado del principio de integridad tiene un alcance considerablemente más amplio. Para ser más preciso, se podría afirmar que la integridad es antípoda, al menos, de los tres comportamientos deshonestos a los que se ha hecho referencia en el presente trabajo: corrupción, fraude y conflicto de intereses. Podría decirse, así, que la integridad tiene lugar cuando el procedimiento de contratación cumple con el código de conducta de la ética pública (los empleados públicos, garantes del interés general, actúan en aras de dichos intereses), se proporciona un tratamiento imparcial a todos los licitadores (respetando los principios de objetividad e igualdad de trato¹²⁸⁹), se asegura una competencia leal entre los operadores económicos del mercado y se garantizan una publicidad y transparencia efectivas.

Una noción de integridad amplia que comparte la OCDE, que indica que por integridad habrá que entender *el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno.*¹²⁹⁰ Integridad es, en definitiva, la correlación entre lo que se dice y lo que se hace, entre la lo que debe ser y la lo que es¹²⁹¹.

Las Directivas de contratación de 2014 no recogen expresamente en su articulado el principio de integridad, como sí hace nuestra reciente legislación nacional (Ley 9/2017)

¹²⁸⁸ Véase BROCK, G. "Institutional Integrity, Corruption, and Taxation" *Research in Action Working Papers*, Edmond J. Safra Center for Ethics, n.º 39, 2014. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2408183>; OCDE. *Principles for Integrity in Public Procurement*, Traducción personal. París: OECD Publishing, 2009, p. 19.

¹²⁸⁹ Véase, en relación a las implicaciones del principio de objetividad en el procedimiento de contratación, BERNAL BLAY, M.A. "El principio de objetividad en la contratación pública". *Revista Documentación Administrativa*, n.º 289, 2011, pp. 129-150.

¹²⁹⁰ OCDE. *Recomendación del Consejo sobre contratación pública*. [C(2015)2] p. 6

¹²⁹¹ BRYTTING, T., MINOGUE, R. y MORINO, V. *The Anatomy of... op. cit.* en p. 153.

en su artículo 1.1., si bien éste tampoco define el contenido del principio¹²⁹². Sin embargo, independientemente de lo expuesto, el principio de integridad puede considerarse plenamente vigente en el derecho de la contratación pública comunitario y nacional, tal como ha afirmado buena parte de la doctrina, al establecerse la lucha contra la corrupción como uno de los ejes vertebradores de la actual política de contratos públicos europea¹²⁹³, y teniendo en cuenta que otros principios afines como el de transparencia, buena administración, o buena gobernanza se encuentran plenamente reconocidos como bases del funcionamiento de las Administraciones y de la interpretación del derecho comunitario

La integridad debe, pues, actuar como el principio integrador de todas las normas morales de ética pública –lo que en otras partes del trabajo hemos denominado sistema normativo relevante– que deben regir todo el actuar del sector público¹²⁹⁴. El principio de integridad, por tanto, trasciende la ley formal para preservar la ética pública¹²⁹⁵, la cual puede ser definida como *el vínculo que obliga no sólo al respeto a la ley, sino también a perseguir los intereses públicos, manteniéndolos claramente diferenciados de los privados; es un factor que trasciende los aspectos legales para abarcar la esfera pública y cultural completa*¹²⁹⁶. Así, la ética pública constituye uno de los ejes del principio de integridad, y que alcanza también a otros principios básicos en la lucha contra la corrupción como son el de buena gobernanza y buena administración¹²⁹⁷. Es cierto, en todo caso, que como afirma GONZALEZ SANFIEL, el principio de integridad no ha sido utilizado aún de forma directa como parámetro directo de interpretación por los tribunales¹²⁹⁸, pero no es menos cierto que otros principios de similar contenido, como el de buena administración o gobernanza, sí que cuentan ya con

¹²⁹² GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de Contratos...”, 2018, *op. cit.*; MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 144; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para...” *op. cit.* en p. 1.616.

¹²⁹³ Véanse los considerandos 100 y 126 de la Directiva 2014/24/EU; y en el mismo sentido, ARROWSMITH, S. (ed.) *Public Procurement Regulation: an Introduction* Nottingham: University of Nottingham, 2011, pp. 8 y ss.; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.*; GONZALEZ SANFIEL, A. “La integridad en la...” *op. cit.* en pp. 31-48; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos...” *op. cit.* en p. 1.616.

¹²⁹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado...* *op. cit.*; CRISMANI, A. *La tutela giuridica...* *op. cit.* en pp. 269 y ss.

¹²⁹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 54.

¹²⁹⁶ MERLONI, F. y VANDELLI, L. *La corruzione amministrativa...* *op. cit.* en pp. 9-10.

¹²⁹⁷ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* *op. cit.* en p. 54.

¹²⁹⁸ GONZALEZ SANFIEL, A. “La integridad en la...” *op. cit.* en pp. 47.

una cierta trayectoria de aplicación, y que, por ende, nada impide, en base a lo expuesto hasta ahora, realizar un control basado en el principio de integridad.

2.2.2. Los principios de buena administración y buena gobernanza

Estrictamente ligado al principio de integridad, aunque quizá con un alcance aún mayor, el derecho a una buena administración se recoge de forma expresa en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)¹²⁹⁹ y su aplicación jurídica ha sido reiterada por la doctrina del TJUE¹³⁰⁰. Reconoce el derecho de todos los ciudadanos a ser tratados de manera justa, objetiva e igualitaria por todas las instituciones de la UE, así como a ser oídos antes de que se tome en contra suya una medida individual que les afecte desfavorablemente¹³⁰¹. Frente al principio de integridad, que exige una correlación entre las actuaciones de la Administración y los fines de interés público, éste introduce un nuevo elemento, que es la adecuación de lo anterior a los hechos determinados. Es decir, que la decisión tomada sea adecuada en relación con unas circunstancias concretas. No se trata de una mera exigencia de buena voluntad o probidad en las actuaciones, sino que se requiere una debida diligencia en el estudio de un escenario determinado, lo que, a su vez, exige una justificación de que la decisión tomada en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa es considerada la más idónea frente a una realidad concreta¹³⁰².

En este sentido, tal y como sostiene PONCE SOLÉ, el control judicial a través del derecho a una buena administración del ejercicio de la discrecionalidad administrativa y de las motivaciones en su ejercicio debe abandonar la idea de que existe un único y predefinido interés general, y que es posible determinar la mejor opción a través de

¹²⁹⁹ España incorporó la CDFUE al ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio.

¹³⁰⁰ *El derecho a la buena administración, que forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En efecto, el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1; en lo sucesivo, «Carta de los Derechos Fundamentales») confirma que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable»* TJUE, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*, Caso T-54/99 [2002] párrafo 48; vid. *Opel Austria GmbH v. Council*, T-115/94 [1997] ECLI-3; *Sviluppo Globale GEIE v Commission*, T-183/10 [2012] ECLI-534 párrafo 40.

¹³⁰¹ Artículo 41 de la CDFUE.

¹³⁰² PONCE SOLÉ, J. “The right to...” *op. cit.* en pp. 34-35.

leyes objetivadoras de las actuaciones. Al contrario, éste dependerá de las circunstancias. La nueva aproximación al interés general debe entender éste como la combinación de una multiplicidad de principios e intereses, tanto públicos como privados, que la Administración debe ponderar en un momento determinado a la hora de trazar la línea de sus actuaciones¹³⁰³. La actuación diligente en la ponderación y evaluación de las realidades existentes y los intereses en juego y la posterior adaptación de la actuación administrativa a dichas conclusiones son los aspectos que configuran, en esencia, el principio a una buena administración.

Este principio puede ser alegado ante cualquier tribunal en materia de contratación pública¹³⁰⁴, si bien su contenido específico y alcance siguen presentando una alta indefinición.

Una interpretación literal o restrictiva del citado precepto concluiría que el ejercicio de este derecho estaría limitado a los “órganos e instituciones de la Unión”¹³⁰⁵, pero importantes juristas han interpretado que debe aplicarse a todas las eventualidades en las que sea aplicable el derecho comunitario –también en el ámbito doméstico, basándose en el alcance de la CDFUE, que a su artículo 51 establece que *las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*¹³⁰⁶, e incluso que actúa como un principio del derecho europeo –excediendo del mero enunciado del artículo 41 del TDFUE– susceptible de ser invocado en aplicación del derecho nacional de cualquiera de los Estados Miembros¹³⁰⁷. Y es que, como se ha encargado de advertir el

¹³⁰³ PONCE SOLÉ, J. “The right to...” *op. cit.* en p. 42. De especial interés es para este extremo la nueva exigencia introducida a nivel nacional por la LCSP17 acerca de la justificación del contrato, que establece en su artículo 116 la obligación de justificar, dándole publicidad en el perfil del contratante, aspectos como la necesidad del contrato o la insuficiencia de medios en el caso de los contratos de servicios, otorgando publicidad a la fase previa de preparación del contrato.

¹³⁰⁴ PONCE SOLÉ, J. y CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración” *Revista Documentación Administrativa*, n.º 288, 2012, pp. 193-206; PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en pp. 59 y ss.

¹³⁰⁵ En este sentido, véase PONCE SOLÉ, J. “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero” *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, n.º 11, 2014, p. 1 y ss.

¹³⁰⁶ PONCE SOLÉ, J. “Ciencias sociales, Derecho...” *op. cit.* en p. 1.

¹³⁰⁷ Para AZOULAI y CLEMENT-WILZ el derecho a una buena administración es actualmente un principio del derecho de la UE que existe de manera independiente al TDFUE. Véase AZOULAI, L. y

profesor MARTÍN-RETORTILLO, una interpretación extensiva de concepto de “Derecho de la Unión” del citado precepto 51, en tanto comprendería todo Derecho nacional que desarrolla o transpone normas comunitarias, podría dar lugar a una aplicación considerablemente amplia del derecho a una buena administración¹³⁰⁸. Pero, lo que es más, si consideramos el papel fundamental que ha adquirido el derecho a una buena administración en los diferentes países de la UE a lo largo de los últimos años, podríamos determinar, en aplicación del artículo 6.3 del TUE, que establece como Derecho originario *los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*, que se trata de un verdadero principio general, y que por tanto, sería de aplicación a todos los contratos públicos, independientemente del importe o tipología del mismo¹³⁰⁹.

En nuestro país, como bien ha señalado RODRÍGUEZ-ARANA, el principio de buena administración puede identificarse, al menos, en los artículos 9.2, 10.1, 24.1, 31.2. y 103.1 de la CE¹³¹⁰, y se encuentra, además, recogido en buena parte de los Estatutos de Autonomía aprobados en el s. XXI¹³¹¹.

En este sentido, el TS español se ha pronunciado en un modo que parece aceptar la vigencia del principio a una buena administración en el derecho de la UE como parte

CLEMENT-WILZ, L. “La bonne administration” en J.B. AUBY y J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (eds.). *Traité de droit administrative européen*. Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 671 y ss.

¹³⁰⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”. En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 43-54.

¹³⁰⁹ MORENO MOLINA, J.A. *Los principios generales...* op. cit. en p. 19; MORENO MOLINA, J.A. “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Madrid: Civitas, 2012, pp. 3429-3454; ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la contratación...* op. cit. en pp. 27-35; DÍAZ BRAVO, E. y RODRÍGUEZ LETELIER, A. *Contratos administrativos en Chile: Principios y Bases*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad de Santo Tomás, 2016, pp. 82-85; y las sentencias del TJUE: asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*, de 13 de octubre de 2005; asunto C-324/98 *Telaustria and Telefonadress*, 2000; y Case C-231/03 *Coname*, 2005.

¹³¹⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo”. En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 77-108 en p. 90; PONCE SOLÉ, J. “La prevención de riesgos...” op. cit. en p. 4.

¹³¹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “De los derechos...” op. cit. en pp. 43-54; RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El derecho fundamental...” op. cit. en pp. 77-108.

del derecho originario al afirmar, en su sentencia de 15 de octubre de 2015 (987/15), que *(e)l deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, [...] al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*. Éste último extremo, el de la motivación de las decisiones, que entronca con la transparencia, aunque con un carácter marcadamente sustantivo frente a ésta, se antoja un elemento esencial hacia la aplicación en sede judicial de este principio, y debe servir de base para la posterior evaluación de las actuaciones, ya que, de lo contrario, es decir, si el juez, los licitadores o los ciudadanos no acceden a conocer el motivo por el que se toman determinadas decisiones, no será posible entrar a analizar la idoneidad de las decisiones o su adecuación con el interés público¹³¹².

Tal y como ha expuesto el TJUE, el derecho a una buena administración exige que las entidades públicas *deben estar en condiciones, cuando menos, de aportar y exponer de manera clara e inequívoca los datos de base que debieron tenerse en cuenta para fundamentar las medidas del referido acto que son objeto de impugnación y de los que dependía el ejercicio de su facultad de apreciación*¹³¹³.

Sin embargo, como sostiene el profesor PEGORARO, el uso –o abuso– de la palabra “derecho” en este ámbito no se ajusta completamente al contenido del concepto jurídico que una aplicación tal de la buena administración puede generar,¹³¹⁴ e incluso ha sido catalogado por la doctrina como un artículo retórico, sin efectos prácticos¹³¹⁵. Lo cierto es que se puede hablar de un concepto jurídico que protege determinados intereses, que debe guiar la actuación de la Administración y que debe servir de parámetro de control en sede judicial, pero que carece realmente de una subjetividad o materialización

¹³¹² PONCE SOLÉ, J. “The right to...” *op. cit.* en pp. 25-54; CASSAGNE, J.C. *El principio de legalidad...op. cit.* en pp. 276 y ss.

¹³¹³ TJUE, asunto C- 310/04, *Reino de España vs Consejo de la Unión Europea*, de 7 de septiembre de 2006, apartado 123.

¹³¹⁴ PEGORARO, L. “¿Existe un derecho a la buena administración?”. En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 17-42.

¹³¹⁵ BOUSTA, R. “Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *European Public Law*, 19, Issue 3, 2013, pp. 481–488.

concreta en el individuo, y que por tanto tiene difícil configuración como derecho subjetivo exigible en base a una lesión individualizada del mismo. Parecería más apropiado, por ello, hablar de un principio de buena administración¹³¹⁶, ya que, en todo caso, e incluso aceptando la coexistencia simultánea de un derecho y un principio a una buena administración con características diferenciadas¹³¹⁷, sería este último el que serviría, a los efectos de control de la corrupción, a los tribunales encargados de controlar la discrecionalidad en la contratación pública.

En todo caso, la buena administración como principio jurídico ha experimentado una tecnificación jurídica que lo hace plenamente aplicable en la práctica jurídica judicial¹³¹⁸. Y de hecho, el TJUE ya ha utilizado en diferentes asuntos relacionados con la contratación pública el principio de buena administración como criterio evaluador de aplicación directa a las actuaciones administrativas¹³¹⁹. Este principio así entendido ha ido adquiriendo un papel cada vez mayor en la configuración del derecho administrativo actual como mecanismo de control sobre la manera en que la Administración lleva a cabo su función última: el servicio al interés general¹³²⁰. De este modo, la buena administración constituye la diligencia debida de la administración en el proceder de sus actuaciones, teniendo en cuenta, así, no sólo criterios de legalidad, sino de oportunidad, eficiencia, competencia, razonabilidad, motivación...¹³²¹ e incluiría, dentro de su control, tanto aquellas acciones irregulares llevadas a cabo voluntariamente (corrupción) como aquellas que el gestor realiza de forma negligente o inconsciente¹³²².

¹³¹⁶ *El propio TJUE ha afirmado en diferentes ocasiones la existencia de este principio: Por lo que respecta a la infracción del artículo 41 de la Carta, para empezar, debe recordarse que el derecho a una buena administración, reconocido en esta disposición, refleja un principio general del Derecho de la Unión.* TJUE, asunto T-292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartado 55; véase a su vez TJUE, asunto C-531/12, *Commune de Millau y SEMEA/Comisión*, 19 de junio de 2014, apartado 97.

¹³¹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El derecho fundamental...” *op. cit.* en p. 105.

¹³¹⁸ PONCE SOLÉ, J. “La prevención de...” *op. cit.* en p. 3.

¹³¹⁹ A modo de ejemplo, TJUE, asunto T-292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018; véase a su vez TJUE, asunto C-531/12, *Commune de Millau y SEMEA/Comisión*, 19 de junio de 2014.

¹³²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “El derecho fundamental...” *op. cit.* en pp. 77-108.

¹³²¹ CRISMANI, A. *La tutela giuridica...* *op. cit.* en pp. 121 y ss.

¹³²² PONCE SOLÉ, J. “The right to good...” *op. cit.* en pp. 25-54.

De manera paralela, debemos realizar mención al principio de buena gobernanza, que puede ser entendido hasta cierto punto como una analogía del anterior¹³²³, y que se encuentra plenamente reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha consolidado su fundamentación en la Convención Europea de Derechos Humanos y lo ha ido caracterizando como un instrumento legal que debe guiar las acciones de los Estados Miembros, limitando el marco del que disponen las Administraciones para ejercer su poder de discrecionalidad y exigiendo una actuación diligente y unos procedimientos administrativos íntegros, predecibles y transparentes que garanticen la fiscalización de las actuaciones¹³²⁴.

Para KAUFMANN, la gobernanza la conforman las tradiciones e instituciones a través de las cuales un Estado ejerce su autoridad para el bien común.¹³²⁵ Por tanto, una buena gobernanza, como defiende la Directiva 2014/24, no se limita al control de la corrupción o del cumplimiento de la legalidad en la contratación. Ni siquiera al un actuar diligente de la administración, como pueden entenderse del principio de buena administración. Más allá, la gobernanza cumple una doble función. Debe dirigirse a controlar que la contratación pública sirva a sus fines últimos, es decir, a la satisfacción del interés general de la ciudadanía, y, adicionalmente que las actuaciones administrativas respeten los derechos sociales e individuales a través de procedimientos transparentes e íntegros¹³²⁶. Podría decirse que se corresponde con el principio de buena administración, pero mientras éste parece tener un contenido finalista, una buena gobernanza exige, además, que se persiga un camino correcto, es decir, ciertas garantías en el proceso y la estructuración de la toma de decisiones que permite superar el sistema burocrático anterior y que incluye nuevas formas de colaboración en los procesos decisorios entre actores públicos, privados y la sociedad civil¹³²⁷. Se trata de un concepto jurídico que trasciende la esfera pública, de modo que, como se viene apuntando desde

¹³²³ Sobre el contenido expreso del principio de buena gobernanza, véase: UNDP. “Reconceptualizing Governance”. *Discussion Paper* n.º 2, New York, 1997; BANCO MUNDIAL. *Governance: The World Bank’s Experience*, Washington, D.C.: World Bank, 1994.

¹³²⁴ *Czaja vs Poland* App n.º 5744/05 (ECtHR, 2 octubre 2012), apartado 70; *Rysovskyy vs Ukraine* App no 29979/04 (ECtHR 20 octubre 2011), apartado 70; *Petar Matas v Croatia* App no 40581/12 (ECtHR, 4 octubre 2016), apartado 43; *Oneryildiz v. Turkey* App n.º 48939/99 (ECtHR, 30 de noviembre de 2012).

¹³²⁵ KAUFMANN, D. “Back to the Basics...” *op. cit.*

¹³²⁶ PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en pp. 93-140; SARMIENTO, D. *El soft law administrativo...* *op. cit.*

¹³²⁷ ALLI ARANGUREN, J.C. “Gobernanza Europea”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra 14, 2013, pp. 19-49; PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 65; JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la...* *op. cit.* en pp. 103 y ss.

ciertos sectores, puede ser un instrumento de gran utilidad en su aplicación al control de la trascendental regulación, en clave de derecho administrativo y en materia de integridad, de los actores privados que gestionan intereses públicos¹³²⁸.

Exigiendo a los jueces una profundización mayor en el fondo de las decisiones administrativas, que como expone FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, basado en los anteriores principios, responda al terreno de la lógica y admita identificar la mejor decisión¹³²⁹, se permite controlar disfunciones en la toma de decisiones de la Administración a las cuales no puede aplicarse de forma directa el principio de integridad por no presentar el caso concreto rasgos de voluntariedad de acción o de apariencia de quiebra de integridad¹³³⁰. El control a través del principio de buena administración debe evaluar, más allá del ordenamiento jurídico, la diligencia debida en el actuar administrativo¹³³¹. Y por tanto, este tipo de supervisión judicial va más allá del control de la corrupción o incluso del propio conflicto de interés para pasar a fiscalizar aquellas acciones manifiestamente inadecuadas incluso cuando éstas no permitan despertar ninguna sospecha de improbidad, y en su desarrollo jurisprudencial deberá dar lugar a la imposición, en aquellos casos en los que las actuaciones se consideren contrarias a Derecho, las penalidades correspondientes en forma de anulación de actuaciones, indemnizaciones a los perjudicados, etc.¹³³²

En definitiva, el control a través del principio de buena administración permite a los tribunales ejercer su control con mayor seguridad jurídica sobre aquellos casos que pueden denominarse de corrupción difusa o gris, al identificarlos como casos de mala administración¹³³³.

¹³²⁸ GARCÍA GARRIDO, F. “Transparencia y «buena gobernanza» ...” *op. cit.* en pp. 163-183; ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre...” *op. cit.* en pp. 214-233.

¹³²⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “El control judicial del poder discrecional y el derecho a una buena administración”. En: PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *Innovación en el ámbito del buen gobierno: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Madrid: INAP, 2017, pp. 21-30; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”. *Revista de Administración Pública*, n.º 187, 2012, pp. 141-170.

¹³³⁰ CRISMANI, A. *La tutela giuridica...* *op. cit.* en p. 270.

¹³³¹ PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en pp. 57-84.

¹³³² PONCE SOLÉ, J. “The right to good...” *op. cit.* en p. 46.

¹³³³ CRISMANI, A. *La tutela giuridica...* *op. cit.* en pp. 272 y ss.

2.3. La trascendencia de un ámbito objetivo y subjetivo amplio de recurso y revisión judicial

Para que todo lo expuesto tenga éxito, el ámbito de aplicación del recurso y la legitimidad para ejercerlo deben ser amplios. Un sistema de recursos alcanza hasta donde le permite su legitimidad, y por tanto la articulación de ésta es determinante para que la estructura de control sea efectiva. Las directivas de europeas de recursos establecen que deberán ser de aplicación al menos a cualquier decisión que pueda haber infringido el Derecho de la Unión¹³³⁴. Por su parte, la actual Ley 9/2017 en España prevé su aplicación contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos marcados por la Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, modificaciones contractuales, encargos a medios propios y acuerdos de rescate de concesiones¹³³⁵.

Esta ampliación del alcance objetivo del recurso con respecto a la legislación anterior se antoja fundamental para un correcto control de la discrecionalidad, ya que, como hemos visto, las irregularidades y manipulaciones pueden adoptar diversas formas y materializarse en cualquiera de las decisiones del procedimiento contractual. Los tribunales deben estar legitimados para entrar a valorar la idoneidad y adecuación a Derecho, tal y como viene sucediendo en los casos analizados por TJUE, de, al menos: las especificaciones técnicas o los criterios de solvencia –velando porque no supongan una limitación excesiva de la competencia, sean altamente imprecisos o respondan a las características concretas de un operador¹³³⁶–; los criterios que hayan dado lugar a la división (o no división) en lotes; las características, la adecuación al contrato y la correcta asignación del porcentaje, la metodología y la puntuación a atribuir a cada uno de los criterios de evaluación¹³³⁷; procedencia de posibles modificaciones contractuales

¹³³⁴ Art 1.1, Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992

¹³³⁵ HERNÁNDEZ SALGUERO, E. “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 639-666; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 110, 2018, pp. 195-227 en p. 214.

¹³³⁶ TJUE asunto C- 391/15 *Marina del Mediterráneo, S.L. v Agencia Pública de Puertos de Andalucía* [2017] ECLI-268 y C-249/01 *Bundesimmobiliengesellschaft mbH v Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donaauraum* [2003] I – 6336 apartados 17 y ss.; STGUE, asunto T- 668/15, *Jema Energy, S.A vs Empresa Común Europea*, de 10 de noviembre de 2017; véase a su vez SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “If it ain't broke...” *op. cit.*

¹³³⁷ TJUE, asunto C 599/10, *SAG ELV Slovensko y otros*, de 29 de marzo de 2012, apartados 22 y ss.

en base a criterios de razonabilidad y buena administración; la transparencia y la información proporcionada¹³³⁸, etc. Como bien afirma JOHNSTON, un control previo o prevención de la corrupción, para poder aspirar a ser efectivo, debe pivotar sobre el estudio y el análisis –en profundidad– de los detalles¹³³⁹ –y para ello, los tribunales deben estar legitimados y capacitados para acometer esta ambiciosa tarea que exige entrar a evaluar pormenores del contrato en términos que trascienden la legalidad o ilegalidad del acto y que se apliquen a todo tipo de actos y momentos procedimentales del contrato, incluyendo, cuando sea necesario aquellos actos tradicionalmente parapetados al cobijo de la discrecionalidad técnica¹³⁴⁰.

Así lo ha entendido, en todo caso, el TJUE, que desde hace más de una década viene interpretando un concepto de “decisión” o acto recurrible que, en línea con la aproximación que el tribunal hace a otros conceptos, huye de formalidades para fundamentarse en criterios funcionales¹³⁴¹. Se entiende, así, que es susceptible de ser recurrida toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas de la UE y que sea susceptible de infringirlas¹³⁴², que en España ya ha sido aplicado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Aragón en los Acuerdos 64/2017 y 75/2017.

Pero, adicionalmente a un control de fondo en las decisiones contractuales de la entidad adjudicadora, los tribunales también deberán ponderar el principio de buena administración en la propia labor de supervisión que la legislación europea encomienda al órgano contratante. Es decir, deberá también llevarse a cabo un “control sobre la forma en que se ejerce el control”. La buena administración, así, juega un papel especial

¹³³⁸ TJUE, asunto C- 336/12, *Ministeriet for Forskning vs Manova*, de 10 de octubre de 2013; véase RODRÍGUEZ MARTÍN .RETORTILLO, M.C. “Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos. Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” . *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2ª época, Año 10 n.º 14, 2016, pp. 143-157; BAÑO LEÓN, J.M. “El modificado de los contratos”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.345-1.364.

¹³³⁹ JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 60.

¹³⁴⁰ PONCE SOLÉ, J. “La discrecionalidad no...” *op. cit.* en p. 65; BERBEROFF, D. “La doctrina del...” *op. cit.* en p. 179.

¹³⁴¹ BERBEROFF, D. “La doctrina del...” *op. cit.* en pp. 176 y ss.

¹³⁴² TJUE, asunto C-395/15, *Marina del Mediterráneo*, de 5 de abril de 2017; TJUE, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, de 11 de enero de 2005, apartado 28. En el mismo sentido MORENO MOLINA, J.A. “El derecho europeo de...” *op. cit.* en p. 143.

en la supervisión de las estudiadas obligaciones de vigilancia y control que la legislación europea atribuye a las entidades adjudicadoras: concretamente en lo relativo a los conflictos de interés y las medidas autocorrectoras. Dado que tanto la legislación comunitaria como la nacional dejan una libertad –y al mismo tiempo, una responsabilidad– importante a las entidades adjudicadoras, dicho ejercicio de discrecionalidad deberá ser especialmente revisado.

De esta forma, en el caso de los conflictos de interés, una vez se considera probada la existencia de un conflicto, y en base a lo expuesto por el TJUE, la carga de la prueba se invierte, y es la entidad adjudicadora la que debe demostrar: (1) bien que el conflicto de interés no existía o no influyó en las decisiones ni tiene capacidad para hacerlo en el futuro, o (2) bien que, a pesar de la existencia de un conflicto, se han tomado las medidas para eliminarlo o controlarlo e impedir que éste genere efectos¹³⁴³.

Es aquí cuando el control de la discrecionalidad administrativa por parte del tribunal adquiere una importancia central, pues corresponderá al juez dilucidar si la actuación del poder adjudicador en base al escenario existente fue adecuada¹³⁴⁴. Es decir, se trata de dictaminar acerca de la diligencia debida de las actuaciones administrativas sobre la base de los principios de buena administración, buena gobernanza y proporcionalidad. Se trata de examinar, en definitiva, la idoneidad y la justificación de las decisiones concernientes a un conflicto de interés evaluando la correlación de proporcionalidad entre éste y las medidas adoptadas. Es por ello que, para el control a través de los principios de buena administración y proporcionalidad, se hace estrictamente necesario –y se configura como una obligación que nace directamente del principio de buena administración– que la Administración se encuentre en capacidad de dar explicaciones y motivar sus actuaciones¹³⁴⁵.

¹³⁴³ Como se ha expuesto anteriormente, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. TJUE, asunto C- 538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartado 44.

¹³⁴⁴ TJUE, asunto T-292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartado 72-73.

¹³⁴⁵ MILLET, L. “The Right to Good Administration in European Law”. *Public Law*, n.º 309, 2002, p 312 y ss.

El Tribunal Supremo ha advertido en materia de urbanismo de que *la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa ha de extenderse en primer lugar a la verificación de la realidad de los hechos y en segundo lugar a valorar si la acción planificadora guarda coherencia y racionalidad con aquéllos*, al tiempo que consolidaba la función de los principios generales del derecho como elementos fundamentales en el control jurisdiccional de la discrecionalidad de la Administración¹³⁴⁶. Este mismo razonamiento se debe aplicar al control de la actividad administrativa relacionada con los conflictos de interés. Primero corresponderá determinar la existencia de un conflicto, es decir, un examen de los hechos, y en segundo lugar –y sólo si se cumple la primera premisa–, un control sobre la idoneidad de las actuaciones.

En concreto, para determinar la adecuación de las medidas tomadas por una entidad adjudicadora en relación con un conflicto de interés, y siempre en ponderación del principio de buena administración y el resto de principios generales del Derecho, los tribunales deberán tener en cuenta, al menos, las siguientes cuestiones:

- En caso de que el conflicto no hubiera sido detectado, si la entidad adjudicadora dispuso los mecanismos adecuados para la investigación y detección de este tipo de anomalías, tal y como prescribe el art. 24 de la Directiva 2014/24.
- Si el conflicto fue detectado, el grado en el que se dio cuenta del mismo en los documentos de contratación y si existen informes u otro tipo de análisis al respecto.
- De cara a su corrección y control, si se inició el correspondiente procedimiento (contradictorio) para la determinación de la existencia efectiva del conflicto y, en su caso, determinar las medidas que serían de aplicación para su solución.
- Si, en caso de que se hubiera considerado necesario intervenir, las medidas tomadas por el órgano de contratación han sido proporcionadas con la gravedad de la situación¹³⁴⁷ y no restringen de manera innecesaria la competencia o lesionan derechos individuales.

¹³⁴⁶ STS, Sala de lo contencioso, de 16 de mayo de 1990, ECLI: ES:TS:1990:12111

¹³⁴⁷ En este sentido, conviene recordar que la aplicación del principio de proporcionalidad viene recogida tanto en la legislación (art. 57.4 de la Directiva 2014/24) como en la jurisprudencia como un elemento

En un sentido similar, a la hora de supervisar la posible decisión de la entidad adjudicadora en relación a la aceptación o no como válidas de las medidas autocorrectoras presentadas por un operador incurso en prohibición de contratar, los tribunales deben realizar un claro ejercicio de estudio de la adecuación entre los hechos –entendiéndose estos como las medidas adoptadas y su utilidad y efectividad real– y las decisiones administrativas. El conocer las motivaciones de la administración y la posibilidad de rastrear el proceso decisorio del órgano contratante juegan, de nuevo, un papel trascendental como parte del derecho a una buena administración, permitiendo evaluar la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones adoptadas en este sentido. Todas estas consideraciones son, en esencia, evaluaciones de “correttezza” o diligencia debida en la actuación administrativa que deben sustentarse de forma directa en la ponderación de principios.

En el ámbito subjetivo, las directivas de recursos establecen que deberá otorgarse legitimación para interponer recurso, al menos, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción (art. 1.3 de la Directiva 92/13/CEE). Por su parte, la Ley 9/2017 establece en su artículo 42 que estará legitimada para interponerlo cualquier *persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*

La configuración de una legitimación amplia del recurso –que no universal– es esencial para un correcto control de la integridad a través de medios judiciales. Sin embargo, conviene destacar, por ello, que en nuestro país ha existido una jurisprudencia mayoritaria contraria a la admisión de recursos interpuestos por licitadores excluidos con carácter previo a la licitación o licitadores no aceptados en el procedimiento¹³⁴⁸.

esencial a la hora de abordar este tipo de anomalías. Véanse pp. 294 y ss. En el mismo sentido: MIRANZO DÍAZ, J. “Los conflictos de interés tras las directivas de contratación De 2014”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*. Cizur Menor(Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

¹³⁴⁸ *Es doctrina reiterada del Tribunal (Recurso 796/2014, resolución 778/2014), "la que sostiene que el excluido del procedimiento de contratación carece del interés exigible en el artículo 42 del TRLCSP. Resolución nº 894/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 04 de Octubre de 2015; véanse a su vez Resoluciones del TCRC nº 37/2015, de 14 de enero; 89/2013, de 27 de febrero; 239/2012, de 31 de octubre; o nº 238/2014, de 21 de marzo.*

Frente a esta posición nacional, conviene destacar la interpretación amplia que de la legitimación activa ha realizado el TJUE en casos como *Fastweb*, en el que establece que las directivas de recursos deben interpretarse en el sentido de que se debe garantizar acceso a recurso a *cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público*, incluyendo entre éstos aquellos licitadores excluidos en fases previas al acto recurrido¹³⁴⁹. En nuestro país, determinadas resoluciones parecen indicar un giro de la jurisprudencia hacia la interpretación comunitaria –a nuestro juicio, mucho más acertada– en casos como los TCRC n.º 239/2012, de 31 de octubre, o n.º 357/2014, de 9 de mayo¹³⁵⁰.

A nuestro entender, el sistema de control judicial español debe virar hacia una legitimación amplia de acceso al recurso especial, en línea con las interpretaciones realizadas por el TJUE basadas en una valoración efectiva, y no únicamente formal, del posible interés concreto y legítimo de los operadores en las decisiones contractuales. De lo contrario, se estaría limitando artificialmente el control de integridad que pueden realizar otros operadores económicos excluidos que, aún fuera del procedimiento, pueden tener un interés de mercado en la exclusión de un licitador o anulación de las actuaciones.

2.4. Implicaciones del sistema español de recursos

En nuestro país, además de las cuestiones anteriormente mencionadas, existe una posible limitación práctica del derecho a recurrir fruto del sistema de umbrales de aplicación del recurso, que crea sistema dual de acceso a la justicia que persiste hasta el momento. La nueva LCSP en España rebaja los umbrales de aplicación del recurso especial¹³⁵¹, medida que, aunque positiva, no debe considerarse como un éxito

¹³⁴⁹ TJUE, asunto C- 100/12, *Fastweb*, de 4 de julio de 2013, apartado 24. Véanse a su vez los comentarios de RASTROLLO SUÁREZ, J.J. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. “Buena administración aplicada...” *op. cit.* en en 371 y ss.

¹³⁵⁰ A nivel regional, véanse, entre otras: Resolución n.º 103/2013, de 2 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía o la Resolución 114/2014, de 28 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco.

¹³⁵¹ En la actualidad, los umbrales de aplicación son, en base al artículo 44.1:

- a) *Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) *Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*

definitivo en cuanto al control de la integridad por parte de los licitadores se refiere. La necesidad de ampliar el alcance del recurso especial había sido ya puesta en evidencia por la doctrina, encabezada por GIMENO FELIÚ,¹³⁵² apuntada por diferentes organismos e instituciones como el Consejo de Estado¹³⁵³ o la CNMC¹³⁵⁴, y cuestionada también, al tratarse de una situación que se repite en diferentes Estados Miembros, a nivel internacional por importantes expertos como TELLES¹³⁵⁵. Esta ampliación, como ha afirmado diferentes autores, debe ser un paso inicial para, tras dotar gradualmente de medios económicos y humanos a los tribunales existentes, alcanzar tarde o temprano una aplicación del recurso a todos los contratos públicos celebrados que garantice el acceso a una tutela judicial efectiva a todos los niveles¹³⁵⁶.

Por otro lado, la estructura organizativa en la que se administra justicia debe ser igualmente eficaz y racional. La nueva Ley de Contratos Públicos permite que las Diputaciones y grandes Ayuntamientos creen sus propios tribunales administrativos contractuales (art. 46.4), algo que, a nuestro juicio, puede derivar en una excesiva dispersión de la justicia que genere confusión y divergencia interpretaciones, creando una inseguridad jurídica innecesaria en un sistema de recursos que se había mostrado altamente exitoso y efectivo desde sus inicios a través de una unidad de doctrina basada en una depurada técnica jurídica y en una continua coordinación entre tribunales.

Todos estos aspectos, como decimos, son elementos determinantes que pueden contribuir, si se abordan de la forma adecuada –en caso contrario, pueden ponerlo en riesgo–, a cimentar un sistema de recursos efectivo que, desde la perspectiva de la integridad, asegure la vigilancia mutua entre licitadores y canalice dicho control a través de un sistema eficaz de denuncias procesales.

c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.*

¹³⁵² Sirva de ejemplo la propuesta publicada por el ObCP, que fue desarrollada por algunos de los principales investigadores españoles en la materia. GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A. (dir.) *Propuesta de modificaciones...* op. cit. ; véase a su vez GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de Contratos...”, 2017, op. cit.; GIMENO FELIÚ, J.M. “La corrupción en...” op. cit. en pp. 40 y ss.

¹³⁵³ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, en el que se examina el expediente relativo al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

¹³⁵⁴ CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis... Op. Cit*

¹³⁵⁵ TELLES, P. “Public Procurement Financial Thresholds in the EU and Their Relationship with the GPA”. *EPPPL*, vol 11, 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2778686>; TELLES, P. y SCHOONER, S.L. “The Good, the Bad and the Ugly: EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”. *Public Contract Law Journal*, vol. 43, 2013, pp. 3-25.

¹³⁵⁶ BERNAL BLAY, M.A. “Hacia la unidad del...” op. cit. en pp. 365-373; GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley...” op. cit. en pp. 34-39.

3. LA VIGILANCIA POR PARTE DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

Como viene siendo señalando a lo largo del trabajo, consideramos que una de las claves hacia una estrategia integral contra la corrupción en la contratación pública es la instrumentalización de los diferentes actores del procedimiento de contratación. A través de las diferentes técnicas jurídico-administrativas existentes, se deben tratar de crear los incentivos y las herramientas necesarias para que los propios participantes en el proceso lleven a cabo una labor constante de vigilancia. Esta aproximación permitiría, debido a su alcance prácticamente holístico y su escaso –o nulo– coste de implementación, generar un sistema de contratación que alcanzase todos los niveles administrativos y que generase, al fin, el entorno ético que requiere una contratación pública íntegra.

De esta manera, a lo largo de las anteriores páginas se han analizado las posibilidades que ofrece la instrumentalización del control por parte de los licitadores, por un lado – que se garantiza principalmente a través del sistema de recursos–, y de la entidad adjudicadora como sujeto autónomo, por otro –sobre las que la legislación europea de contratos parece poner el foco de la responsabilidad en este nuevo objetivo de probidad en los contratos, especialmente con obligaciones en materia de prevención y control de conflictos de interés. Pero queda, sin embargo, un importante elemento, cuya potencial labor como vigilante, al menos en nuestro país, ha permanecido inadvertida hasta fechas recientes: el empleado público como persona física.

Y es que, en efecto, los empleados participantes o relacionados con el procedimiento tienen probablemente un mayor conocimiento de las relaciones de sus compañeros y las actividades desarrolladas por la entidad adjudicadora, y por tanto una mayor probabilidad de identificación de conflictos de interés y actividades corruptas –en concreto, según un estudio, alrededor del 40% de las actividades fraudulentas detectadas en procedimientos de contratación lo son a través de denuncias de empleados de la

entidad adjudicadora¹³⁵⁷. De hecho, el estudio *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*, encargado por la Comisión Europea, revela que una eventual implantación de canales de denuncias o *whistleblowing* podrían, en efecto, reportar importantes beneficios económicos para las arcas públicas de aquellos sistemas legales que lo apliquen¹³⁵⁸.

Para servirse de dicho conocimiento interno, sin embargo, deben crearse los sistemas de incentivos, canalización y protección convenientes. Determinadas medidas como los canales de denuncia seguros, protección o anonimato de los denunciantes, e incluso incentivos en forma de recompensa en casos detectados, son algunas de las posibilidades cuya viabilidad debe estudiarse para convertir este pilar de información en un factor de supervisión efectivo¹³⁵⁹.

Sin embargo, a pesar de que el mecanismo de protección de denunciantes es conocido desde hace tiempo en la esfera internacional, especialmente en el derecho anglosajón¹³⁶⁰ y la propia CNUCC ya instaba a los Estados Parte a adoptar este tipo de medidas hacia

¹³⁵⁷ WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* op. cit. en p. 111.

¹³⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2017; PIGA, G. “A fighting chance against...” op. cit. en pp. 149-153.

¹³⁵⁹ LUZÓN CÁNOVAS, A., “Instrumentos para la investigación de la corrupción”. En: *Cuadernos penales José María Lidón: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público.*, n.º 11, 2015, pp. 235 y ss.; WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* op. cit. en p. 111; BANCO MUNDIAL. *Benchmark Public Procurement...* op. cit. en pp. 37 y ss.; ARROWSMITH, S. (ed.) *Public Procurement Regulation: an Introduction...* op. cit. en pp. 8 y ss.; OCDE. *G20 Anti-Corruption Action plan Protection of Whistleblowers*. Paris: OEDC publishers, 2011; WORTH, M. *Whistleblowing in Europe: legal protections for whistleblowers in the EU*. Transparency International, 2013; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para...” op. cit. en p. 1.647 y ss.

¹³⁶⁰ En países como Canadá, existen normas de protección de los denunciantes del sector público que denuncian casos de corrupción desde el año 1993, cuando Ontario se convirtió en la primera jurisdicción canadiense en aprobar una legislación de protección de los whistleblowers. McEVOY, J.P. The legal response to whistleblowing in Canada: Managing disclosures by the “up the ladder” principle”. En: THÜSING, G. Y FORST, G. *Whistleblowing – a Comparative Study*. Springer International Publishing, 2016. pp. 33-72 p. 37; Del mismo modo, Reino Unido aprobó en 1998 el *Public Interest Disclosure Act*, que regulaba estas situaciones, y que fue modificado en el año 2013. En EEUU, por su parte, el fenómeno pasó a un primer plano durante los primeros años de la década de los 2000, aunque este país cuenta con una legislación general en la materia ya desde 1863 cuando fue aprobado *False Claims Act*. THÜSING, G. y FORST, G. *Whistleblowing – a Comparative Study*. Springer International Publishing, 2016. p. 6; más allá de los países de la *Commonwealth*, Chile implantó desde hace más de una década un canal de denuncias a través de su órgano centralizado de contratación ChileCompa, si bien este sistema no se encuentra limitado únicamente a los empleados públicos sino que está abierto a la denuncia de cualquier ciudadano de a pie. Disponible en: <http://servicioalusuario.chilecompra.cl/Solicitudes/> GARCÍA JIMÉNEZ, A. “El sistema electrónico...” op. cit. en p. 382.

la integridad¹³⁶¹, pocos países europeos continentales lo implementan, y aquellos que lo hacen apenas han comenzado a aplicar este tipo normativa.¹³⁶²

De hecho, sólo recientemente ha sido identificado por la Comisión Europea como una medida que pueda aportar beneficios a la integridad implementada en procedimientos de contratación pública¹³⁶³. Así, en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*¹³⁶⁴, o más recientemente en la Comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, la Comisión incluye la creación de sistemas de denuncias eficaces en los procedimientos de contratación pública como una de sus prioridades para alcanzar una integridad y una eficiencia adecuadas.¹³⁶⁵ Estos esfuerzos han derivado en la aprobación, el 23 de abril de 2018, de la Proposición de Directiva para la protección del denunciante en la UE, que a falta de aprobación del texto definitivo, deberá ser transpuesta por los Estados Miembros el 15 de mayo de 2021¹³⁶⁶. De esta forma, por primera vez se manifiesta de manera pública y oficial la voluntad de evaluar la viabilidad de una acción horizontal o sectorial de protección de denunciantes en la contratación pública europea.¹³⁶⁷

¹³⁶¹ Así, el Artículo 8.4 de la CNUCC insta acada *Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.*

¹³⁶² En este sentido, países como Italia, Francia o Malta aprobaron sus primeras legislaciones relativas a la protección de los denunciantes en 2013, mientras que otros Estados como Alemania, Bélgica, Austria o la República Checa se encuentran en proceso de negociaciones hacia una primera legislación en la materia. THÜSING, G. Y FORST, G. *Whistleblowing – a Comparative... op. cit.* en p. 6. En el mismo sentido, un estudio de TI alertaba de que, en la UE, únicamente Reino Unido, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia contaban con regulaciones relativamente avanzadas al respecto. WORTH, M. *Whistleblowing in Europe... op. cit.* en p. 8.

¹³⁶³ Una de las primeras referencias a este tipo de medidas se realizó en COMISIÓN EUROPEA. *Libro verde sobre la modernización... op. ci.* en p. 55.

¹³⁶⁴ *Se podría plantear también el desarrollo de herramientas específicas, como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en Internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten. En el anuncio de licitación, la página web del poder adjudicador y otros medios de publicación podrían incluirse referencias al sistema por medio del cual el poder adjudicador o la autoridad de control pueden recibir información de fuentes anónimas o identificadas.* En *Ibidem*.

¹³⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la... op. cit.* en p. 13.

¹³⁶⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law. Bruselas, 23.4.2018 COM(2018) 218 final.

¹³⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la... op. cit.* en p. 13.

En todo caso, la elaboración de este tipo de mecanismos deberá tener en cuenta algunos aspectos fundamentales, entre los que podemos destacar:

(1) El ámbito subjetivo de aplicación o legitimidad activa para denunciar. Es decir, considerar si el sistema se extenderá a todos los funcionarios, empleados del sector público o al público en general. La Proposición de Directiva de la UE parece acoger un concepto de denunciante amplio, que incluiría a toda persona que por razón de su actividad profesional, e independientemente de aspectos formales como la relación contractual o la retribución, tenga acceso a información privilegiada acerca de actividades irregulares que puedan poner en riesgo el interés general¹³⁶⁸.

(2) En el caso de los empleados públicos, también deberá considerarse el nivel o el órgano que evaluará la denuncia y los sistemas utilizados para su canalización. Es conveniente aclarar que, en el sistema de denuncias aquí planteado, la labor del denunciante no se corresponde con la del sistema judicial tradicional, que exige que recaiga sobre aquel la carga de la prueba. Aquí, la carga de la prueba y la labor de investigación debe recaer necesariamente sobre el órgano de recepción de denuncias, que debe ser un órgano capacitado, siendo simplemente la función del delator la de poner en conocimiento determinados hechos o circunstancias en apariencia irregulares que puedan poner en riesgo la integridad de la Administración.

Evidentemente, un sistema de denuncias que deba ser evaluado, por ejemplo, por la Oficina de Supervisión de la Contratación Pública, la Oficina de Conflictos de Interés o cualquier otro órgano central, conllevará un sistema de denuncias centralizado. Este tipo de canales de denuncia ofrecen una mayor independencia y profesionalización en el control, pero pueden presentar, dependiendo del número de denuncias a estudiar, limitaciones en relación con un pretendido alcance a todo el sector público en los diferentes niveles de contratación. Por ello, otra opción es la creación de un sistema “fragmentado” de denuncia, en el que el órgano receptor sea el órgano fiscalizador autonómico, local, e incluso una figura “responsable” dentro de la entidad adjudicadora (interventor, secretario, etc.). Esta organización permitiría la implantación de los canales de denuncia a diferentes niveles, aunque, si no es llevado a cabo con la debida diligencia, puede presentar riesgos relativos a la imparcialidad de los supervisores en

¹³⁶⁸ Artículo 2 de la proposición.

aquellos casos en los que el evaluador de la denuncia es parte de la entidad adjudicadora, debido a la cercanía de éstos al procedimiento de contratación y a la consiguiente falta de independencia.

En este sentido, la Proposición de Directiva pretende mitigar las posibles deficiencias señaladas en cada modelo, y para ello prevé un sistema de denuncias dual, de forma que se configuren canales de denuncia internos (artículos 4 y 5) –a nivel de la empresa u entidad pública– y externos (artículos 6 y ss.) –que serán aquellos que deban dirigirse hacia un órgano fiscalizador especializado. Estos canales funcionarán, en cierto modo, a modo de primera y segunda instancia, de forma que, para poder recurrir a un canal de denuncias externo: (1) el denunciante debe haber denunciado previamente en un canal interno que se ha demostrado ineficaz; (2) aun no habiendo hecho uso de éste, se prevé de forma razonable su ineficiencia en relación a la información proporcionada; o (3) no existido dicho canal interno.

En todo caso, un sistema moderno de denuncias debe realizarse a través de canales electrónicos, que permitan, por un lado, asegurar la confidencialidad de las informaciones y el sujeto informador, y por otro, garantizar una completa trazabilidad de las comunicaciones que facilite eventuales aspectos probatorios o motivacionales y, en definitiva, que garantice la seguridad jurídica¹³⁶⁹.

(3) Sistemas de protección del denunciante. A través de diversos mecanismos, se debe prevenir la figura del denunciante frente a posibles represalias laborales y/o sociales,¹³⁷⁰ ya que, en el complejo proceso decisorio que lleva a un empleado a informar sobre una irregularidad, la propia integridad personal adquiere un peso importante¹³⁷¹. En concreto, se deberá atender la posibilidad de asegurar el anonimato o,

¹³⁶⁹ Como afirma CERRILLO I MARTÍNEZ: *los medios electrónicos pueden tener un papel relevante en la protección de los alertadores, denunciantes o informantes protegiendo su anonimato o garantizando la seguridad de sus datos personales y de la información aportada*. *los medios electrónicos pueden garantizar la seguridad de los datos personales aportados por el alertador, denunciante o informante y, en general, de toda la información relativa a la denuncia*. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 2, 2016, pp. 199-236 en p. 224; véase también el artículo 11 de la Propuesta de Directiva citada anteriormente.

¹³⁷⁰ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos de...” *op. cit.* en p. 1.647.

¹³⁷¹ RANGONE, N. “A behavioural approach...” *op. cit.* en pp. 76 y ss.

debido a los problemas que las denuncias anónimas presentan para la seguridad jurídica del sistema¹³⁷², aspectos relacionados con la confidencialidad y la protección –en particular, resguardo frente a posibles traslados, reducción de responsabilidades, aspectos salariales, vigilancia en relación con posibles abusos del sistema de sanciones disciplinarias o acoso laboral con posterioridad a la denuncia, etc.¹³⁷³.

(4) En caso de que el denunciante fuera parte del entramado corrupto, se puede valorar la posibilidad de establecer sistemas de exoneración de responsabilidades civiles, disciplinarias o penales en relación con los hechos denunciados, o, al menos, rebajas sustanciales de las penalidades impuestas, algo sobre lo que la Propuesta de Directiva mencionada parece no pronunciarse.

(5) Por último, e igualmente ausente en la Propuesta de Directiva, se puede estudiar la posibilidad de instaurar mecanismos de recompensa para aquellos denunciantes que proporcionan información valiosa¹³⁷⁴, aunque su efecto real sobre el número o la fiabilidad de las denuncias no ha sido demostrado¹³⁷⁵. Este premio puede determinarse, por ejemplo, como un porcentaje de las cantidades percibidas por la Administración tras la resolución del caso¹³⁷⁶.

En España, por su parte, todo parece indicar que la futura Ley Omnibus contra la corrupción, que se encuentra en trámite parlamentario a la fecha de finalización del presente trabajo, regulará por primera vez a nivel nacional el estatuto del denunciante en casos de corrupción¹³⁷⁷. A expensas del texto final, la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes considera denunciante *los altos cargos, los funcionarios y el resto del personal al servicio del sector público que revelen información con apariencia suficiente de veracidad sobre hechos que puedan*

¹³⁷² CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El papel de...” *op. cit.* en p. 222; McCARTHY, R.J. “Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers”. *William & Mary Policy Review*, vol. 3, 2012, pp. 184 y ss.

¹³⁷³ *Blueprint principles for whistleblower protection*. Disponible en: <https://blueprintforfreespeech.net/wp-content/uploads/2016/04/Blueprint-Principles-Online.pdf>; este extremo también se ha presentado como problemático en su implantación en el sector privado. Véase PUYOL, J. *El funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 173 y ss.

¹³⁷⁴ RAGUÉS Y VALLÈS, R. *Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 57 y ss.

¹³⁷⁵ RANGONE, N. “A behavioural approach...” *op. cit.* en p. 77.

¹³⁷⁶ *Blueprint principles for whistleblower protection*. Disponible en: <https://blueprintforfreespeech.net/wp-content/uploads/2016/04/Blueprint-Principles-Online.pdf>

¹³⁷⁷ SÁNCHEZ, L.J. “La Ley omnibus contra la Corrupción modificará gran parte de nuestra normativa actual”. Confifegal, 1 de febrero de 2018. Disponible en: <https://confifegal.com/20180201-la-ley-omnibus-contra-la-corrupcion-modificara-gran-parte-de-nuestra-normativa-actual/>

*ser constitutivos de delito o infracción administrativa, en particular delitos contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública, o sobre hechos que puedan dar lugar a responsabilidades por alcance*¹³⁷⁸. La extensión de la figura del denunciante, y por tanto de la protección, a todo el sector público, y no sólo a la Administración Pública, es una característica importante de cara a su eventual aplicación en materia de contratos públicos, ya que consideramos que responde satisfactoriamente al ámbito subjetivo de la LCSP17.

En esta misma línea, algunas CCAA ya se han adelantado al Estado y la UE en la regulación de estas figuras de denunciantes y los canales de denuncia. Es el caso de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas (Aragón) en sus artículos 45 a 47; la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana en su artículo 14; e incluso iniciativas independientes a nivel local como el Ayuntamiento de Barcelona y su Buzón Ético y de Buen Gobierno¹³⁷⁹.

En definitiva, la articulación de un sistema de incentivos y medios que permita beneficiarse de los conocimientos de los empleados públicos como personas próximas al proceso, transformándolos en vigilantes, debe ser una de las prioridades de la estrategia de contratación pública. Su implantación práctica presenta algunos interrogantes organizativos que deberán ser resueltos en los próximos años y que sin duda serán objeto de debate, pero las recientes iniciativas a los diferentes niveles legislativos para implantar un sistema de protección del denunciante a escala europea no pueden sino ser valorados de manera altamente positiva.

4. LA SOCIEDAD CIVIL COMO SUJETO ACTIVO DEL SISTEMA

Numerosos estudios han demostrado cómo la implicación de la sociedad civil como “vigilante” del gasto público tiene efectos positivos en la lucha anticorrupción, llamando

¹³⁷⁸ Texto de la proposición y enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-33-4.PDF

¹³⁷⁹ Disponible en: <https://ajuntament.barcelona.cat/bustiaetica/es>

la atención sobre la importancia de dotar de capacidad a los ciudadanos para actuar sobre la información que reciben, ya que de otra forma la transparencia quedaría reducida, en el ámbito del control y participación ciudadana, a un elemento simbólico¹³⁸⁰. Tal y como afirma RODRÍGUEZ-ARANA, la nueva funcionalidad de la Administración Pública exige que el derecho administrativo no se limite a controlar o regular la actuación administrativa, sino que debe crear una adecuada intercomunicación para con los agentes sociales de cara a redefinir el concepto de control y de participación ciudadana en la vida pública¹³⁸¹. Los ciudadanos no han de ser ya meros sujetos pasivos en el nuevo sistema de contratación pública, sino que, como titulares últimos del interés general, deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la actividad pública¹³⁸². No obstante, no debemos obviar que el tipo de participación idóneo por parte de la sociedad civil dependerá de las particularidades de cada país, así como de las peculiaridades del sector.¹³⁸³

En primer lugar, conviene señalar algunos mecanismos de participación civil en los procedimientos de contratación que ya se han señalado con anterioridad, como son los pactos de integridad. Estos medios de participación, si bien por su complejidad y coste no pueden ser aplicados a todos los niveles de contratación¹³⁸⁴, son una herramienta especialmente útil para aquellos contratos complejos o de alto riesgo. El control civil aquí se materializa en las figuras de los expertos externos. Estos supervisores, sin embargo, carecen –al menos en las experiencias estudiadas– de fuerza vinculante en su fiscalización de la actividad contractual, como ya ha apuntado DE GUERRERO

¹³⁸⁰ LINDSTEDT, C. y NAURIN, D. “Transparency is not...” *op. cit.* en pp. 301-322; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “La transparencia en...” *op. cit.* en p. 807; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “La contratación abierta en la futura ley de contratos del sector público”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 150, 2017, pp. 6-20; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para...” *op. cit.* en p. 1.625; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción” . *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, n.º 15, 2016.

¹³⁸¹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. “Reflexiones sobre la regeneración...” *op. cit.* en en p. 43; en el mismo sentido, CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Las compras abiertas...” *op. cit.*

¹³⁸² OCDE. *Preventing corruption in public procurement*. OCDE Publishers, 2016

¹³⁸³ MUNGIU-PIPIDI, A. *Contextual Choices in...* *op. cit.* en p. 17.

¹³⁸⁴ Por ejemplo, en un periodo de 4 años, la Comisión Europea ha destinado 7,2 millones de euros a la implementación de un programa de pactos de integridad. “Integrity Pacts” Consulta el 3 de julio de 2017. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/es/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/#4; en el caso del pacto de integridad firmado por TI y el Ayuntamiento de Madrid, el coste fue de 50.000 euros cofinanciados por las dos partes. Véase: “Contenidos Básicos de Pacto de Integridad Suscrito por TI-España y el Ayuntamiento de Madrid”. Consulta el 11 de julio de 2017. Disponible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/contenidos_basicos_pacto_integridad_ayto_madrid.pdf

MANSO¹³⁸⁵. Para evitar que el esfuerzo económico y humano que supone el trabajo de los expertos caiga en saco roto, quizá deban estudiarse canales de denuncia de los expertos con respecto a órganos superiores de control en caso de desobediencia flagrante del poder adjudicador.

Una segunda alternativa, para estos casos en los que la participación ciudadana se encuentra canalizada en figuras concretas, es a través de una legitimación activa para interponer recurso especial ante los tribunales contractuales en aquellos casos en los que esté en juego la integridad de las actuaciones¹³⁸⁶. Esta interpretación, entendemos, está en consonancia con la tendencia legal y jurisprudencial a ampliar la legitimidad a determinadas personas, físicas o jurídicas, representantes de intereses colectivos que pudieran verse afectados por el contrato, como pone de manifiesto, por ejemplo, el hecho de que en la nueva LCSP17 se permite a los Sindicatos recurrir cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En el mismo sentido, una reiterada jurisprudencia del TC y los tribunales contractuales ha admitido legitimación para interponer recurso a otros órganos en representación de los intereses de una colectividad como los colegios de arquitectos (STC 38/2010, de 19 de junio), asociaciones de empresas (Acuerdo 36/2012, de 21 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), federaciones de empresas (Acuerdo 38/2012, de 10 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón), o concejales (Acuerdo 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón)¹³⁸⁷.

¹³⁸⁵ DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto...” *op. cit.*

¹³⁸⁶ Si bien importantes autores han defendido la implanación de una acción popular en el sistema de recursos administrativos para casos de corrupción (véase PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en p. 137; REGO BLANCO, M.D. *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urba- nístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005), nosotros entendemos que una legitimación tal podría, debido a un predecible aumento radical del número de recursos, poner en riesgo la agilidad del sistema de recursos y la propia eficiencia de las decisiones judiciales en la materia.

¹³⁸⁷ En relación a la participación del concejal, consideramos oportuno citar aquí el análisis realizado por GIMENO FELIÚ sobre la justificación de la legitimidad de estas figuras: [...] *Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de Octubre de 2009 (recurso 27/2007), que avala a concejales y diputados para impugnar los actos de los entes locales respectivos sean dictados por los órganos colegiados de que*

Todos ellos reconocen la legitimación activa a diferentes figuras que actúan en representación de una colectividad de intereses que pueden verse perjudicados por la actividad contractual, algo que viene ahora legitimado en el artículo 48 de la LCSP17, que extiende la legitimación a aquellos intereses individuales como colectivos y que sean afectados de manera tanto directa como indirecta¹³⁸⁸. Es innegociable, en relación a lo expuesto, que la corrupción y las prácticas deshonestas lesionan gravemente los intereses de la ciudadanía, y por ende, cabría plantearse si los observadores externos de un pacto de integridad, en tanto representantes de la sociedad civil en el contrato y garantes de la ética pública, deberían tener acceso al sistema de recursos como contrapeso al carácter no vinculante de sus recomendaciones; e incluso, en la misma línea, y para aquellos contratos que no disponen de pacto de integridad, si podría reconocerse dicha legitimidad a determinadas organizaciones defensoras de la integridad, como TI, en tanto representantes de intereses colectivos, para aquellos casos en los que efectivamente esté en riesgo la probidad de la Administración¹³⁸⁹. Este tipo de representaciones ciudadanas, además, carecen de carácter político, por lo que, en un principio, no cabría limitar su participación en base a dicho argumento, como sí se hace, a nuestro juicio de forma correcta, para los partidos políticos, debido al riesgo de

forman parte o por los órganos unipersonales. Idéntica doctrina se contiene en la STS de 10 de mayo de 2012 (recurso 3597/2012) afirmando que existe una legitimación «ex lege», que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores , a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico, no tratándose de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los diputados de una Diputación y los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación — de controlar su correcto funcionamiento, como único medio , a su vez , de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. GIMENO FELIÚ, J.M. Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España. Observatorio de Contratación Pública, 2015. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBPC_RECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7

¹³⁸⁸ SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J. “Procedimiento del recurso especial en materia de contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 667-688 en p. 668.

¹³⁸⁹ Algunos autores ya han abordado determinadas posibilidades de participación de la sociedad civil en el procedimiento de control de la contratación. En particular, véase PONCE SOLÉ, J. “La prevención de la corrupción...” *op. cit.* en pp. 93-140; GIMENO FELIÚ, J.M. “El necesario Big-Bang...” *op. cit.*; VICENTE DAVILA, F. “La dimensión colectiva del derecho a una buena administración contractual: ¿un status de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?”. *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.343/relmenu.3/chk.cd59d767f2ec7d7817405db67dd9a36e>

utilización del recurso como arma de guerra política, en los Acuerdos 28 y 30/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón¹³⁹⁰.

Una tercera vía de actuación en este sentido estaría encaminada a complementar a las anteriores hacia una participación de la sociedad civil en todos los escalafones de la contratación pública –especialmente en pequeñas entidades adjudicadoras u órganos descentralizados. Como advierte SCHMIDT-ASSMANN, en estos casos, cuando se echa mano de la opinión pública como método de control, hay que tener presentes las particularidades de ésta, ya que no se trata de uno de los poderes tradicionales e institucionalizados, sino que actúa de manera espontánea y desorganizada. Esto, que puede ser considerado como una ventaja, implica también que la opinión pública selecciona sus asuntos de interés –y por tanto de control– de una forma un tanto aleatoria y generalmente por un tiempo determinado, haciendo impredecible su comportamiento. Es por ello que un eventual control por parte de la sociedad civil no debe dejarse al arbitrio de los bandazos informativos ni de los intereses pasajeros que puedan surgir en el pueblo, o peor aún, a merced de aquellos grupos de interés que tengan una mayor capacidad para movilizarla.¹³⁹¹ De esta forma, los procedimientos de control civil, si bien pueden reportar importantes beneficios al sistema de contratación pública, deben ser debidamente orientados a través de determinados mecanismos compensatorios. Uno de los mecanismos más populares en este sentido son los canales de denuncia o participación ciudadana, que actúan a modo de mera fuente de información, y los cuales, sin embargo, entendemos que deben ser diferenciados de los utilizados para denuncias de empleados públicos.

¹³⁹⁰ *Es a todas luces evidente, que el recurso especial, no está concebido para garantizar la participación en los debates parlamentarios, en las Cortes de Aragón, a los que los Grupos y Diputados tengan derecho. Cuestionar la calificación jurídica de un contrato, con el objeto y fin de que sea objeto de debate parlamentario en las Cortes de Aragón, no sólo acredita la falta de legitimación, por inexistencia de interés directo; sino que está fuera del alcance de la competencia objetiva del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Véanse a su vez los comentarios de GIMENO FELIÚ en la memoria final de su mandato como presidente del Tribunal, en las páginas 22 y siguientes, en las que recalca que los Tribunales no son un lugar adecuado para la extensión del ámbito natural del debate político*

¹³⁹¹ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general... op. cit.* en p. 377-378.

La opción de aunar en un solo buzón de denuncias las realizadas por la ciudadanía y por los empleados públicos¹³⁹², supone a nuestro juicio, un error de interpretación en el análisis de las características de los delatores y de los diferentes niveles de denuncia, ya que existen diferencias sustanciales entre ambos actores y sus posibles grados de actuación que deben ser tenidas en cuenta. Las denuncias por parte de los empleados públicos se dan en aquellos casos en los que el órgano de contratación, en términos globales, se considera corrupto –ya que, de lo contrario, el empleado público dispone de un canal de comunicación directo con el gestor del contrato para comunicarle las posibles áreas de riesgo o irregularidades–, y por ende no realiza con debida diligencia su función de prevención de manera voluntaria. Estas denuncias, por tanto, deberán ser recibidas necesariamente por un órgano de fiscalización independiente o superior al órgano gestor la entidad adjudicadora, ya se a nivel interno, dentro de la misma entidad, o externo.

Sin embargo, las informaciones vertidas por la sociedad civil pueden ser de utilidad, al menos, en dos diferentes niveles. Debido a la importante responsabilidad como garante de la integridad que la normativa europea atribuye al órgano de contratación, la información del denunciante civil debe ser transmitida, en primera instancia, a la entidad adjudicadora como gestor directo del contrato, en tanto sujeto activo en el control de la integridad. La utilidad de estos actores civiles aparece aquí ligada principalmente a la función de detección de conflictos de intereses y otras relaciones informales entre sujetos participantes en el procedimiento, algo que requiere un canal de denuncia directo con la entidad adjudicadora –y no con organismos superiores de supervisión–, ya que como hemos visto es a ésta a la que la nueva legislación traslada la responsabilidad de velar por la prevención y erradicación de estas anomalías. La Comisión Europea y la OLAF están, de hecho, promoviendo el uso de informaciones no oficiales y la ausencia de necesidad en la formalidad de la información suministrada al órgano de contratación para iniciar las investigaciones, especialmente en lo que se refiere a la prevención de los conflictos de interés (que es donde el poder adjudicador tiene capacidad efectiva de actuación), si bien matizan que estas informaciones no pueden considerarse una prueba *per se*. La información puede incluir noticias e

¹³⁹² Esta opción ha sido implantada con relativo éxito en Chile. Disponible en: <http://servicioalusuario.chilecompra.cl/Solicitudes/> ; o también en el mecanismo elaborado por el Ayuntamiento de Barcelona disponible en: <https://ajuntament.barcelona.cat/bustiaetica/es>

investigaciones llevadas a cabo por medios de comunicación, informaciones de ciudadanos particulares, etc.¹³⁹³.

Cuando esta información no es atendida o las prácticas denunciadas afectan al órgano de contratación al completo, o en el momento en el que las informaciones supongan un comportamiento corrupto consumado, las denuncias civiles deben ser canalizadas a través de un órgano superior de fiscalización o control. En estos casos, el órgano de contratación carece de margen de actuación real y corresponde a los tribunales o a los organismos de control competentes enjuiciar la parcialidad de las actuaciones (tribunales de recursos contractuales) o la posible responsabilidad administrativa (tribunales contencioso-administrativo) o penal (tribunales penales) de las personas implicadas. Sin embargo, debido a que, a diferencia de lo que ocurría con los denunciantes, las informaciones de la sociedad civil no provendrán generalmente de un acceso a información privilegiada sino de percepciones, suposiciones o apreciaciones, esta información deberá ser especialmente comprobada y filtrada por el órgano receptor, el cual se tendrá que enfrentar, con seguridad, a un elevado número de comunicaciones.

Esta situación parece invitar, a nuestro juicio, a crear una doble vía de denuncia para las denuncias ciudadanas –una hacia la propia unidad de gestión del órgano de contratación y otra a un órgano de supervisión independiente–, que no debe ser integrada en la estructura de vigilancia de los empleados públicos, cuyo procedimiento de denuncia exige una serie de garantías mayores. Los diferentes niveles de actuación en materia de integridad no pueden ser ignorados a la hora de determinar las estructuras y procesos informativos, ya que de su correcto diseño puede depender su efectividad, y, por ende, la construcción de un sistema ético de contratación.

Por último, no debemos obviar que los medios electrónicos deben, de nuevo, jugar un papel importante en la canalización de la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción y, en particular, para facilitar la información proporcionada y asegurar un

¹³⁹³OLAF. *Detección de conflictos ... op. cit.* en pp. 22 y ss.; de hecho, los medios de comunicación pueden desempeñar una labor central en la visibilización de los problemas relacionados con la integridad, como bien afirma ARTERO MUÑOZ, J.P. “Medios de comunicación, derecho a la información y corrupción”. En: VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.M.; TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 109-124.

eventual rastreo y registro de la misma¹³⁹⁴. Al respecto, se puede traer a colación como ejemplo el caso de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude que ha desarrollado un mecanismo de denuncia en línea (*Fraud Notification System*) a través del que el denunciante puede informar sobre el tipo de fraude observado, el momento en que ha ocurrido, así como cualquier otra información que pueda ser de interés y utilidad para la investigación¹³⁹⁵.

Se trata, en definitiva, de un elemento de gran importancia en la creación de un sistema de contratación íntegro y de vigilancia continua, para cuya construcción no pueden obviarse determinados elementos estructurales de la contratación pública. En nuestro sistema europeo y nacional de contratación, la instrumentalización de elementos esenciales como los empleados y la población civil se encuentra aún en un estado embrionario. Por ello, consideramos que se trata de una extraordinaria oportunidad para construir un sistema informativo racional y maduro en el que se tengan en cuenta las posibilidades y limitaciones de cada uno de los actores.

5. LA EVALUACIÓN *EX POST* Y LA CORRECCIÓN DE POSIBLES DEFICIENCIAS

Como herramienta de cierre del sistema de prevención, debe existir necesariamente un sistema de evaluación *ex post* que cumpla una doble función: (1) por un lado, identificar posibles prácticas irregulares no detectadas durante el proceso, de cara a exigir la correspondiente responsabilidad; y por otro (2) descubrir posibles deficiencias del sistema, de manera que el desarrollo y posibles modificaciones organizativas del sistema de contratación respondan a ciertos riesgos o anomalías detectadas.

La primera de estas dos funciones se lleva a cabo por dos figuras considerablemente distintas pero esenciales para una correcta rendición de cuentas del sistema: organismos de control y ciudadanía –a su vez, la función de ésta en su aplicación *a posteriori* debe ser diferenciada de la que se viene de exponer en el apartado anterior. Ambas figuras tienen características considerablemente diferenciadas que implican un enfoque desigual del control en ambos niveles. En este sentido conviene tener presente de nuevo

¹³⁹⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Las compras abiertas...” *op. cit.*

¹³⁹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “El papel de...” *op. cit.* en p. 221.

la ya mencionada naturaleza funcional de la transparencia, en la que supone un elemento trascendental el destinatario de la información: la información debe ser presentada de manera transparente, es decir, comprensible para el destinatario al que va dirigida¹³⁹⁶, ya que, como sostiene WEIL, las políticas de transparencia sólo funcionan si ofrecen a los usuarios la información que necesitan de la forma en que la necesitan¹³⁹⁷. Y es que un aumento de información no deriva necesariamente en una mayor transparencia, en incluso puede tener el efecto contrario¹³⁹⁸. Tal y como afirma el reputado filósofo Byung-Chul HAN, *un aumento de información y de comunicación no esclarece por sí solo el mundo. [...] La masa de información no engendra ninguna verdad. Cuanta más información se pone en marcha, tanto más intrincado se hace el mundo. La hiperinformación y la hipercomunicación no inyectan ninguna luz en la oscuridad.*¹³⁹⁹

Este razonamiento se aplica esencialmente a aquella información destinada al público en general. La Comisión estima que estos datos de diagnóstico de la contratación deben hacerse públicos de forma que la sociedad civil participe en el control *ex post* de la corrupción.¹⁴⁰⁰ Pero para un efectivo control por parte del ciudadano, la información proporcionada no puede representar una complejidad tal que únicamente una parte reducida de la población pueda interpretarla¹⁴⁰¹. Mientras el control ciudadano preventivo o a tiempo real durante el procedimiento de contratación debe realizarse necesariamente sobre material informativo *en bruto* para salvaguardar la agilidad del procedimiento, un control ciudadano *ex post* precisa de información tratada o simplificada. El procesamiento y selección de información para su comprensión intuitiva, de forma que favorezca la identificación de tendencias anómalas en el mercado público o de comportamientos extraños, se antoja un elemento básico¹⁴⁰².

¹³⁹⁶ POPESCU, A.I. "Public procurement corruption in the European Union". *Journal of Public Administration, Finance and Law*, número especial 1/2014, pp. 7-16 en p. 13; AMOEDO SOUTO, C. "La transparencia contractual..." *op. cit.* en pp. 275.

¹³⁹⁷ WEIL, D., FUNG, A., y GRAHAM, M. "Targeting transparency". *Policy Forum Science and Regulation*, vol. 340, 2013, pp. 1410-1411.

¹³⁹⁸ ARANDA ÁLVAREZ, E. "Una reflexión sobre..." *op. cit.* en pp. 214-233.

¹³⁹⁹ CHUL HAN, B. *La sociedad de la transparencia*. Traducción de Raúl Gabás. Barcelona. Herder Editorial, 2013, pp. 79-80; en el mismo sentido, véase BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Procedimientos administrativos y..." *op. cit.* en p. 51.

¹⁴⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la...* *op. cit.* en p. 12.

¹⁴⁰¹ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Public transparency as..." *op. cit.* en pp. 1-24

¹⁴⁰² CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Las compras abiertas..." *op. cit.*

Una publicidad de determinados datos fáciles de asimilar por la población general, como los contratos celebrados, su importe, el número de licitadores y el adjudicatario final del contrato, o las eventuales modificaciones y su cuantía, u otros indicadores sencillos pueden favorecer un control ciudadano con mayor garantía que un control basado en expedientes completos. Una publicidad excesivamente detallada puede restar transparencia al sistema de contratos de cara a la sociedad civil general, debido a la existencia de una cantidad inabarcable de información altamente compleja. Un registro central en el que se encuentren publicados todos los contratos de forma íntegra –con documentos completos– cumple con la publicidad formal, pero no actúa de forma transparente si nuestro interlocutor pretende ser el público general. Por ello, el desarrollo de portales web y aplicaciones intuitivas, en las que puedan filtrarse contenidos en base al importe, la entidad adjudicadora, el adjudicatario, modificaciones e incluso por proximidad geográfica u otras características que puedan ofrecer indicadores de falseamiento de competencia y prácticas irregulares, puede ser una herramienta más efectiva que una mera publicación de los contratos, en lo que se refiere, al menos, al control *ex post* por parte de la sociedad civil. A este fin pueden ser especialmente útiles herramientas como la inteligencia artificial, que como ha apuntado PONCE SOLÉ, permitiría generar una verdadera automatización del procesamiento de datos y extracción de información relevante, construyendo una verdadera *actividad administrativa automatizada*¹⁴⁰³, y liberando a los pequeños municipios de una tarea que ahora mismo se configura como el principal desafío que las pequeñas entidades adjudicadoras pueden encontrar en la implementación de esta tipología de transparencia procesada¹⁴⁰⁴.

En este nivel, es de resaltar el portal Contratos Públicos Transparentes, creado de manera conjunta por TI España y el Observatorio de Contratación Pública, en el que se proporciona un sistema sencillo e intuitivo para que cualquier ciudadano pueda realizar un análisis del mercado de contratos públicos, y en el que se pueden examinar de manera sencilla diferentes tendencias del mercado a través de filtros de tipo de administración, tipo de contrato, tipo de procedimiento, año, o adjudicatario. La

¹⁴⁰³ MARTÍN DELGADO, I. “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”. *Revista de Administración Pública*, n.º 180, 2009, pp. 353-386.

¹⁴⁰⁴ PONCE SOLÉ, J. “La prevención de riesgos...” *op. cit.* en p. 12.

plataforma que a fecha de mayo de 2017 registraba más de 52.000 licitaciones celebradas por más de 1.900 entidades adjudicadoras (correspondiente a aquellas administraciones que tienen publicado su perfil del contratante en la Plataforma de Contratos del Sector Público),¹⁴⁰⁵ puede ser un punto de referencia que, en colaboración con las políticas de transparencia y las ventajas informativas que ofrece la contratación electrónica, represente el punto de control civil *ex post* de la contratación administrativa. Se trata, en definitiva, la única herramienta existente hasta la fecha en nuestro país que permite la implementación práctica de indicadores de corrupción sobre los datos obtenidos gracias a la publicidad contractual, permitiendo, por tanto, la identificación de las áreas de riesgo y priorizando los contratos investigados.

Al mismo tiempo, un acceso a los datos en bruto puede ser de interés en relación al control social para aquellos organismos profesionalizados dedicados al control de la integridad, y por tanto, capacitados para realizar estudios propios en la materia (medios de comunicación, ONG como TI, etc.). Este tipo de transparencia colaborativa, en la que se hace uso de un determinado agente social para el tratamiento de la información, requiere para su éxito que los datos disponibles en las Administraciones Públicas –en este caso sí que se requiere un importante detalle en la información– permitan un tratamiento reutilizable para crear visiones globales que permitan identificar los puntos débiles del sistema nivel global o puntual¹⁴⁰⁶. El tratamiento de datos y los sistemas de procesamiento de *big data*, que permiten dotar de significado y convertir en conocimiento válido aquellos datos que por sí mismos no aportan ningún valor, se configuran como un elemento esencial en el marco de esta transparencia colaborativa¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ Sitio Web de *Contratos Públicos Transparentes*. Consulta el 29 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.contratospublicotransparentes.es/transparencia/home/>

¹⁴⁰⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de...* op. cit. en pp. 106 y ss; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos de...” op. cit. en 1.620 y ss.; MELLADO RUIZ, L. *El principio de transparencia...* op. cit. en pp. pp. 111-113. MARTÍN DELGADO, I. “El uso de...” op. cit. en p. 1687. Véase también, de forma más amplia, FUNG, A., GRAHAM, M. y WEIL, D. *Full disclosure. The perils and promise of transparency*. New York: Cambridge University Press, 2007, pp. 169 y ss. En este sentido, puede verse el ejemplo de ChileCompra, que a través de un Sistema informatizado y de centralización de datos realiza, de forma anual, un informe de los principales indicadores, comportamientos y tendencias globales de su sistema de contratos públicos. Véase el informe de indicadores correspondiente a 2016 en: <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/11/Indicadores-2016.pdf>

¹⁴⁰⁷ Sobre la utilización del big data para luchar contra la corrupción y asegurar una transparencia efectiva, son de especial interés los trabajos de FAZEKAS. Por todos, véase FAZEKAS, M. y KOCSIS,

En el segundo nivel señalado, esto es, en la labor de control de los organismos independientes, las prioridades del sistema de transparencia difieren ligeramente. Frente al reto del tratamiento de datos al servicio de la comprensibilidad exigido para un control civil efectivo, el control profesionalizado por organismos de control públicos depende en esencia de dos variables: la cantidad de datos disponibles, es decir, la accesibilidad, y las herramientas para identificar puntos de riesgo dentro de la vorágine informativa.

Para el primero de los elementos es trascendental una correcta implantación de la contratación electrónica¹⁴⁰⁸ en un sentido amplio, es decir, entendida como la aplicación de las tecnologías a cualquier aspecto del procedimiento que permita almacenar y registrar información¹⁴⁰⁹. A través de un sistema informático de contratación que permita a los organismos de control el acceso a grandes cantidades de contratos de forma sencilla, la labor de estos instrumentos de vigilancia se dotará de una mayor eficiencia. La contratación electrónica no es, en este sentido, un fin en sí misma, sino un instrumento al servicio de la integridad¹⁴¹⁰. Aquí conviene citar, como ejemplo positivo, en cuanto a la contratación electrónica, el TED (*Tender Electronic Daily*) y la obligatoriedad de utilizar el sistema e-CERTIS para la comprobación de documentos y

G. "Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data". *British Journal of Political Science*, 24 de agosto de 2017.

¹⁴⁰⁸ Las bondades de un eventual sistema de contratación electrónica como parte ineludible de la implantación de la e-Administración han sido abordados desde hace más de una década por los principales expertos en la materia, que han destacado las bondades que las comunicaciones y sistemas de almacenamiento de datos electrónicos pueden tener para la eficiencia, pero sobre todo la integridad, en la ejecución de fondos públicos. Así, véanse, por todos: GIMENO FELIÚ, J.M. "La contratación pública electrónica y el mundo local". En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (Dir.) *Informe sobre la Administración electrónica local*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2008, pp. 205 y ss.; MORENO MOLINA, J.A. "Administración electrónica y contratación pública". En: PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.) *Administración electrónica y ciudadanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 743 y ss.

¹⁴⁰⁹ De otro lado encontraríamos una noción estricta o integral de contratación electrónica que implicaría la realización de todas las actuaciones por medios electrónicos, incluida la valoración de las ofertas. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. "El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE". En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 241-251; MARTÍN DELGADO, I. "El uso de los medios electrónicos en la contratación pública". En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.657-1.714 en p. 1658; GALLEGO CÓRCOLES, I. "La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo". *Noticias de la Unión Europea*, n.º 298, 2009, p. 54; MEDINA ARNAIZ, T. "La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica". *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 22, 2010, p. 75; CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Las compras abiertas..." *op. cit.*

¹⁴¹⁰ MARTÍN DELGADO, I. "El uso de..." *op. cit.* en p. 1658.

certificados en el marco de la contratación en la UE¹⁴¹¹. La Comisión ha puesto de manifiesto cómo la consecución de un sistema de contratos que funciones de manera íntegramente electrónico es una de las claves para una compra pública ética.¹⁴¹² La contratación electrónica, desde este punto de vista, no es un fin en sí misma, sino una herramienta que debe ser utilizada para servir al control de la honestidad, probidad y la buena gestión en materia de contratación¹⁴¹³. Esta necesidad de datos utilizables a nivel de la UE ha sido, por otro lado, evidenciada por la doctrina y las instituciones europeas¹⁴¹⁴, de forma que la nueva legislación intenta impulsar la corrección de dicha situación.

Se trata, en definitiva, de ofrecer a los órganos de control una visión global y completa del sistema, un mapa de riesgos que les permita “seleccionar” los elementos de peligro que merecen un examen exhaustivo, de facilitar el seguimiento y los patrones de conducta a gran escala de los poderes adjudicadores y los licitadores, permitiendo identificar tendencias y anomalías¹⁴¹⁵.

Como algunos autores han apuntado, es necesaria la creación de una base de datos suficientemente amplia y equilibrada que permita realizar una evaluación de la efectividad de las medidas adoptadas, así como de los posibles peligros o puntos vulnerables a la corrupción dentro del sistema de contratación.¹⁴¹⁶ Por ello, la estructuración de una red de datos accesibles y utilizables es una de las prioridades

¹⁴¹¹ *Ibidem*.

¹⁴¹² COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la... op. cit.* en p. 12;

¹⁴¹³ La doctrina venía insistiendo sobre este papel higienizante que los medios electrónicos pueden desempeñar en los procedimientos de contratación si es utilizada de manera correcta. Así, a modo de ejemplo, véanse MORENO MOLINA, J.A. “La importancia de los principios generales de la contratación pública” En: MORENO MOLINA, J.A. *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación a las Entidades Locales*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, 2008, pp. 65-102; CEMCI; ANDERSEN, T.B. “E-Government as an anti-corruption strategy”. *Information Economics and Policy*, 21 (3), 2009, pp. 201-220.

¹⁴¹⁴ MORENO MOLINA, J.A. “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública”. *Revista de Administración Pública*, 204, 2017, pp 343-373 en pp. 357 y ss.

¹⁴¹⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *El principio de... op. cit.* en p. 155; TÁTRAI, T. “EU public procurement...” *op. cit.* en p. 500; PONCE SOLÉ, J. “La prevención de riesgos...” *op. cit.* en p. 13.

¹⁴¹⁶ FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public...” *op. cit.* en p. 262; CAMPOS ACUÑA, C. *Compliance en la... op. cit.* en pp. 100-102; LORENZONI, L. “Risk-based approaches towards corruption prevention”. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 111-121

señaladas por la Unión Europea en su comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, que afirma que:

*Para preparar respuestas políticas adecuadas es esencial disponer de datos fiables. La transformación digital, la creciente abundancia de datos en general y la disponibilidad de normas de datos abiertos ofrecen oportunidades para establecer mejores análisis con objeto de elaborar políticas basadas en las necesidades y sistemas de alerta para señalar y combatir la corrupción en la contratación pública.*¹⁴¹⁷

En relación con todo lo anterior, los órganos de control deben adoptar, cada vez más, una aproximación funcional, y no legalista, a la gestión propia de recursos humanos y su focalización en determinados contratos o sectores. A día de hoy, la existencia de numerosos sistemas de indicadores, unido a la implantación de los sistemas electrónicos, permiten una racionalización mayor de los esfuerzos, atendiendo a las áreas de riesgo y no a criterios meramente legales o cíclicos. El flujo de información debe permitir de forma adecuada identificar situaciones de riesgo a niveles micro (contrato a contrato) y realizar evaluaciones globales a nivel macro (en el sistema de contratación a nivel nacional o europeo). En España encontramos algunas iniciativas interesantes en la materia como el programa MESTA, desarrollado e impulsado por el CTBG, que construye una metodología oficial al servicio de las administraciones para medir la transparencia en las Administraciones Públicas.¹⁴¹⁸ Así, a través de MESTA, el CTBG publicó en marzo de 2017 el *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores: Órganos constitucionales y de relevancia constitucional y entes reguladores* en el que se evaluaba la transparencia de algunos de los organismos básicos del Estado.¹⁴¹⁹

Sin embargo, esta herramienta, aunque puede incidir de manera positiva en la evaluación del cumplimiento de la legislación de transparencia, presenta algunas limitaciones para combatir la corrupción en la contratación pública: (1) en primer lugar,

¹⁴¹⁷ COMISIÓN EUROPEA. *Conseguir que la... op. cit.* enp. 12.

¹⁴¹⁸ DE LAS CUEVAS, R. "MESTA: Metodología oficial para medir la transparencia de las administraciones públicas". *Gobierno*. Consulta el 29 de octubre de 2017. Disponible en: <http://gobierno.es/blog/20170510-mesta.html>

¹⁴¹⁹ CTBG. *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores: Órganos constitucionales y de relevancia constitucional y entes reguladores*. CTBG, 2017.

el carácter formal de los índices de cumplimiento evaluados queda corto para valorar posibles incidencias de corrupción, debido a la relación únicamente mediata existente entre la publicidad formal y la transparencia; (2) en segundo lugar, se trata de una metodología altamente elaborada y compleja, por lo que su uso por parte de determinados poderes adjudicadores de reducido tamaño puede verse comprometido; (3) su carácter generalista no permite identificar con eficiencia banderas rojas o indicadores de corrupción, así como anomalías en el mercado, en materia de contratación pública, lo que reduce su posibilidad de uso como herramienta de identificación de síntomas.

Fuera de España, sin embargo, es de destacar la iniciativa de TI Hungría, desarrollada por la Comisión Europea y TI Hungría, denominada *Red Flags*. La elaboración de la plataforma finalizó en 2016 con el objetivo de dotar tanto a la sociedad civil, a los empleados públicos e incluso a los medios de comunicación con un sistema de evaluación del riesgo de corrupción en los contratos públicos a nivel nacional. Esta aplicación, basándose en un sistema de cuarenta indicadores similares a los señalados en otras partes del presente trabajo, permiten un análisis ágil e intuitivo de más de 27.000 contratos celebrados en Hungría. La aplicación realiza un análisis automático de todos los contratos publicados en la plataforma TED (*Tenders Electronics Daily*) y posteriormente permite al público en general seleccionar, a través de un sistema de filtraciones los contratos afectados por diferentes tipos de situaciones de riesgo, así como filtrarlos en función del tipo de información (anuncio previo, anuncio de licitación, adjudicación, perfil del contratante, etc.), entidad contratante, empresa adjudicataria, códigos CPV, fecha, valor, texto en el contenido y número de *red flags* identificadas.

Este sistema, similar al creado en España por TI y el Observatorio de Contratación Pública, presenta sin embargo determinadas diferencias sustanciales. Al permitir una identificación directa de los riesgos existentes en cada contrato y contar con unos parámetros de búsqueda más variados y flexibles, se configura como un sistema de control especialmente útil de cara a una identificación de riesgos en contratos individualizados. La aplicación española, por el contrario, permite un análisis global del sistema de contratos a través de diferentes informaciones relativas al número de

contratos celebrados, así como por qué entidades y a qué entidades se han adjudicado, o el tipo de procedimiento elegido, siendo especialmente propicia para detectar disfunciones de la competencia, como el reparto del mercado, prácticas colusorias, o determinadas anomalías en la repetición de los adjudicatarios –se trata, en definitiva, de un análisis a nivel global, en clave macroeconómica. Sin embargo, la aplicación húngara realiza de manera sistemática una asignación de riesgos a cada uno de los contratos celebrados, lo que habilita una capacidad de análisis individualizado de cada uno de los contratos evaluados. Así, permite un análisis sencillo por parte de la ciudadanía o la prensa, pero al mismo tiempo facilita las investigaciones periodísticas en profundidad al filtrar determinados contratos y permitir el acceso al documento completo.

Por último, en virtud de la segunda función de este tipo de órganos, esto es la de evaluación global del sistema –frente a la mencionada de fiscalización individual de contratos– debe coordinarse una actuación global en la fiscalización de contratos a través de todos los organismos encargados de su evaluación, de forma que se cree una verdadera interconexión de informaciones y resultados entre los diversos órganos de actuación. A día de hoy tienen competencias de supervisión y evaluación, al menos: el TCu (que, además cuenta con una Comisión Mixta de seguimiento de la contratación pública¹⁴²⁰)¹⁴²¹, la Oficina de Conflictos de Intereses, el CTBG, las diferentes Juntas Consultivas estatales y autonómicas (y el Comité de Cooperación en materia de contratación pública creado como parte de la JCCPE), la ONE (creada por la Ley 40/2015 e integrada en la OIRSC en virtud de la disposición adicional 36 de la LCSP17¹⁴²²), la CNMC, y las Oficinas Antifraude Autonómicas. A esto habría que sumar, a nivel comunitario, la OLAF y la Comisión Europea. Su coordinación en

¹⁴²⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva Ley de...”, 2017, *op. cit.*

¹⁴²¹ En base al artículo 39.1 de la Ley 7/1988: *Están sujetos a fiscalización por el Tribunal de Cuentas todos los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector Público.* Para más detalle, véase GÁMIR MEADE, R. “El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública”. En: COLÁS TENÁS, J. y MEDINA GUERRERO, M. *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público.* Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 499-534.

¹⁴²² Sus competencias vienen limitadas en la citada Ley, como expone LAZO VICTORIA X. “La Oficina Nacional de Evaluación: un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2015. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.214/recategoria.208/remenu.3/chk.37351e99ddc005b73e5a5a5086265e28>

ocasiones especialmente difícil, creando solapamientos y contradicciones en sus evaluaciones entre organismos, algo que se reproduce en otros países de la UE¹⁴²³.

Este aspecto aspira a ser en parte corregido a través de la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332 LCSP17)¹⁴²⁴, que pretende actuar a modo de ventanilla única y órgano de coordinación y centralización del control y la evaluación del sistema de contratación en territorio español¹⁴²⁵, con las siguientes funciones¹⁴²⁶:

a) Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público.

b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.

d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.

e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

¹⁴²³ LORENZONI, L. “Risk-based approaches...” *op. cit.* en pp. 111-121.

¹⁴²⁴ Este nuevo órgano, que no puede ser catalogado como organismo ni agencia y que carece de personalidad jurídica propia, está adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública. MORENO MOLINA, J.A. “Gobernanza y nueva...” *op. cit.* en pp. 357 y ss.

¹⁴²⁵ BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 689-714; GÓMEZ GUZMÁN, J.C. “Funciones para el órgano independiente de supervisión de la contratación pública”. *Observatorio de Contratación Pública*, 2017. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.307/reلمenu.3/chk.cf78aebfd3313091f360e89895f9f511>

¹⁴²⁶ Artículo 332.6 de la Ley 9/2017.

Este nuevo órgano viene a suplir la ausencia, hasta la fecha, de un organismo efectivo de evaluación global del sistema de contratos que permitiera identificar deficiencias y elaborar nuevas estrategias basadas en evidencias fácticas. Su creación es, en todo caso, fruto de la obligación establecida por el artículo 83 de la Directiva 2014/24, que prevé la creación de un nuevo –para aquellos Estados que no dispusieran de él– sistema de gobernanza y evaluación de la contratación a nivel nacional que fuera capaz de centralizar las informaciones y generar informes sobre el estado y funcionamiento del mercado público¹⁴²⁷. Se trata de un órgano adscrito orgánicamente al Ministerio de Hacienda, pero al que se otorga independencia funcional (personal independiente por periodos de 6 años), y cuya función principal será la de dictar instrucciones¹⁴²⁸. Cada tres años, la OIRSC, en cooperación con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado informará a la Comisión Europea sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas implementadas, con el objetivo de tener, a nivel europeo, un diagnóstico global del sistema que hasta la fecha es inexistente¹⁴²⁹.

Es por ello que la implantación de los artículos 83 y siguientes de la Directiva y una correcta coordinación de las actividades en materia de contratación, centralizada a través de la OIRSC, debe ser clave para una evaluación efectiva y eficiente del sistema de contratos públicos. La aprobación de las directivas de 2014 y de la Ley 9/2017, junto con la implantación de la Administración electrónica, deben convertirse en un punto de inflexión hacia un sistema de intercambio de información y supervisión que facilite la entrada de datos a gran escala al tiempo que facilite su tratamiento para realizar evaluaciones globales y traspasos de información entre Estados Miembros¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Nuevos mecanismos para...” *op. cit.* en pp. 1.630 y ss.

¹⁴²⁸GIMENO FELIÚ, J.M. “La nueva regulación...” *op. cit.* en pp. 90-91; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “Oficina Independiente de...” *op. cit.* en pp. 689-714.

¹⁴²⁹MORENO MOLINA, J.A. “Gobernanza y nueva...” *op. cit.* en pp. 357 y ss.; en el mismo sentido, en su informe *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU* WENSINK y MAARTEN DE VET exponen que, en un gran número de Estados Miembros, ni las bases de datos ni las estadísticas se encuentran disponibles WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing...* *op. cit.* en pp. 501-511.

¹⁴³⁰Véase el considerando 126 de la Directiva 2014/24 y, en el mismo sentido, TÁTRAI, T. “EU public procurement...” *op. cit.* en p. 511. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Las compras abiertas...” *op. cit.*

CONCLUSIONES

Conclusiones

El objeto del presente estudio ha sido el de aportar una reflexión de carácter jurídico acerca del nuevo sistema europeo de contratación que se dibuja tras la irrupción en el sector del objetivo de la integridad y la lucha contra la corrupción. De lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La corrupción lastra las sociedades, en una u otra forma, desde que se tiene constancia de la existencia de comunidades o de un interés común a un grupo de personas. Sin embargo, su caracterización como elemento determinante en la política nacional e internacional no ha sido decisivo hasta finales del siglo XX.

Proveniente inicialmente del Derecho Internacional y organizaciones como TI o la ONU, la configuración de la corrupción ha estado hasta tiempos relativamente recientes limitada a disposiciones generales y mandatos ciertamente abstractos en la mayoría de los casos. Una situación similar se produce aún en el ámbito nacional, donde, pese a una mucho mayor especificidad y exigibilidad coercitiva de las disposiciones, proliferan las legislaciones generales dedicadas a la integridad en el ejercicio de poder público. Sin embargo, dicha forma de actuación presenta determinadas limitaciones que parecen estar corrigiéndose en los últimos lustros. Las ramificaciones que presenta la esfera pública y sus múltiples formas de actuación requieren, en muchos casos, de la reconfiguración de conceptos básicos como los conflictos de interés o la propia corrupción para el sector en concreto, y en el mismo sentido, de la adopción de medidas concretas y específicas en relación con la integridad.

No se puede pretender dar una respuesta única y global a un fenómeno que tiene lugar en sectores de actuación notablemente diversos. La lucha contra la corrupción debe adquirir, por ello, un carácter marcadamente transversal, de forma que toda legislación sectorial que regule la actividad del sector público o la ejecución de presupuestos debe contar con previsiones concretas dirigidas a la salvaguarda de este fin. A imagen de lo que ha sucedido con elementos relacionados con el medio ambiente, las políticas de integridad, de cara a su efectividad práctica, deben embeberse en todas las normativas sectoriales con el fin de adaptar las respuestas legales a las características del entorno y

dotar de respuestas a las posibles infracciones según las particularidades jurídicas del entorno regulado.

En este sentido, la contratación pública presenta importantes peculiaridades con respecto a otras ramas del derecho público, que deben, sin duda, tenerse en cuenta para la construcción de un entorno preventivo de integridad. Si bien las normas generales sobre integridad en el sector público son necesarias como base homogeneizadora del sistema, los diversos sectores, y en concreto la contratación pública, deben dotarse de medios propios que se amolden y expresen las características jurídicas y funcionales del sistema hasta el punto de matizar determinados conceptos jurídicos o la ponderación de principios del Derecho, alterar el reparto de responsabilidades en la materia, o mediante la generación de nuevos o adicionales medios de control.

SEGUNDA. Se precisa de una definición práctica y funcional de lo que se entiende por corrupción. Si no se comprenden de forma clara los límites, las implicaciones y las características de un fenómeno, resultará imposible diseñar de forma efectiva una estructura jurídica que lo afronte. Una construcción jurídica sólida debe sustentarse sobre conceptos jurídicos igualmente sólidos, y esto no ocurre, hasta el momento, con la corrupción. Los estudios llevados a cabo tanto sobre la doctrina como sobre la legislación ponen de manifiesto importantes divergencias en la elaboración de un concepto jurídico sólido de corrupción.

Por un lado, el carácter pionero del Derecho penal en la regulación de esta clase de vicios del sistema hace que una importante parte de las normas y las definiciones de la doctrina hagan una interpretación restrictiva de esta realidad. Es el caso de la CNUCC, que tipifica claramente unos determinados actos que suponen un delito de corrupción y no establece una definición concreta sobre el término.

Basadas, como no puede ser de otra forma, en un estricto principio de legalidad, seguridad jurídica y subsidiariedad del derecho penal, este tipo de concepciones, idóneas para estos campos jurídicos, no pueden ser entendidas como conceptos universales o prácticos de corrupción, pues se muestran claramente ineficientes cuando se toman prestadas para su aplicación en un marco de actuación administrativo preventivo, ya que no responden a la realidad práctica del sistema y dejan fuera de su

alcance un importante número de irregularidades corruptas, que podríamos considerar difusas o débiles, pero que suponen un importante lastre para las arcas públicas, el interés público y la legitimidad de las actuaciones.

Además, no se trata de una deficiencia única del derecho penal. Cuando hablamos del derecho administrativo, encontramos, igualmente, determinadas asimetrías entre la realidad y los conceptos de corrupción creados para un determinado sistema sancionador. Como se expone a lo largo del trabajo, el derecho administrativo sancionador presenta unas especiales características que asemejan de forma relativa sus exigencias jurídicas a las del sistema penal –principio de legalidad estricto, predictibilidad, etc.–, que hacen que similares asimetrías, aunque atenuadas, se produzcan entre su concepto de corrupción y la realidad práctica.

Estas construcciones conceptuales deben necesariamente, de acuerdo a los fines a los que sirven –penal y sancionador–, acotar su ámbito de aplicación a lo estrictamente objetivable, predecible y evaluables jurídicamente. Sin embargo, debemos ser conscientes de que dicha construcción es deliberadamente sesgada. Si nuestro objetivo es el de diseñar y controlar, no necesariamente mediante sanciones, las actuaciones discrecionales de la Administración y los empleados públicos y hacer frente al problema real de la corrupción en toda su dimensión, nuestra concepción del fenómeno no puede limitarse artificialmente. Al contrario, para que la construcción preventiva del sistema sea realmente eficaz, nuestra aproximación debe huir de los prejuicios jurídicos existentes para entrar a abordar el problema en toda su magnitud. Los obstáculos que impedían en los casos señalados desarrollar una concepción más amplia –incapacidad de definición y de previsibilidad, levedad de las infracciones– se repiten en este ámbito preventivo, sin duda, pero no deben ser entendidos como impedimento, sino como desafío. El derecho administrativo estructural no debe ser ajeno a la verdadera forma, al alcance y a las aristas y a la forma de manifestación de este fenómeno. Una aproximación preventiva al problema de la corrupción en la contratación pública no puede dar la espalda a la realidad, y sus propuestas y mecanismos deben responder de la manera más fiel posible a las características y particularidades que dicho desafío presenta, a su verdadera forma, su, alcance, aristas, o su forma de manifestación.

Pero, por otro lado, lado, el concepto de corrupción debe también cuidarse de convertirse en una noción vaga y vacía de contenido. La corrupción supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida en que se traicionan y ponen en peligro deliberadamente los intereses colectivos en contra del bien común. Si despojamos al término de ese significado y lo extendemos hasta cubrir prácticas similares estaremos en la práctica vaciando de contenido y adulterando el verdadero núcleo esencial de esta lacra, que no es sino el menoscabo del interés público. Para apreciar corrupción, por tanto, se precisa que la persona que realiza un acto corrupto ostente un poder que deba guiarse por intereses públicos, y que, en consecuencia, al actuar de forma corrupta, anteponiendo intereses privados, se esté al mismo tiempo perjudicando al interés público y a la entidad pública para la que se actúa, traicionando sus funciones como empleado público.

Por ello, en el trabajo hemos tratado de desarrollar un concepto de corrupción adaptado a las realidades de la contratación pública, de manera que trate de evitar los anteriores defectos y que responda a una observación y análisis del propio funcionamiento del sistema y que sea aplicable a toda situación verdaderamente corrupta dentro del mismo. Y en este sentido, la definición propuesta se construye sobre conceptos amplios de legalidad (sistema normativo relevante), empleado público (relacionado con el concepto de entidad adjudicadora y acorde con las características de la contratación pública) o beneficio (entendiéndose éste no sólo de forma material, sino como cualquier ventaja, e incluso potencial ventaja, y no siendo necesario un intercambio directo de favores)

TERCERA. Más allá de una correcta conceptualización, una de las esencias para una correcta formulación de un entorno de contratación íntegro pasa por la *desmitificación* de la corrupción, que precisa de un conocimiento exhaustivo del fenómeno. Debemos ser conscientes, tanto sociedad como gestores, de que la corrupción no es un fenómeno extraño que afecta únicamente a personas sin escrúpulos dedicadas a hacer el mal de la forma más pueril. A pesar de los estigmas de la sociedad, la corrupción sobrevuela la realidad y puede afectar a cualquiera y a cualquier procedimiento o contrato en mayor o menor grado. No se trata de una realidad taxativa, y sus límites –lo que la diferencia del resto de irregularidades– no son de apreciación evidente.

La corrupción siempre ha existido y, por lo que la historia, la práctica y la ciencia nos dicen, es probable que siempre exista. Y es por ello que debemos asumirla como una realidad cotidiana, con la que, de una forma u otra, el derecho público y los gestores deben aprender a convivir. Frente a una negación constante, un falseamiento de la realidad, o una estigmatización del fenómeno, el nuevo derecho de los contratos públicos debe dirigirse hacia un estudio individualizado y realista de la corrupción, entendiendo y comprendiendo los factores, las fallas, deficiencias y elementos que pueden intervenir en un eventual desvío del interés general, de forma que se produzca una verdadera comprensión del problema. La corrupción surge generalmente de manera sutil y gradual, y en su instauración toman parte una serie de elementos que no pueden obviarse por el derecho de la contratación pública.

La diversidad de las causas y la intervención de aspectos externos e internos al sujeto crean imperceptiblemente un entorno propicio para la corrupción. Aspectos antropológicos o sociales como el “aprendizaje observacional” o aprendizaje “cognoscitivo-social” hacen que los entornos laborales o profesionales donde se desarrolla la actividad pública, a raíz de deficiencias legales, institucionales, motivacionales, organizacionales e incluso educacionales, puedan favorecer la aparición de determinadas manifestaciones psicológicas como las actitudes individualistas, la sensación de impunidad, la pérdida de identificación con la función pública o la envidia.

Se trata de una realidad compleja que, sin embargo, debe ser comprendida para poder diseñar estrategias eficientes de lucha contra la corrupción. Y parte de esta estrategia pasa, como decimos, en asumir las aristas y las variantes casi infinitas que dan lugar a la corrupción, así como su presencia o amenaza en todos los procedimientos de contratación. Cuando se trata de una corrupción difusa o débil, ésta debe ser afrontada y gestionada por los diferentes actores a todos los niveles de la contratación, en lugar de reducirla o simplificarla formalmente para dar una falsa sensación de control. La clave, a nuestro juicio, se centra en desarrollar los incentivos necesarios para dar visibilidad a esas anomalías previas y a aquellas desviaciones mínimas, a esas manifestaciones de mala administración que en ocasiones esconden actos más o menos evidentes de corrupción.

CUARTA. En este sentido, la contratación pública presenta unas especiales características que acentúan lo anteriormente expuesto y que configuran una realidad particular que precisa de determinadas disposiciones específicas que adapten la estrategia anticorrupción. En un primer lugar, se trata de un sector con un peso altamente relevante en relación a la economía de un país o región, estimándose que representa entre un 13% y un 30% del PIB, lo que lo hace un entorno especialmente atractivo a los intentos de lucro privado. En un segundo lugar, se trata de un sector de actividad pública especialmente expuesto al mercado y que, por tanto, genera estrechos vínculos y relaciones con el mismo. La Administración acude al mercado para satisfacer intereses generales, pero, al no regirse la actuación de ésta por las reglas del mercado, los objetivos últimos pueden verse distorsionados por un comportamiento defectuoso. La regulación de la actividad de compra pública de forma que se asegure una concurrencia efectiva es una de las constantes del derecho de los contratos públicos, y quizá su principal fin. Sin embargo, las estadísticas muestran cómo el mercado europeo de los contratos públicos continúa siendo relativamente hermético a la participación de nuevas empresas y en particular a las PYMES, constituyéndose en una de las principales fallas del sector. Si bien una competencia efectiva no basta, por sí misma, para garantizar la integridad en los procedimientos, contribuye sin duda a la participación de un mayor número de actores en el procedimiento y por tanto, si se articulan los mecanismos y los incentivos necesarios, también se traduce en un mayor número de supervisores de la integridad. La apertura de la concurrencia debe, por tanto, continuar siendo uno de los baluartes de una contratación íntegra.

QUINTA. La construcción de un nuevo Derecho de la contratación pública que pretenda ser efectivo contra la corrupción debe pasar por generar un entorno íntegro en la totalidad de los contratos y no sólo en aquellos de gran tamaño o presupuesto. Los datos y estudios muestran cómo la corrupción tiende a ser más común los contratos celebrados en el ámbito local y regional y en aquellos entes descentralizados. Del mismo modo, los tribunales, la UE y la doctrina académica han identificado una importante proliferación de la corrupción, una menor concurrencia y una tendencia al clientelismo, en aquellos contratos de menor tamaño.

En este sentido, en nuestro país encontramos un sistema de contratación pública altamente descentralizado fruto de la configuración de la Administración y de la

recurrente huida del Derecho administrativo. Aunque en tiempos recientes parecen observarse ciertas tendencias a la remunicipalización, nuestro sistema de compra pública sigue contando con cerca de 20.000 poderes adjudicadores, configurándose como el tercer país de la OCDE con una mayor descentralización del gasto, en el que, además, la mayor parte de esas contrataciones son llevadas a cabo por pequeños municipios o entidades adjudicadoras.

Las medidas hacia la integridad han tendido, deliberadamente o no, a limitar su incidencia práctica a los grandes contratos o poderes adjudicadores centrales con organismos de supervisión, exigencias aplicables únicamente a determinados umbrales, etc. Y sin embargo, como decimos, la nueva política anticorrupción no puede permanecer insensible ante la realidad organizativa del gasto público en España y en Europa, que exige una aproximación integral que dote de las herramientas adecuadas a todos los niveles de contratación, respondiendo a las características, complejidades y limitaciones de cada una de las diferentes esferas en las que se desarrolla la contratación pública.

SEXTA. Aunque se pueden entrever ciertas tendencias y la corrupción tiene lugar con mayor fuerza, por ejemplo, en contratos de obras y preponderantemente en los sectores locales frente al nacional o europeo, lo cierto es que las formas de materialización de estas irregularidades son casi interminables, pueden aparecer en cada una de las fases del procedimiento y, en muchas ocasiones, trascienden la legalidad o ilegalidad del acto para pasar a ser una cuestión de exceso en la discrecionalidad administrativa. La identificación de los límites o los motivos subyacentes en este tipo de desviaciones del interés general se hace extremadamente difícil, y para ello, es necesaria una aproximación funcional, la utilización de indicadores que faciliten detectar las tendencias anómalas en los contratos y redoblar la vigilancia.

Se trata de identificar elementos que pueden representar un riesgo o esconder prácticas fraudulentas como la reducción injustificada del plazo de presentación de ofertas, el uso constante, excesivo o injustificado de procedimientos extraordinarios de concurrencia limitada o adjudicación directa, la celebración de contratos que acarician sin alcanzarlos determinados umbrales de publicidad, la limitada concurrencia en uno o varios contratos, la repetición continuada de los adjudicadores, la exclusión de gran número de

licitadores debido a requisitos de solvencia o especificaciones técnicas (posible diseño de pliegos *ad hoc*), excesivos tiempos invertidos en la evaluación, tamaño excesivamente amplio del contrato o división en lotes injustificada, duración excesiva del contrato, comportamientos extraños en las ofertas (precios excesivamente altos o bajos, ofertas similares, renunciaciones de licitadores durante el proceso, etc.), subcontrataciones entre licitadores, modificaciones del contrato, etc.

Son este tipo de prácticas las que deben tratar de controlarse de forma preventiva por el derecho de los contratos públicos, y dicho control, como se ha hecho evidente a lo largo del trabajo, no puede limitarse a una supervisión formal o legal, la cual se muestra categóricamente insuficiente para el control de los fenómenos descritos. El cambio de paradigma debe venir, por tanto, a través de una transformación del sistema de control de la actividad administrativa y su discrecionalidad técnica que debe pivotar sobre el principio de buena administración como elemento sustantivo y verdadera herramienta jurídica. Esto, durante el procedimiento de contratación, debe materializarse en: controles judiciales sobre la idoneidad o la diligencia debida en las actuaciones, que permitan una supervisión basada en los principios generales del derecho ante actos manifiestamente desproporcionados o irregulares, una exigencia de motivación de decisiones contractuales que deriven en una transparencia real y que permitan el control anteriormente citado, y una regulación eficiente de los conflictos de interés como antesala de la corrupción que permita localizar situaciones de riesgo y prevenir su posible evolución hacia irregularidades graves.

SÉPTIMA. La aproximación a la corrupción en la contratación, entendida ésta de la forma en la que se ha expuesto, no puede limitarse a una función sancionadora del derecho, ni tampoco debe dirigirse, a nuestro juicio, hacia una reglamentación exhaustiva y obvetivadora de la actividad contractual. En el primero de los casos, un sistema sancionador debería en todo momento garantizar de forma estricta el principio de legalidad y preservar la seguridad jurídica y la previsibilidad en sus actuaciones –en otras palabras, requiere una clara clasificación previa (tipificación). Y en consecuencia, atendiendo a las características del fenómeno señaladas, una legislación exhaustiva de sanciones sobre de las irregularidades fruto de corrupción se antoja manifiestamente inalcanzable.

En el segundo de los supuestos, una reglamentación extensiva hacia la objetivación presenta igualmente importantes limitaciones, tales como: (1) fracaso en el control de la corrupción debido a la imposibilidad de prever normativamente todas las complejas relaciones entre los diferentes fenómenos cercanos (fraude, corrupción, y conflicto de interés), así como al carácter opaco y escurridizo de las prácticas corruptas; y/o (2) la generación de un sistema burocratizado, carente de toda flexibilidad y agilidad, que puede obstaculizar la actividad eficiente de los órganos contratantes.

La contratación pública se configura como un sector en el que un determinado grado de discrecionalidad en la toma de decisiones se antoja indispensable. La propia estrategia de diseño de políticas públicas de la entidad adjudicadora y sus formas de prestación, unido a la innumerable tipología de obras, suministros y servicios que son objeto de contratación que presentan características dispares y pertenecen a mercados con diversas configuraciones, requieren de una capacidad de repuesta por parte de los gestores. El tamaño del contrato, el grado de desarrollo del sector y otros elementos similares pueden determinar la decisión contractual en un sentido u otro. No encuentra, por ello, sustento racional el sobrecargar el sistema con requisitos administrativos que traten de convertir al gestor en un mero ejecutor de la norma y que, en la práctica, puedan devolver a la contratación pública al régimen burocrático del que tanto tiempo lleva intentando salir.

OCTAVA. La regulación del conflicto de intereses se configura, en base a todo lo expuesto, como un aspecto especialmente idóneo hacia la creación de un sistema de integridad “no restrictivo” y que respete la discrecionalidad en la contratación pública europea. El legislador europeo, consciente de ello, introdujo en el artículo 24 de la Directiva 2014/24 una definición y una obligación hacia los Estados Miembros y los poderes adjudicadores (considerando 16) que tiene importantes implicaciones en el nuevo reparto de roles en el control de la integridad.

La definición del concepto, de forma acertada, establece un ámbito subjetivo y objetivo amplio de aplicación, que responde a las características propias de un entorno de actividad pública a caballo entre el sector público y el privado, e impone, tal y como el TJUE ha reiterado en repetidas ocasiones, una obligación a las entidades adjudicadoras de evaluar y valorar, caso por caso, la existencia y posible incidencia en el contrato de

conflictos de intereses. No se trata de una aplicación automática, sino que requiere de una participación activa de las entidades adjudicadoras como investigadores y administradores de estas situaciones de riesgo. La deliberada amplitud del concepto y el nuevo papel activo impuesto a los poderes adjudicadores son dos aspectos esenciales de este novedoso concepto en la contratación pública, y representa, en buena medida, la estrategia jurídica en la que parece fundarse el legislador, la cual, a nuestro juicio, debe servir de base para el desarrollo de un sistema hacia la integridad.

La norma no desarrolla de forma detallada las formas en las que dicha obligación debe articularse por parte de los poderes adjudicadores, pero, junto con la jurisprudencia del TJUE, asienta unos criterios esenciales que, por un lado, reconocen un amplio margen de actuación a los órganos de contratación en esta empresa de prevención y, por otro, imponen límites suficientemente claros como para que pueda considerarse un mandato legal susceptible de ser vulnerado, y, por tanto de generar efectos jurídicos ante su incumplimiento. Estos límites son, por un lado, el principio de proporcionalidad en la aplicación de medidas destinadas a prevenir y corregir estas anomalías –en particular, lo que respecta a las exclusiones por esta causa–, que se configura como un elemento central en la aplicación del artículo 24 y en la interpretación de diligencia debida al respecto desarrollada por los tribunales; y por otro, la obligación de realizar las investigaciones necesarias y tomar las medidas oportunas, actuando con la debida diligencia, ante la existencia de un conflicto de interés, que se materializa de forma concreta en la necesidad de excluir a un operador económico en caso de que un conflicto no pueda ser resuelto por medios menos restrictivos (artículo 57.4.e). Una actuación de la entidad adjudicadora que contravenga lo anterior podría derivar en: (1) una anulación del procedimiento e incluso (2) en una condena a indemnizar por daños y perjuicios a aquellos licitadores no afectados por el conflicto de intereses y que se vieron perjudicados por la actuación deficiente de la Administración.

Estas cuestiones implican, en la práctica, la necesidad de articular sistemas que logren dar visibilidad a posibles conflictos ocultos, ya que la capacidad de reacción frente a una de estas situaciones dependerá, en buena medida, del momento procedimental en el que hayan sido detectados.

NOVENA. A la conceptualización que el derecho europeo realiza del conflicto de interés y su aplicación práctica se puede hacer, sin embargo, una objeción principal: su división de la realidad en dos compartimentos aparentemente estancos, los conflictos de intereses reales y los aparentes. Y es que ésta se trata de una división artificial, pues un conflicto de interés, dado su carácter objetivo, que hace que exista de forma independiente a la voluntad de los afectados por el mismo, depende siempre de una apreciación objetiva, y por tanto externa, de la situación, lo que lo convierte, en definitiva y en todo caso, en una mera cuestión de apariencia.

La diferenciación entre conflictos de interés aparentes, como oposición a unos conflictos reales, puede causar confusión, ya que asume la existencia de conflictos de intereses reales frente a otros aparentes o inexistentes, hasta el punto de alimentar la interpretación de que cuando existen conflictos de intereses “aparentes” no existe realmente un conflicto de interés. Sin embargo, lo cierto es que no es posible hablar de un conflicto de interés en términos de blanco o negro (real o aparente) y categorizar su existencia o no, sino que la realidad nos muestra más bien una graduación de grises que hacen que la percepción del conflicto sea más leve o más clara dependiendo de las características concretas.

Esta matización, que pudiera parecer una mera cuestión semántica o conceptual, ha generado, en la práctica, algunas interpretaciones judiciales que pueden ser cuestionables por parte del TJUE. En sentencias como *eVigilio*, el TJUE divide la carga de la prueba en dos momentos procesales diferenciados: en un primer lugar, corresponde al recurrente demostrar la existencia de un conflicto de interés aparente o leve, y, una vez probado, corresponde a la entidad adjudicadora demostrar que no ha tenido incidencia en el desarrollo del procedimiento de contratación o, en su defecto que no se trata de un conflicto de interés real. Sin embargo, sustentando su razonamiento en la diferencia entre conflictos reales y aparentes, el TJUE parece exigir, en determinadas sentencias, una carga de prueba basada en la existencia un conflicto de interés real, en la que se requiere que el demandante pruebe que el conflicto ha tenido incidencia en el desarrollo de las actuaciones. Esto tergiversa la propia naturaleza del fenómeno, que no exige que se materialice de ninguna forma ni que haya intención de hacerlo, e impone al demandante una carga de la prueba que, según el propio tribunal afirma en *eVigilio*, es considerada excesiva. Se trata, por tanto, de un matiz que podría, de subsanarse por el

TJUE, aclarar y corregir algunas confusiones generadas en la gestión de conflictos de interés, que de lo contrario pueden enmarañar la aplicación de estas obligaciones por los tribunales nacionales o su interpretación por parte de los gestores de contratos.

DÉCIMA. La transposición al ordenamiento nacional de las disposiciones relativas al conflicto de interés, materializadas esencialmente en el artículo 64.2 y el 71.1.g) de la Ley 9/2017, presenta determinadas carencias que pueden poner en riesgo su aplicación efectiva. La definición del artículo 64.2 no presenta grandes diferencias con la del artículo 24 de la Directiva, pero puede interpretarse que pequeñas omisiones en su redacción limitan el alcance subjetivo del precepto, algo que, teniendo en cuenta que la Directiva establece una definición de mínimos, implica que al menos en aquellos contratos SARA, el ámbito tendrá que ampliarse subjetivamente para ser acorde con el derecho europeo –algo que no parece presentar mayores problemas si tenemos en cuenta que la definición del artículo 64 también una definición de mínimos, y que por tanto puede interpretarse de manera extensiva.

Pero quizá las mayores problemáticas surgen entorno a la regulación de los conflictos de interés como prohibiciones de contratar en el artículo 71.1.g) de la Ley. La referencia que éste hace a legislación complementaria construye una prohibición de contratar que limita considerablemente su ámbito de aplicación con respecto a las causas de exclusión de la Directiva y los conceptos de conflicto de interés manejados. Al tratarse las prohibiciones de contratar de supuestos tasados, esto podría implicar una incapacidad de los poderes adjudicadores para excluir a los licitadores incurso en un conflicto de interés no previsto. Por otro lado, al ser dichas prohibiciones de aplicación automática y obligatoria, la Ley 9/2017 está eliminando la ponderación del principio de proporcionalidad de su aplicación, algo que es considerado característica esencial en la gestión de los conflictos de interés tanto por parte de la Directiva como por el TJUE.

Dicha regulación elimina, en la práctica, la principal característica que presenta la regulación europea en materia de conflicto de interés, que no es sino la traslación al poder adjudicador de una obligación de investigar, evaluar y detectar posibles conflictos de interés en cada uno de sus contratos y caso por caso, dotándole para ello de ciertas pautas y un gran margen de actuación discrecional. La LCSP17 reproduce, ajena a lo expuesto y a los fines de la normativa europea, un sistema de exclusión automático que

relega de nuevo a los gestores a una posición pasiva en el fomento de la integridad. Situación que, además, podría ser constitutiva de una infracción del derecho europeo por parte del legislador español si entendemos que en su configuración se vulnera el principio de proporcionalidad en la aplicación de causas de exclusión o si interpretamos, como parece desprenderse de la nueva redacción de las causas de exclusión potestativas que elabora la Directiva, que lo contenido en dicho artículo se dirige a las entidades adjudicadoras, y no a los Estados Miembros como ocurría en anteriores generaciones de directivas. Ello implicaría que, en el caso de las directivas de 2014, el legislador nacional no tiene atribuida potestad discrecional para incluir o no, y en su caso desarrollar, los supuestos de exclusión potestativa, sino que estos se dirigen, de forma directa, a las entidades adjudicadoras, que serán las encargadas de estudiar, en cada caso, su aplicabilidad en respeto del principio de proporcionalidad.

UNDÉCIMA. Las nuevas obligaciones con respecto a la prevención de la corrupción y los conflictos de interés impuestas por la normativa europea y, con algunas deficiencias, por la nacional, exigen que tanto los Estados Miembros como las entidades adjudicadoras adopten un papel eminentemente activo en la prevención de dichas irregularidades. La política anticorrupción, a raíz de este cambio de paradigma, deja de ser tratada únicamente en los altos niveles de actuación legislativa y política para convertirse en un aspecto central en la gestión diaria de cada una de las Administraciones. El derecho europeo dibuja una serie de responsabilidades que parecen empujar a los órganos de contratación hacia una autorregulación de sus actividades, haciéndolos responsables, en cierta medida, de su actuación o de la falta de ella. Con ello, se intenta conseguir una mayor eficiencia y flexibilidad a la hora de adaptar las medidas adoptadas a los problemas o particularidades concretas que presenta el organismo o el contrato.

Desde el punto de vista de un ámbito de actuación preventivo, en el trabajo se han estudiado diferentes medidas que pueden adoptarse tanto a nivel estatal como contractual, analizando sus ventajas e inconvenientes a través de un estudio crítico de las mismas. Esencialmente, estaríamos hablando de la regulación de los lobbies o la financiación de partidos políticos y otros flujos paralelos de capital como las inversiones en paraísos fiscales, o, a nivel del órgano de contratación, de la adopción de códigos éticos, la profesionalización y despolitización de las decisiones, incluyendo la

rotación de personal, o la adopción de avances tecnológicos destinados a garantizar la integridad. Los primeros se antojan indudablemente necesarios para facilitar la identificación de posibles conflictos de interés indirectos, sobornos... mientras que los segundos, si bien son elementos que tienen una indudable utilidad, presentan algunas limitaciones en cuanto a su aplicación por parte de PANAP y pequeñas entidades locales, que impide que puedan entenderse como medidas holísticas o comprensivas para el sistema. Se trataría, por el contrario, de herramientas aplicables de forma efectiva únicamente a ciertos supuestos, y que se configuran, pues, como medidas que deben complementar y reforzar el sistema de integridad especialmente en determinados contratos o instituciones contratantes que disfrutan de una mayor disponibilidad de medios.

Dentro de este ámbito podrían encuadrarse, también, los pactos de integridad, si bien estos no suponen una iniciativa exclusivamente pública, y podrían entenderse como una forma de actuación “mixta”. Descritos como una de las grandes novedades que han irrumpido en los últimos tiempos en el área de los contratos públicos, presentan esencialmente ventajas de adaptabilidad de las condiciones a las características concretas, posibilidad de refuerzo de las exigencias de carácter ético a modo de código ético para el contrato y, especialmente, la posibilidad de llevar a cabo una supervisión por parte de expertos externos pertenecientes a la sociedad civil. No obstante, también deben tenerse en cuenta posibles limitaciones como la limitada capacidad sancionadora con respecto a empleados públicos, la articulación del carácter vinculante o no de los informes y recomendaciones de dichos expertos supervisores. E igualmente, el coste de su implantación y sus características hacen que únicamente parezcan elementos viables para aquellos contratos y entidades de un tamaño considerable.

DUODÉCIMA. La instrumentalización de los actores en el procedimiento de contratación se configura, pues, como una de las esencias de la normativa en materia de integridad. Venimos haciendo referencia al nuevo rol eminentemente activo que la Directiva 2014/24 otorga a las entidades adjudicadoras, creando incentivos legales necesarios para que todos los órganos de contratación inicien, por su propia iniciativa y en base a sus propios intereses, programas y acciones concretas destinadas a garantizar la integridad en los contratos y desarrollen una labor constante de vigilancia. Sin embargo, la creación de un entorno íntegro requiere ubicar incentivos también en el otro

actor principal del sistema, esto es, en el sector privado. Y esta distribución de motivaciones se realiza esencialmente a través de la regulación de las causas de exclusión y las medidas autocorrectoras o *self-cleaning*.

Estas disposiciones prevén la exclusión de un licitador si ha sido condenado por casos de corrupción pero, al mismo tiempo, obligan a la entidad adjudicadora a dar audiencia y evaluar las posibles medidas que un operador económico incurso en prohibición de contratar hubiera tomado para poner fin a dicha situación irregular, debiendo admitirlo en el procedimiento si dichas medidas se consideran suficientes. Esta regulación pretende, siguiendo la instrumentalización, trasladar al licitador la responsabilidad de innovación y creación en materia de integridad, de forma que exista verdaderamente una intención en el sector privado de asegurar un comportamiento íntegro en sus actividades.

Para ello es esencial que el poder adjudicador realice un examen de fondo y pormenorizado de las medidas adoptadas, ya que una enumeración formal y exhaustiva de las medidas formales a adoptar resultaría en la práctica en la aplicación de un sistema de *check-listing* por parte del órgano de contratación, que no entrase a valorar la incidencia efectiva de las medidas en el posible comportamiento improbable de la empresa, devolvería al licitador a una mera posición pasiva de cumplimiento, pues, el sector privado, regido siempre por las demandas del mercado y con una clara visión utilitarista, se limitaría a introducir los cambios formales requeridos por la Ley, intentando, probablemente, que dichos cambios tuvieran el mínimo efecto en el marco operativo real de sus actividades. La evaluación de estas medidas, al igual que sucedía con el conflicto de interés, debe llevarse a cabo de forma individualizada, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso y motivando cualquier decisión de admisión o exclusión.

DECIMOTERCERA. El sistema de recursos sigue representando la principal vía de control de posibles manipulaciones o irregularidades en los contratos. En aquellos casos en los que el órgano de contratación no actúe con la debida diligencia y se produzcan ventajas indebidas con respecto a otros licitadores, los competidores en el contrato deben estar legitimados para recurrir dichas decisiones ante el juez. En este punto deben asegurarse algunos aspectos para asegurar la utilidad del recurso.

En primer lugar, un sistema de recursos efectivo se sustenta sobre una transparencia y una competencia efectivas. Para poder recurrir un acto, el licitador debe poder conocer las motivaciones y las justificaciones que dieron lugar al mismo. Pero, adicionalmente, debe existir una situación de competencia entre licitadores que asegure un control mutuo en base a las reglas del mercado, y las entidades adjudicadoras deben poner especial atención en no facilitar prácticas irregulares en este sentido. Realidades como las prácticas colusorias o el reparto de mercado falsean la competencia y dejan en la práctica estéril el sistema de recursos, pues no existirá control alguno entre empresas si no existe competencia, perdiéndose, pues, el factor supervisor de los licitadores competidores.

En segundo lugar, se precisa de una legitimidad objetiva amplia que permita recurrir cualquier acto que pueda generar un trato ventajoso injustificado, independientemente de su naturaleza o del momento procedimental en el que tenga lugar. Y finalmente, se requiere reforzar el papel de juez en el control de la discrecionalidad y la diligencia debida de la Administración basado una aplicación directa de los principios de integridad y buena administración. La nueva articulación que realiza la normativa parece llevar al juez a un papel mucho más trascendental, y al tiempo más complejo, en el control del ejercicio de poder discrecionalidad por parte de las entidades adjudicadoras. Se precisa, por tanto, de un cambio de paradigma también en control judicial de las decisiones que precisa, sin duda, de una mayor dotación de medios técnicos y humanos de dichas instituciones.

DECIMOCUARTA. Es necesario elaborar un sistema que permita articular la participación ciudadana atendiendo a las particularidades que este nuevo actor presenta en sus diferentes formas. Los principales mecanismos que pueden facilitar este tipo de control son los pactos de integridad, o la interpretación amplia de la legitimación subjetiva para acceder al recurso especial en materia de contratación pública, que permita, en tanto representantes de una colectividad, acceder al mismo a ONG dedicadas al fomento de la transparencia y la integridad en la vida pública. De manera complementaria, y en respuesta al nuevo rol que se reserva a las entidades adjudicadoras en esta materia, resulta sumamente interesante la articulación de canales

o buzones de denuncia ciudadana, especialmente en aquellos municipios o entidades adjudicadoras de reducido tamaño, como elementos de control.

Las nuevas tecnologías deben representar el hilo conductor sobre el que se debe construir todo el sistema de información y control de la nueva contratación pública europea. La creación de bases de datos sobre condenas en firme y en curso a nivel europeo deben permitir conocer fácilmente la existencia de causas de exclusión, y las bases de datos sobre relaciones entre empresas y entre éstas y el sector público, que sin duda facilitan la detección de conflictos de interés ocultos o indirectos y posibles prácticas anticompetitivas.

En el mismo sentido, la fiscalización externa por parte de los organismos fiscalizadores y supervisores debe hacer uso de las herramientas disponibles en la actualidad para, en primer lugar, detectar qué contratos presentan mayores riesgos de irregularidades y, en consecuencia, centrar su actuación en ellos y optimizar sus esfuerzos; y, por otro, deben servirse de la red de metadatos o *big data* que pretende crearse con la implantación generalizada de la contratación electrónica, de forma que les permita dibujar un mapa de riesgos que identifique ciertas tendencias anómalas a nivel global, y elaborar políticas y estrategias específicas en la materia que respondan a las verdaderas deficiencias que presente el sistema.

Conclusions

The aim of the present research study has been to provide a legal reflexion on the new public procurement system that emerges within the EU after the outbreak as pillars in the field of principle of proportionality and fight against corruption. In view of thereof, the following conclusions can be drawn:

FIRST. Corruption has hampered democratic and social development since there are records of the existence of organised communities and common interests. However, it has not been addressed as a key element of national and international policies until the last decades of XX century.

Initially talked by International Law and NGOs like Transparency International or the United Nations, corruption's regulations have been until recently limited, in the majority of the cases, to general provisions and notably abstract rules. A similar situation takes place at national level, where despite a greater specificity and coercive enforceability of provisions, the subject has been mainly addressed by general legislation regarding integrity in the exercise of public power. However, this path of action presents certain limitations of scope and adaptability which can be said to be in process of remediation during the last few years. The numerous ramifications of the public sphere, of its sectors, and ways of actions, require a realignment of the limits and nature of basic concepts such as corruption and conflicts of interest in order to tailor them to the specific characteristics of public procurement. Likewise, the adoption of tailored measures need to be designed to tackle corruption in this field.

A global and unique answer cannot be pretended to a reality that takes place in very diverse spots and which manifests itself in extremely different forms. Mirroring what has happened with environmental protection, policies to fight corruption should acquire a crosscutting nature which would allow them to permeate in every sectorial activity that implies the exercise of public power or the execution of public funds. Even though general norms regarding ethical and integrity aspects of the public sector are needed in order to provide homogeneity and robustness to the system, the various sectors of public action, mainly public procurement, require of its own tools to tackle corruption:

reformed legal concepts, allocation of incentives and responsibilities, or specific oversight and report channels.

SECOND. A functional and practical definition of corruption is needed. If we do not clearly apprehend the limits, the implications, and the characteristics of the phenomenon, we will not be able to build an effective legal structure to tackle it. The analysis carried out throughout this work on doctrine and regulations reveals the existence of critical divergences on the conceptualization of corruption.

On the one side, the pioneering nature of criminal law on the regulation of this subject makes that an important part of the existing doctrine has adopted a restrictive approach to the concept based on a strict principle of legality. It is the case of the UN Convention Against Corruption, which criminalises certain acts that give rise to criminal offences but does not provide an explicit definition of the concept. Based on a rigid principle of legality and legal certainty, this kind of approaches cannot be transposed to other fields of action such as public procurement without artificially leaving out of its scope a good number of grey or soft corrupt irregularities.

However, far from what can be thought, it is not just a shortage of criminal law, and it affects also traditional administrative law in its approach to corruption towards administrative law penalties. This field of administrative law presents similar characteristics to the criminal system –strict principle of legality, predictability, etc.– which reproduce the implementation asymmetries, although attenuated, between the created concept of corruption and reality.

These conceptual constructions must adapt themselves to the goals they pursue –penalisation and sanctioning–, and therefore narrow its scope to those objective, predictive, and easily evaluable situations. But we must be aware that those conceptions of corruption are deliberately partial. If our goal is to prevent and control, through preventive mechanisms, administrative discretionary power and tackle the problem in all its magnitude, our conceptual basis cannot be artificially limited. Quite the contrary, for the construction of a preventive system to be actually effective, our approach must escape from the existing preconceptions and address the problem in all its extent. The obstacles faced by penalties and criminal law undoubtedly replicate themselves in the

preventive field of actions, but it must be seen as a challenge, and not an impediment. Administrative law cannot turn his head to this and pretend that corruption is smaller than it actually is, for the construction of mechanisms and solutions need to respond in the most accurate manner to the particularities of this issue.

But, on the other hand, the conceptualisation of corruption should beware of developing into a vague notion empty of real content. Corruption represents a serious breach of the essence of public service as long as it betrays collective interests and the common good. If we deprive the term of this meaning and we extend it to similar practices we would be indeed voiding its content and altering the very essence of this plague, which is not other but the undermining of public interests. In order to appreciate corruption, therefore, it is essential that the person who commits has the duty of acting on the base of public interests, and, in consequence, by acting in a corrupt way he is putting its own interests before those of the society and the public entity he works for.

All in all, in the present research work we have elaborated our proper concept of corruption, adapting it to the particular realities of public procurement. This way we would try to overcome the above-mentioned deficiencies so that it covers every corrupt activity that can actually take place during the contracting process. Consequently, the definition proposed is build up on wide concepts of legality (normative relevant system), public officer (related with the concept of contracting authority and consistent with the particularities of public procurement), or benefit (understanding it not just as a material benefit, but as every advantage, and ever potential advantage, and not being necessary and exchange of reciprocal favours).

THIRD. Beyond a proper conceptualisation, one of the basis for the correct construction of an ethical environment for contracting is the *demythification* of corruption, which implies an exhaustive knowledge of the phenomenon. We must bear in mind, both society as a whole and contract managers, that corruption is not a strange phenomenon that affects just unscrupulous people devoted to wrong doing. Despite society stigmas, corruption overflies reality and due to its complex causes can affect anyone at any moment of the procedure in a greater or lesser degree. It is not a stark reality, and its limits –which differentiates it from other irregularities– are not always evident.

Corruption has already existed and, according to History, practice and theory, it might always exist. Therefore, we must assume it as a daily reality with which, in one way or another, public law and contracts managers should learn to live with. Instead of a constant denial that can drive us towards a misrepresentation of reality or a stigmatization of the phenomenon, the new public contract law should develop into an individualized and realistic study of corruption, understanding the factors, the weaknesses, deficiencies, and other elements that intervene in a potential diversion from general interests, so that a real comprehension of the problem is undertaken. Corruption arises generally in a gradual and subtle way, and in its establishment come into play a good range of elements that cannot be ignored by public procurement law.

The diversity of causes and the participation of external aspects can unnoticeably create a favourable environment for corruption. Anthropological or social aspects such as observational learning or social-cognitive learning, along with legal, institutional or motivational deficiencies, can make of the working place a spot that favours the emergence of certain psychological pathologies such as individualistic behaviours, feelings of impunity, envy, or the loosing of the self-identification with the public service.

Corruption is a complex reality that, however, must be understood in order to design the correct strategies to tackle it in an efficient way. And part of this strategy necessary involves the assumption of the multifaceted nature of the reasons that give place to this wrongdoing that threaten with its presence in every procurement procedure. When we talk about grey or soft corruption, the issue needs to be talked by every actor involved and in every level of procurement, instead of trying to artificially simplify the problem to give a false perception of control. The key lies, in our view, in the correct creation and allocation of incentives among the actors involved so that they would give visibility to these anomalies or soft deviations that occasionally conceal grave cases of corruption.

FOURTH. Public procurement presents specific characteristics which aggravate the above-mentioned and conforms a particular reality that need of tailored anti-corruption strategies. Firstly, it is a highly relevant economic sector for the EU region, shaping

between 13% and 30% of the GDP of the countries involved, which makes the sector attractive for private profitability. Secondly, it is a field of public action specially exposed to the market and which, therefore, generates tight links among private and public actors. Administrations make use of the market to satisfy public interests, but it is not governed by market rules, and thus the initial objectives can be jeopardized by a defective behaviour. The regulation of public purchasing in a way that guarantees wide and real competition has been a constant in public procurement law and it can be identified as its main goal. However, statistics show how the European public procurement market is still relatively hermetic regarding the involvement of new bidders and particularly SMEs, being this one of the main flaws of the sector at EU level. Even if an effective competition is not sufficient to guarantee integrity in procurement, it contributes to the participation of a greater number of actors in the procedure, and therefore, if the correct mechanisms are generated, it translates into greater number of supervisors. The opening for competition should, hence, remain one of the bulwarks of integrity in public procurement.

FIFHT. The elaboration of a new public procurement law which aims at being effective against corruption should create an ethical procurement environment in its totality and not just on those contracts above certain thresholds. Data and studies reveal how corruption is a more common phenomenon in contracts concluded by local or regional authorities and in those decentralized entities.

In our country there is a highly decentralized public procurement system as a result of the configuration of the Administration and the escaping from administrative law. Even though in recent times certain tendencies towards re-municipalisation can be observed, our public procurement system still gathers up to 20.000 contracting powers, being the third OECD country with a more decentralised expenditure and being executed most of those public funds by small entities and local authorities. However, measures towards integrity have tended, deliberately or not, to limit its scope of action to big contracts above certain thresholds or to central procurement bodies.

The new anti-corruption policy cannot remain insensitive to this organizational reality in Spain and Europe, and should adopt a comprehensive approach which would provide the necessary tools at every contracting level on the basis of the characteristics,

complexities and limitations of each of those spheres in which public procurement takes place.

SIXTH. Although we can identify certain tendencies and corruption tends to approach with greater force, for example, in works contracts or in local levels, the truth is that the ways of materialization of irregularities are almost endless, can appear at any stage in the procedure and, in most of the cases, they go beyond a mere illegality to adopt the form of an abuse of discretionary power. The identification of the limits and reasons underlying this kind of deviations from public interest is extremely problematic, and for that task a functional approach is essential, together with the use of indicators that can facilitate the discovery of abnormal tendencies and strengthen oversight.

The key lies on identifying risk elements that can conceal corruption such as the unjustified reduction of the deadline for the submission of tenders, the constant, excessive or unjustified use of extraordinary contracting procedures based on limited competency or direct award, the systematic setting of the estimated value of contracts lightly under transparency or remedies thresholds, limited number of bids in several contracts, reiteration of bidders in different contracts, exclusion of numerous tenderers for not meeting the solvency requirements, excessive time for evaluation, excessive size of a contract or unjustified lots division, excessive duration of the contract, estrange behaviours among bidders (high prices, similar bids, waivers during the procedure, etc.), subcontracting among bidders, contract modifications, etc.

All the stated practices should be controlled on preventive basis by public procurement law, and that control cannot be limited to formal or strictly legal supervision, which reveals itself as altogether insufficient for a real control of those aspects. The paradigm shift needs to come, thus, from a profound transformation of the control system based on the control the discretionary power and not just on the regulations. And this supervision should rest on the principle of good administration as a substantive element and a real legal tool. Throughout the procedure, this must materialize as: judicial controls on the suitability and the due diligence of the Administration activities based on the principles of procurement law that permit limitation of certain discretionary acts manifestly disproportionate or irregular; the exigence for contracting authorities and public officers of motivating decisions within a contract so as to provide real

transparency to the decision process; an efficient regulation regarding conflicts of interest which facilitates the recognition of risk situations and the prevention of its development into corrupt activities.

SEVENTH. The approach to corruption in public procurement cannot be limited to a penalties system, neither can it evolve towards an exhaustive regulation aiming at reaching complete objectivity. In the first case, a penalties system should in all cases guarantee in a strict way the principle of legality and preserve legal security –in other words, it requires classification. But, according to the characteristics of corruption stressed, an exhaustive classification of possible irregularities is predictably unattainable.

In the second of the scenarios –an hypothetical regulation of administrative choices towards objectivity– similar restrictions are faced giving place to two possible consequences: (1) failure on the expected control due to the impossibility of foreseeing by positive regulation every manifestation of corruption and its relations with fraud or conflicts of interest; and (2) resulting in a highly bureaucratic and rigid system that can obstruct in practice the efficient activity of procurement entities, giving even place to more corruption.

Discretionary power and flexibility play an important role in public procurement. It is essential for a proper adaptation of contracting authorities to the particularities of each society (different interests or needs to be met) and every market sector (particular goods, services or works). The size of the contract, the degree of development of the sector regarding social, environmental or innovation issues, and other elements can determine certain contractual decisions in one direction or the other. There is no reason, therefore, for overregulating the system with endless formal or administrative requirements with the aim of transforming public officials in mere executors of the law without margin of discretion, for it can return public procurement to the bureaucratic system it has been trying to overcome for years.

EIGHTH. Conflicts of interest regulation represents, for all the above mentioned, as a particularly suitable subject in the creation of a non-restrictive integrity system that would respect discretionary contracting power. The European legislator, aware of this,

included in article 24 of Directive 2014/24, for the first time for public procurement, a definition of conflict of interest and the obligation both to State Members and contracting authorities (recital 16) to prevent them, designating through this a new role allocation on this subject.

The definition of the concept, rightly sets a wide subjective and objective scope of application which responds to the characteristics of a sector of action falling between public and private sectors. Likewise, following the case law of the CJEU, it imposes the obligation to contracting authorities to investigate and evaluate the existence and eventual incidence of conflicts of interest. It is not an automatic application of dispositions. Quite the contrary, it requires an active involvement of contracting authorities as watchdogs and administrators of this risk situations. The conscious amplitude of the concept and the new role placed on contracting authorities are two key aspects in this new model of public procurement, and it represents, in good measure, the legal strategy that the European legislator seems to adopt, which, in our view, should serve as a basis for the development of a procurement system towards integrity.

The norm does not detail the specific forms in which this obligation should be articulated during the procedure by contracting authorities. However, in combination with the case law of the CJEU, it settles down some essential criteria which recognise a wide margin of discretion to contracting authorities on this preventive task, on the one hand, and levy sufficiently clear limits as to generate a legal mandate prone to be breached and generate legal effects, on the other. These limits are, firstly, the mandatory application of principle of proportionality in the implementation of measures directed to correct or prevent these anomalies –particularly with regard to exclusion measures; and secondly, the obligation to conduct diligent research and take appropriate measures before a possible conflict of interest –implying the obligation to exclude an undertaking from the procedure when a conflict of interest cannot be resolved by less restrictive means (article 54.7.e). Consequently, a way of action that contravenes the exposed can lead to: (1) the annulments of the proceedings, or (2) the imposition of compensation for damages in favour of those bidder not affected by this irregularity on the basis of the expenses incurred in the preparation of bids.

All in all, this derives, in practice, in the necessity for contracting authorities to articulate information and report systems that can help them to visualize conceal conflicts, for the reaction capacity before these situations would highly depend on its detection in an early stage of the contract.

NINTH. However, one principal objection can be made to the EU regulation of conflicts of interest: its division of the phenomenon in two apparently isolated categories, real and apparent conflicts of interest. We consider this division to be artificial, for a conflict of interest, due to its objective character which makes its existence detached from anhypothetical willingness of the person affected, is a situation whose existence relies always on an external and objective appreciation, which means conflicts of interest are always a question of appearance.

The reference to real conflicts of interest, as in opposition to other “non-real” conflicts of interest catalogued as apparent, gives the false impression that there is a clear line that divides one from the other; one is real, while the other is sort of fictional. However, the truth is that it is not possible to talk about conflicts of interest in terms of white and black. On the contrary, all conflicts are a matter of appearance, and its risk or possible incidence on the contract corresponds more accurately to a scale of grey conflicts.

This nuance, far from being merely conceptual or semantic, has generated some confusion in the case law of the CJEU. In cases such as *eVigilio*, the Court divides the burden of proof in two procedural moments: in a first stage, it is to the claimant to demonstrate the existence of an apparent or soft conflict of interest, and once proved, burden of proof changes to rest on the contracting authority who would have to prove that that situation did not have influence in the development of the contract or that its smoothness renders it innocuous. However, relying on the apparent and real conflicts of interest difference, CJEU seems to rise initial the burden of proof in certain cases to a real conflict of interest, in which the claimant is required to prove that the conflict has had influence in the development of actions. This kind of requirement distorts the very nature of the phenomenon –as a conflict of interest exists regardless of it effects or the intention of the persons affected– and imposes an excessive burden of proof to the claimant as the CJEU itself has stressed in *eVigilio*.

It is, therefore, a nuance that, in case of being overcome, could clarify and correct certain confusions generated in the practical management and evaluation of conflicts of interest, which otherwise can tangle the evaluation by the courts and the managers themselves of the new obligations set out by the Directives.

TENTH. In its transposition to national law, conflict of interest provisions, materialized in articles 64.2 and 71.1.g) of 9/2017 Act, its ruling has additional shortcomings that can jeopardize its correct implementation. The definition of article 64.2 does not include virtually any novelty with regard to article 24 of Directive 2014/24, but minor omissions in its wording can be interpreted as reducing the subjective scope of application. Taking into account that article 24 of the Directive acts as a minimum definition, it means that, at least for those harmonized contracts, the scope of application would need to be widened in order to be consistent with EU law –something that, in any case, does not seem to be problematic as definition from article 64 is equally a minimum definition.

Perhaps a more controversial aspect is the regulation of conflicts of interests as causes of exclusion in article 71.1.g). It refers to complementary legislation to set out its scope of application, a fact which in practice notably reduces its scope of action with regard to the exclusion grounds provided by the Directives and the above-mentioned concepts. As it is a *numerus clausus* exclusion ground, it can limit the possibilities for contracting authorities to exclude a bidder on the basis of a non-explicitly foreseen by law conflict of interest.

Likewise, as a result of the automatic and mandatory application of those exclusion grounds, the Spanish Public Sector Contracts Act is limiting principle of proportionality from its application, an aspect that has been considered as essential in its application by European law.

This regulation removes, in practice, the principal characteristic that European regulation introduced to the conflict of interest scheme, which is no other than the allocation in the contracting authority of the obligation to *actively* investigate, evaluate and correct possible conflict of interest, providing them for that purpose with great doses of discretionary power. The 9/2017 Act reproduces, foreign to what EU law says,

the same automatic exclusion system that relegates contracting authorities to a passive role in the promotion of integrity. This situation could even be constitutive of a breach of EU law if we assume that it breaches principle of proportionality or if we interpret, as it can be inferred from the new wording of facultative causes of exclusion in the Directive, that these provisions are directed to contracting authorities and not to Member States as it was in previous generations of procurement directives. Such an interpretation would mean that, in the transposition of the directives, national legislator does not have conferred powers to decide whether or not to include in national legislation the provisions regulated as facultative causes of exclusion. In contrast, the facultative aspects of the provisions would be placed directly on contracting authorities, who would have to elucidate, case to case, whether or not a cause of exclusion is applicable in view of principle of proportionality.

ELEVENTH. The new obligation set out by the European directives with regard to corruption and conflicts of interest prevention, and somehow by national Spanish law, require from Member States and contracting authorities to take an eminently active role in such tasks. As a result of this change of paradigm, policies against corruption cease to be treated as high legislative and political level problems to become nuclear aspects of the daily management in each contracting authority. European law creates a new set of responsibilities which seem to shove contracting authorities towards the auto-regulation, making them responsible of the due diligence throughout this process. With that, EU law is trying to reach greater efficiency and flexibility when it comes to adapt measures to the problems and particularities of each contract, sector or entity.

From a preventive approach, in the present research we have analysed the pros and cons of diverse measures that can help in the adaptation needed both at national and contracting level. Fundamentally, the measures addressed have been: the regulation of lobbies, political parties funding and other parallel flows of money; and at contractual level, the adoption of codes of conduct, the professionalization of procurement including personal rotation, or the implementation of technological advances to serve integrity. The first seem absolutely necessary in order to facilitate the identification of indirect conflicts of interest, paybacks, and other parallel actions. However, the second, even though are elements with evident utility, experiment certain limits regarding its application to PANAP and small local entities which impedes them to be holistic or

comprehensive solutions. They would have to be understood, instead, as complementary tools for those contracting authorities of big size belonging to the public Administration.

Within this last group can be classified, as well, integrity pacts, even though they are of mixed initiative, public and private. Usually described as one of the main innovation in public procurement integrity of the last years, their main advantages are a great capacity of adaptation to specific characteristics, possibility of reinforcing ethical standards and, specially, the option of external supervision by members of the civil society. However, it can experiment as well important limits with regard to the possibilities of imposing extra penalties to public officials, which would depend on the legal system, or the binding character of the reports made by the group of experts. Likewise, the investment needed for its implantation makes these tools only available for big contracts or large contracting authorities.

TWELFTH. Instrumentalization of the actors involved in the decision procedure is revealed, as above stated, as one of the basis of the regulation for integrity. We have mentioned the new role given by Directive 2014/24 to contracting authorities by creating new incentives to shove them to undertake by themselves preventing and oversight initiatives. However, the creation of an ethical environment requires of allocation of incentives as well in the private sector, and this allocation is fundamentally made by the regulation of causes of exclusion and *self-cleaning* measures.

These dispositions foresee the exclusion of a bidder when it has been condemned for corruption offences, but at the same time they compel contracting authorities to give audience and evaluate any possible measure that the economic operator can demonstrate to have taken in order to determine whether that measure is sufficient to demonstrate its reliability. Again, this regulation follows the instrumentalization technique and intends at translating to the economic operator the responsibility of adapting, creating and innovating on the field of integrity, so that it will exist a real will in the private sector for ensuring the integrity of its actions.

For the above exposed is essential that the contracting authority carries out an individualized and substantive review of the measures adopted, for a formal

examination would derive in a check-listing system by the contracting authority that would relegate it to a passive position. If these evaluation are reduced to a formal examination, the private sector, always looking for efficiency in its actions and acting on its own behalf, would limit itself to comply with the requirements trying not to actually modify its way of proceeding, and the active role of private sector would be eliminated. Consequently, the evaluation of these measures should be carried out, as it was the case of conflicts of interest, on a case to case basis, taking into account the particularities of each case and motivating the decisions.

THIRTEENTH. The remedies system keeps being the main way of control of eventual manipulations or irregularities within the contract. In those cases in which the contracting power does not act with due diligence and undue advantages for some bidder take place, the other tenderers have intrinsic motivations to bring it before a court. At this point, certain aspects must be taken into account in order to guarantee the functionality of the appeal.

Firstly, an effective remedies system is always based on effective transparency and competency. In order to make an appeal, the claimant must be in position to know the motives and justifications that gave place to the situation appealed. But additionally, it must exist a situation of effective competency among bidders in order to give place to an effective control between them. Contracting authorities must place special attention on avoiding any anti-competitive practice both by bidders or by itself as buying power. Phenomena such as bid-rigging or collusive practices distort competency and can in practice render innocuous the remedies system, as it would no be control between tenderers if there is no competition among them.

Secondly, the remedies system requires a wide legitimation that would allow to bring before the courts any act that can give place to undue advantages regardless of its formal nature or the procedural moment when they take place. And finally, the role of the judge needs to be reinforced when it comes to control discretionary powers and due diligence of the Administration, which would be based on a direct application of principle of integrity and good administration. The new European regulations seem to allocate on the judge a greater role, much more transcendental and complex, in the

control of discretionary powers. It is needed, therefore, a change of paradigm in this sense that would require of the provision of human and technical resources in the courts.

FOURTHEENTH. It is strictly necessary to adopt a system that allows citizen engagement in the oversight system of public procurement. The main mechanisms that can facilitate this kind of civil supervisions are pacts of integrity and a broader interpretation of the subjective legitimacy in the access to courts, which would, for example, allow transparency related ONGs to bring an action before the courts on the basis of their conformation as representatives of collective interests. In a parallel way, and as a consequence of the new reserved for contracting authorities on this subject, it can be of great interest the construction of reporting systems between citizens and contracting authorities, especially in local or small contracting authorities that cannot access to other more elaborated oversight systems.

The new technologies should act as the guiding thread in the construction of a comprehensive mechanisms of information and supervision in public procurement. The elaboration of an European database regarding unappealable convictions would let citizens and contracting authorities know the existence of causes of inclusion, and he use of databases regarding relations among enterprises and between these and the public sector would undoubtedly simplify investigations on conflicts of interest prevention.

Likewise, the external supervisions by governmental regulatory agencies should abandon the strict legal control and make use of the technological tools at disposal. This would, in the first place, help them to detect which contracts reveal more risks of corruption and hence optimize its resources, and, in the second place, throughout the use of big data, they would be able to generate risks maps in order to identify abnormal trends at global level and design policies and strategies on the basis of empirical evidence-research.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBINK, K. y SERRA, D. “Anti-corruption policies: Lessons from the lab”. En: SERRA, D. y WANTCHEKON, L. *New advances in experimental research on corruption*. Emerald Group Publishing Limited, 2012
- ABED, G.T. y GUPTA, S. *Governance, Corruption, & Economic Performance*. International Monetary Fund, 2002.
- ACEMOGLU, D. y VERDIER, T. “The Choice between Market Failures and Corruption”, *American Economic Review*. Volumen 90, n.º 1. Marzo del año 2000, pp. 194-211. Disponible en: <http://economics.mit.edu/files/3908>
- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J.A. *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. New York: Crown, 2012.
- ACKOFF, R. *Las fábulas antiburocráticas de Ackoff*. Barcelona: Granica, 1993.
- AGUDO GONZÁLEZ, J. “El método en el Administrative Law inglés: entre el discurso jurídico y el discurso político”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 165, 2014, pp. 407-449.
- AICPA. *Consideration of Fraud in a Financial Statement Audit*. 2002. Sección 316, 1719 – 1770. Acceso el 19 de octubre de 2017. Disponible en: www.aicpa.org/Research/Standards/AuditAttest/DownloadableDocuments/AU-00316.pdf
- AIDT, T.S. “Economic Analysis of Corruption: A Survey”, *Economic Journal* 113, issue 491, 2003, pp. F632-F652.
- “Corruption, Institutions and Economic Development”. *Oxford Review of Economic Policy*. 25(2), pp. 271-291.
- ALBANO, G.L. y NICHOLAS, C. *The law and economics of frameworks agreements. Designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F. “España y la Unión Europea Occidental. Condiciones para una adhesión”. *Tiempo de paz*, n.º 10, 1988, pp. 4-11.
- ALLI ARANGUREN, J.C. “Gobernanza Europea”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra 14, 2013, pp. 19-49.
- ALVAR EZQUERRA, A.: *El Duque de Lerma . Corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2010.
- ÁLVAREZ FLORES, C.A. “Combate a la corrupción”, en VIZCAÍNO ZAMORA, A. *Combate a la corrupción*. Mézico DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2011. pp. 19-25.
- ALZAMORA VALDEZ, M. “El poder político en la filosofía de Santo Tomás de Aquino”. *THEMIS: Revista de Derecho*, n.º 7, 1987. pp. 11-12.

- AMOEDO SOUTO, C.A. *TRAGSA: medios propios de la Administración y huida del derecho administrativo*. Barcelona: Atelier, 2004.
- “La transparencia contractual en Galicia”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 273-305.
- “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 369-410.
- ANDERSEN, T.B. “E-Government as an anti-corruption strategy”. *Information Economics and Policy*, 21 (3), 2009, pp. 201-220.
- ANDERSON, R. “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”. *Public Procurement Law Review*, 26, 2007.
- ANDERSON, R.D. y ARROWSMITH, S. “The WTO regime on government procurement: past, present and future”. En: ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 3-58.
- ANDERSON, R.D.; KOVACIC, W.E. y MÜLLER, A.C. “Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance”. En: ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D. *The WTO regime on government procurement: challenge and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 681-718.
- ANDRE ROSAS, L.A. “Efectos de la corrupción sobre el crecimiento económico: Inferencia bajo dos escenarios”. *Revista Universitaria Europea*, n.º 21, diciembre 2014, pp. 93-110.
- ANITA, N. y TÜNDE, T. *New warning systems for the identification of red flags in public procurements*. Transparency International Hungary, 2015.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. “Una reflexión sobre transparencia y buen gobierno”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5, 2013, pp. 214-233.
- ARGANDOÑA, A. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales”. Edit. IESE Business School – Universidad de Navarra, 2006. Disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>
- ARGANDOÑA, A. y MOREL BERENDSON, R. “La lucha contra la corrupción: una perspectiva empresarial”. En: *Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*. IESE Business School: Universidad de Navarra, n.º4, 2009.
- ARGÜELLO, L.R. *Manual de derecho romano*. Editorial Astrea, 2000.
- ARIAS RODRÓGUEZ, J.M. “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea” *Diario La Ley*, n.º7989, Sección Doctrina, 21 de diciembre de 2012.

- ARJONA TRUJILLO, A.M. “La corrupción política: una revisión de la literatura”. *Documento de Trabajo 02-14. Serie de Economía 04*. Julio de 2002. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/id/32/de021404.pdf/>
- ARNALDO ALCUBILLA, E (Coord.). *Enciclopedia Jurídica*. Madrid: La Ley, 2009.
- ARNEDO ORBAÑOS, M.A. “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas : posibilidades y limitaciones”. *Revista Española de Control Externo* , vol. 1, n.º 3, 1999, pp. 61-89.
- ARONE, M. e ILIOPULOS, E. *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*. Milano: V&P, 2005.
- ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Colección Marino Barbero Santos, 2006.
- ARROWSMITH S., LINARELLI, J. y WALLACE, D. *Regulating public procurement law: national and international perspectives*. Kluwer Law International, 2000
- ARROWSMITH, S., PRIEB, H.J. y FRITON, P. “Self Cleaning – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law”. En: ARROWSMITH, S. *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. Colonia, Alemania: Carl Heymanns Verlag Wolters Kluwer, 2009.
- ARROWSMITH, S. (edit.) *EU Public Procurement Law: An Introduction*. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010.
- *Public Procurement Regulation: An Introduction* Nottingham: University of Nottingham, 2011.
- ARTERO MUÑOZ, J.P. “Medios de comunicación, derecho a la información y corrupción”. En: VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.M.; TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 109-124.
- ASSIS RAIMUNDO, M. “Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no direito dos contratos públicos” . *e-Pública Revista Eletrônica de Direito Publico*, vol. 4, n.º 2, 2017.
- ATTILA, J. “Globalization and corruption”. En: TEIXEIRA, A.A.C., PIMENTA, C., MAIA, A. y MOREIRA, J.A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Nueva York: Routledge, 2016, pp. 40-54.
- AUBY, J.B. “Corruption and conflict of interest: some comparative comments”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 123-131.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. “La buena administración: ¿objeto de protección o criterio de supervisión de la actividad administrativa para las instituciones de los defensores del pueblo?”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ

- RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. pp. 43-54.
- AYMERICH CANO, C. *Un problema pendiente: La anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- “Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos administrativos afectados por corrupción”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 291-303.
- “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 45-46, 2015, pp. 209-239.
- “Acercas de la (in)eficacia de las prohibiciones para contratar. Crítica de la resolución del TACRC 653/2017, de 14 de julio”. *Observatorio de Contratación Pública*, 19 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.341/recategoria.208/reلمenu.3/chk.6d21be000f75065b12e98196cdd32806>
- AYUSO, S. “Códigos éticos de las empresas públicas españolas: Principios, conductas e implantación”, *Documento de trabajo* n 16, *Escola Superior de Comerç Internacional*, octubre 2013, pp. 24 y ss.
- AZOULAI, L. y CLEMENT-WILZ, L. “La bonne administration” en J.B. AUBY y J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (eds.). *Traité de droit administrative européen*. Bruselas: Bruylant, 2014.
- BACIGALUPO, S. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”. En: VILLORIA MENDIETA, M.; GIMENO FELIÚ, J.M.; TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 435-450.
- BAENA GARCÍA, L. et al. *La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya*. Barcelona: Oficina Antifrau de Catalunya, 2016.
- BALLESTEROS, A. *Las Cortes de 1252*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Fortanet, impresor de la Real Academia de la Historia, 1911.
- BANCO MUNDIAL. *Governance: The World Bank's Experience*, Washington, D.C.: World Bank, 1994.
- *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*. 15 de octubre de 2006.
- *Improving development outcomes – annual integrity report*. Washington D.C.: Grupo del Banco Mundial, 2007.
- *Fraud and Corruption Awareness Handbook. How it Works and what to look for: a handbook for staff*. Banco Mundial, 2013.

- *Benchmark Public Procurement 2016*. Washington D.C.: Grupo del Banco Mundial, 2016.
- “Most Common Red Flags of Fraud and Corruption in Procurement”. Acceso el 19 de octubre de 2017. Disponible en: http://siteresources.worldbank.org/INTDOII/Resources/Red_flags_reader_friendly.pdf
- *Bank Policy: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*. 28 de junio de 2016. En vigor desde 1 de julio de 2016.
- *Procurement Regulations for IPF Borrowers*. Julio 2016.
- *Bank Directive: Procurement in IPF and Other Operational Procurement Matters*. 28 de junio de 2016. En vigor desde el 1 de julio de 2016.
- BANDURA, A. *Pensamiento y acción. Fundamentos sociales*. Barcelona: Martínez Roca, 1987.
- BANERJEE, A., HANNA, R. y MULAINATHAN, S. “Corruption”. *Massachusetts Institute of Technology Working Paper*, 12-08, 2012.
- BAÑO LEÓN, J.M. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º151, 2000.
- “El modificación de los contratos”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.345-1.364.
- BAÑÓN GOMIS, A.J. “Análisis bidimensional de la corrupción como antesala de la lucha anticorrupción”. En: BAÑÓN I MARTÍNEZ, R. y TAMBOLEO GARCÍA, (Dir.) *Ideas para la Gobernanza*. Madrid: Fragua, 2015, pp.721-736.
- BARBATI, S. “Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi”. *Rivista di Diritto Romano - XII - 2012*.
- BARDHAM, P. and MOOKHERJEE, D. “Decentralization, corruption and government accountability”. En: ROSE-ACKERMAN, S (edit.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton (EEUU): Eduard Elgard Publishing, 2006, pp.161-188.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. “Prodecimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”. En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010. pp. 49-80.
- “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”. *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

- “El derecho administrativo como el verdadero derecho de la sociedad”. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2016, pp. 43-75.
- BASSOLS, M. “Gozar con impunidad”. Artículo de prensa publicado el 7 de abril de 2016 en *Página12*. [Consulta el 8 de febrero de 2017]. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/rosario/21-54061-2016-04-07.html>
- BAUTISTA, O.D. “Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”. *Revista de las Cortes Generales*, 65, 2005, pp. 123-154
- *La ética en la gestión pública: fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos*. Dirigida por Agustín E. Ferraro. Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2007.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. “El contrato administrativo: entre la invalidez y el delito”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, 2016, pp. 128-159.
- BELMONTE, E. “Los Reyes del ladrillo”. *Civio: Quién cobra la obra*. Acceso el 14 de octubre de 2017. Disponible en: <https://civio.es/quien-cobra-la-obra/2016/11/15/los-reyes-del-ladrillo/>
- “El 60% de los contratos de los ministerios en 2014 se adjudicaron sin concurso”. En *Quién cobra la obra*. Consultado el 31 de marzo de 2016. Disponible en: <http://quiencobraobra.es/el-60%25-de-los-contratos-de-los-ministerios-en-2014-se-adjudicaron-sin-concurso/>
- BENSON, G.C.S. *Political corruption in America*. Nueva York: Lexington Books, 1978.
- BERBEROFF, D. “La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 163-202.
- BERGEN, M., DUTTA, S. y WALKER, O.C. “Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories”. *Journal of Marketing* Vol. 56, n.º 3, julio, 1992, pp. 1-24.
- BERNAL BLAY, M.A. “El principio de objetividad en la contratación pública”. *Revista Documentación Administrativa*, n.º 289, 2011, pp. 129-150.
- “Los efectos de los programas de *compliance* en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 411-422.
- “Los programas de Compliance en el «nuevo» Derecho de los contratos públicos”. En: *Observatorio de Contratación Pública*. 16 de febrero de 2015.
- “Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública”. En: LÓPEZ RAMÓN, F. *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI*

- Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2016, pp. 365-373.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 689-714.
- BETEGÓN, J. “Confianza y justicia penal”. En: BETEGÓN, J. y DE PÁRAMO, J.R. *Derecho, confianza y democracia*. Albacete: Bomarzo, 2013, pp. 83-104.
- BEUCHOT, M. “Santo Tomás de Aquino: del gobierno de los príncipes. *Revista Española de Filosofía Medieval*, 12, 2005, pp. 101-108.
- BIELGELMAN, M.T. y BIELGELMAN, D.I. *Foreign Corrupt Practices Act: Compliance Guidebook*. Nueva Jersey: Wiley, 2010.
- BIOGNI, M., SPAGNOLO, G. y VALBONESI, P. “Sticks and Carrots in Procurement: An Experimental Exploration”. *B E Journal of Economic Analysis & Policy*, 14 (3), 2014.
- BITENCOURT NETO, E. *Improbidade Administrativa e violação de princípios*. Brasil: Del Rey, 2005.
- BOERSMA, M. *Corruption: a violation of Human Rights and Crime Under International Law?*. Cambridge: Intersentia, 2012.
- BOVIS, C. *Public Procurement in the European Union*. Houndmills (Reino Unido) Palgrave Macmillan, 2005.
- *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- “Judicial activism and public procurement”. En: BOVIS, C. (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement*. Elgar, 2016, pp. 329 y ss.
- BOUSTA, R. “Who Said There is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *European Public Law*, 19, Issue 3, 2013, pp. 481-488.
- BRAENDLE, U.C., GASSER, T. y NOLL, J. “Corporate Governance in China - Is Economic Growth Potential Hindered by Guanxi?”. *Business and Society Law Review*, vol. 110, n.º 4, 2005. pp. 389-405.
- BRAGUINSKY, S. “Corruption and Shumpeterian Growth in Different Economic Environments”. *Contemporary Economic Policy*, n.º 14. julio 1996, pp. 14-25.
- BROCK, G. “Institutional Integrity, Corruption, and Taxation” *Research in Action Working Papers*, Edmond J. Safra Center for Ethics, n.º 39, 2014. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2408183>
- BRYTTING, T., MINOGUE, R. y MORINO, V. *The Anatomy of Fraud and Corruption: Organizational Causes and Remedies*. Farhnan (Reino Unido): Gower Applied Research, 2011.

- BUSTOS GISBERT, R. “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 135-161.
- CAFAGGI, F. “Gouvernance et responsabilité des regulateurs privés”. *EUI Working Paper Law*, San Domenico, Firenze, 2005.
- CALASSO, F. (dir.) *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Guiffrè, 1952.
- CANO CAMPOS, T. “El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse”. En: Obra Colectiva *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2017, pp. 57-116.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho Administrativo y el Derecho Penal”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Número 4, 2013, pp.29-56.
- CAPELLA, J.R. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997.
- CARLONI, E. “El sistema de la lucha contra la corrupción en Italia . Características, tendencias y problemas abiertos”. *ReALA Nueva Época*, n.º 7, 2017, pp. 86-102.
- “Lobby regulation to prevent corruption”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 133-152.
- CARMONA GARIAS, S. “La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia : reinterpretación del panóptico a través del *Open Government*”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, pp. 783-806.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. “Ética pública y normativa administrativa”. *Revista de Administración Pública*, 181, 2010, pp. 9-37.
- CASARES MARCOS, A. “Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos”. *Documentación Administrativa*, n.º 280-281, 2008.
- CASSAGNE, J.C. “La “diviso” público-privada: una dicotomía central de la contratación administrativa.” *Contratación Administrativa Práctica*. n.º 141, Enero-Febrero 2016, pp. 48-59.
- *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: BdeF, 2016, pp. 271 y ss.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 213-226.
- CASTRO CUENCA, C.G. *La corrupción en la contratación pública en Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2009.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Publicidad y transparencia en el Parlamento Europeo”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 45, 1998. pp. 7-46.
- *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, n.º 15, 2016.
- “Los conflictos de intereses y los pactos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos”. En: VILLORIA MENTIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J. (Dir.). *La corrupción en España. Ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp.187 y ss.
- “El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 2, 2016, pp. 199-236.
- “La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, pp. 77-91.
- “La contratación abierta en la futura ley de contratos del sector público”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 150, 2017, pp. 6-20.
- “Public transparency as a tool to prevent corruption”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 1-24.
- “El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales”, *Cuadernos de Derecho Local* n.º 45, 2018.
- “Nuevos mecanismos para garantizar la integridad en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.615-1.656.
- CEVA, E. y FERRETTI, M.P. “The Ethics of Anti-Corruption Policies”. En: LEVER, A. y POAMA, A. (eds), *The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*. Nueva York: Routledge, 2018.
- CHACÓN, P.E. “Nada bueno hay que esperar de los intentos de restauración de la figura de un padre”. Entrevista realizada a Miquel BASSOLS PUIG para el diario *Télam*. [Consulta el 8 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201402/53387-nada-bueno-hay-que-esperar-de-los-intentos-de-restauracion-de-la-figura-de-un-padre.html>
- CHAMPION, J. *Dictionary of American Criminal Justice: Key Terms and Major Supreme Court Cases*. Chicago, Londres: Fitzroy Dearborn Publishers, 1998.
- CHARRON, N., DAHLSTROM, C., LAPUENTE, V., FAZEKAS, M. “Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes”. *The Journal of Politics*, vol. 79, n.º 1, 2017.

- CHEVER, L. y MOORE, J. "Discretion and Efficiency in Public Procurement: Evidence from France". *Chaire Economie des Partenariats Public -Privé*, Discussion Paper 9, 2012.
- CHINCHILLA MARÍN, C. "El Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo". *Revista de Administración Pública*, n.º 200, 2016, pp. 361-383.
- CHONG, E., KLIEN, M. y MOORE J. "Elections and project delivery in public work procurement: A red ribbon effect?" *EPPP DP*, n.º 11, 2014.
- CHUL HAN, B. *La sociedad de la transparencia*. Traducción de Raúl Gabás. Barcelona. Herder Editorial, 2013, pp. 79-80.
- CLINTON, B. "World without walls". En *The Guardian*. Versión Digital. 26 de enero de 2002. Consultado el 29 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.theguardian.com/education/2002/jan/26/socialsciences.highereducation>
- CNMC. *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5 de febrero de 2015.
- CNUDMI. *Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas, 2013.
- COCKCROFT, L. *Global corruption: Money, Power and Ethics in the Modern World*. Pensilvania, EEUU: Penn, 2012.
- COMISIÓN EUROPEA. *Réponse a la question n.º221/71 de M. Califice*. 14 de octubre de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florence, Italy.
- Réponse a la question n.º222/71 de M. Califice*. 9 de noviembre de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florence, Italy.
- *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre contratos públicos*, COM (84) 717 final, 1984.
- *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Comisión Europea, Bruselas, 27 de noviembre de 1996.
- *La contratación pública en la Unión Europea*. Bruselas, 11 de marzo de 1998, COM (98)143.
- *Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción*. Comisión Europea. Bruselas, 2003. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:133301&from=EN>
- *Green paper european transparency initiative*. Bruselas, 3 de mayo 2006, COM (2006) 194 final.

- *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2017.
- *Information Note on Fraud Indicators for ERDF, ESF and CF*. EC DG REGIO, COCOF 09/0003/00-EN. 2009. Acceso el 08 de octubre de 2017. Disponible en: www.eufunds.bg/document/271
- *Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*. Presentado al Presidente de la República Francesa el 26 enero 2011.
- *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. Bruselas, 27 de enero de 2011. COM (2011) 15 final.
- *La lucha contra la corrupción en la UE*. Bruselas, 6 de junio de 2011. COM (2011) 308.
- *Evaluation report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*. Commission Staff Working Paper. European Commission. Bruselas 27 de junio de 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf
- *Public Procurement Indicators 2013*, Documento de trabajo de la Comisión Europea de 17 de junio de 2015. Disponible en: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/11022?locale=es>
- *Report from the Commission to the Council and the European Parliament: EU Anti-Corruption Report*. COM(2014) 38 final. Bruselas: Comisión Europea, 3 de febrero de 2014. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf
- *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*. European Commission. (Eurobarómetro) Flash Eurobarometer 374. Febrero 2014.
- *Fondos Estructurales y de Inversión Europeos: Orientaciones para los Estados miembros y las autoridades responsables de los programas; Evaluación del riesgo de fraude y medidas efectivas y proporcionadas contra el fraude*. Bruselas: Comisión Europea, 2014.
- *EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016*, Bruselas: Comisión Europea, 2015.
- *Public procurement – Study on administrative capacity in the EU*. 14 de abril de 2016. Consultado el 16-04-2016. Disponible en: http://ec.europa.eu/regional_policy/en/newsroom/news/2016/04/14-04-2016-public-procurement-a-study-on-administrative-capacity-in-the-eu
- *Making Public Procurement work in and for Europe*. Estrasburgo, 3 de octubre de 2017, COM(2017) 572 final.

- *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. COM (2017) 572 final, 2017.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL. *Projet d'avis de la section de l'industrie, du commerce, de l'artisanat et des services sur les "Possibilités de développement des secteurs de technologies avancées de la Communauté par al voi de la politique d'ouverture des marchés publiques*. 12 de marzo de 1976. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- COMITÉ DE REPRESENTANTES PERMANENTES. *Note*. Bruselas: Communautés Européennes. 25 de febrero de 1969 262/69 (E.S.18). Consultado el 29 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES. *Parliament Européen: Documents de séance 1972-1972. Rapport complémentaire fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission de Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*. 18 de abril de 1972 DOC 16/72.
- COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES: *Le Conseil. Note*. Bruselas: Communautés Européennes. 22 de mayo de 1970. 1008/70 (E.S.85), p.6. Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea, European University Institute Florencia, Italia
- COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. *Première communication de la Commission au Conseil sur l'état d'ouverture des marchés publics et des marchés des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général en ce qui concerne les fournitures*. SEC (72) 2601 final. Bruxelles, 24 de julio de 1972. pp. 4-5. Consultado en los Archivos Históricos de la Unión Europea, European University Institute, Florencia, Italia. (6 de diciembre de 2016).
- CAMPOS ACUÑA, C. *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*. Granada: CEMCI Publicaciones, 2017.
- CONCHA JARAVA, M. "El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998". En: HINOJOSA MARTÍNEZ, E. *La contratación de las administraciones públicas*, Comares, 2001, pp. 243-256.
- CONSEJO DE EUROPA. *Recomendación Rec (2003)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a las reglas comunes contra la corrupción en el financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales*.
- CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Proces verbal de la 1ère réunion du Sous-Comité "Marchés-Publics" tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 24 juin 1964*. Bruselas, 10 de julio de 1964. Consultado el 16 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Proces verbal de la 6ème réunion du Sous-Comité "Marchés-Publics" tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 13 novembre 1964*. Bruselas, 2 de diciembre de 1964. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

- *Proces verbal de la 7ème réunion du Sous-Comité “Marchés-Publics” tenue a Bruxelles, au Secrétariat du Comité le 2 décembre 1964.* Bruselas, 22 de diciembre de 1964, pp. 17-18. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Note: proposition de directive du Conseil concernant la suppression des restrictions à la liberté d’établissement et à la libre prestation des services dans le domain des marchés publics de travaux.* Documento 1545/68. Bruselas, 16 de octubre de 1968.
- *Note à l’attention des membres de la Commission. 511ème réunion du Comité des représentants permanents.* Bruselas, 7 de mayo 1969. Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Extrait du projet de compte rendu sommaire de la 511ème réunion du Comité des représentants permanents tenue a Bruxelles, les mardi 6 et le mercredi 7 de mai 1969.* 696/69 (RP/CRS 16) Extr. 1. Bruselas, 13 de mayo de 1969. Consultado el 10 de diciembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Note 1045/69 (E.S. 66).* Bruselas, 1 de julio de 1969. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Note 863/70 (E.S. 77),* en Bruselas, el 11 de mayo de 1970, p.6. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS Y DERECHOS / INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY. *La Corrupción y los Derechos Humanos. Estableciendo el Vínculo.* Versoix, Suiza / Monterrey, México: International Council on Human Rights Policy. 2009. p. 19. [consulta 11-04-2016] Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf

CORONEL, G. “Corrupción, administración deficiente y abuso de poder en la Venezuela de Hugo Chávez”. *Cato Institute Development Policy Analysis*, n.º 2, 2006.

COTINO HUESO, L. “Derecho y «gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas: Propuestas concretas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra 14, 2013, pp. 51-92.

CRAIG, P. “The nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy”. En: CRAIG, P. y BÚRCA, G. *The evolution of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, pp.1-54.

CRISMANI, A. *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività. Aspetti e considerazioni generali con riferimento al diritto comunitario.* Milán: Giuffrè, 2000.

- CTBG. *Informe de evaluación de los órganos constitucionales y reguladores : Órganos constitucionales y de relevancia constitucional y entes reguladores*. CTBG, 2017.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C. “Hacia una teoría general sobre la corrupción en la vida pública”. *Revista Española de Control Externo*. Volumen 4. n.º 11, 2002, pp. 37-70.
- DARLEY, R.G. “Personal conflicts of interest digest”. *Public Contract Law Journal*, 20, 1991, pp. 302 y ss.
- DE AQUINO, T. *Del gobierno de los príncipes*. Edit. Create Space Independent Publishing Platform, 2014.
- DE BARROS FILHO, C., PRAÇA, S. *Corrupção: parceria degenerativa*. Sao Paulo: Papyrus 7 mares.
- DE BENEDETTO, M. “Understanding and preventing corruption: a regulatory approach”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 55-68.
- DE BENITO LANGA, J. Corrupción: convenio civil sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 5, 2010, pp. 492-494.
- “Corrupción: convenio penal sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n.º 10, 2010, pp. 988-992.
- DE CASTRO PANOEIRO, C. “Corrupción, transparencia gubernamental y derecho de acceso a la información: un análisis comparativo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información brasileña.”. Trabajo de Fin de Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Curso 2013-2014. Salamanca: Universidad de Salamanca, Posgrado “Estado de Derecho y Buen Gobierno. [consulta el 1-05-2016]. Disponible en: <http://gredos.usal.es/xmlui/handle/10366/123466>
- DE DIOS, E.S. Y FERRER, R.D. “Corruption in the Philippines: Framework and context”. *The political economy of corruption: Studies in transparent and accountable governance*, n.º 1. Transparent and Accountable Governance (TAG) Project. Manila, 2000 p. 2 [consulta el 12-04-2016]. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN013133.pdf>
- DE GUERRERO MANSO, C. “Análisis del primer pacto de integridad suscrito en España”. (pendiente de publicación) En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- DE LA NUEZ, E. “Partidos políticos y transparencia”. NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (dir.) *Public compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 155-178.

- DE LAS CUEVAS, R. “MESTA: Metodología oficial para medir la transparencia de las administraciones públicas”. *Gobierno*. Consulta el 29 de octubre de 2017. Disponible en: <http://gobierno.es/blog/20170510-mesta.html>
- DE SOUSA, L. Anti-Corruption Agencies: “Between Empowerment and Irrelevance”. *EUI Working Paper RSCAS 2009/08*.
- DE URBANO CASTRILLO, E. “Ética judicial (la lucha contra la corrupción desde la perspectiva judicial)”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VIVANCOS COMES, M. *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 205-217.
- DEL ARCO TORRES, M.A (Dir.). *Diccionario Básico Jurídico*. Granada: Comares, 5ª edición, 1996.
- DELLA PORTA, D. “Los actores de la corrupción : políticos de negocios en Italia” . *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 21, mayo-agosto 2001.
- DEOP MADINABEITA, X. “La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n.º 2, 2001.
- DESCALZO GONZÁLEZ, A. “El buen gobierno de los altos cargos”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 44, 2017.
- DI NICOLA, A. y MCCALLISTER, A. “Existing experiences of risk assesment”. *European Journal of Criminal Policy and Research*, 12 (3-4), 2007, pp. 179-187.
- DÍAZ BRAVO, E. y RODRÍGUEZ LETELIER, A. *Contratos administrativos en Chile: Principios y Bases*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad de Santo Tomás, 2016.
- DICKSON MORALES, R. “La transparencia en la contratación pública”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 165-189.
- DÍEZ GETINO, J.E. y TORIJA HERRERO, S. “Modelo de estrategia para fomentar la integridad y prevenir la corrupción”. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n.º2, septiembre – diciembre 2016.
- DÍEZ SASTRE, S. “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) *Observatorio de los contratos públicos 2014*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.
- “Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública”. En DÍEZ SASTRE, S. (dir.) *Informe sobre la justicia administrativa 2016: tributos, contratos públicos, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Investigación Sobre la Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, 2016, pp. 121-172.
- “Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos”. En: *Obra Colectiva El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 2017, pp. 273-318.

- “La invalidez de los contratos públicos”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 571-598.
- DOBEL, P. “Integrity in the Public Service”. *Public Administration Review*, n.º50(3), pp. 354-366.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. “Actuaciones normativas de la UE entorno a la gobernanza en el sector privado: medidas contra la corrupción en el sector privado.” En: ALDECOA LUZÁRRAGA, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C.R.; y ABAD CASTELOS, M. *Gobernanza y reforma tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 71-86.
- DONG, B. *Causes and Consequences of Corruption*. Thesis presented in fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Economics. School of Economics and Finance. Faculty of Business. Queensland University of Technology, 2011.
- DUMAS, L.J., WEDEL, J.R. y GALLMAN, G. *Confronting corruption, building accountability: lessons from the World of International Development Advising*. Nueva York: Palgrave MacMillan, 2010.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. “¿Contratación administrativa 4.0 o contratación administrativa 0.0?”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.177-1.204.
- ELLIOT, J. “Corrupción en Roma”. *Historia y vida*, n.º 583, 2016, pp. 28-37.
- EMANUELLI, P. *Government Procurement*. Canadá: Lexis Nexis, 2017.
- ERNST & YOUNG. *Anti-bribery and corruption analytics. Integrating anti-fraud analytics into your anti-bribery and corruption compliance approach*, 2012.
- ESCALANTE GONZALBO, F. “La corrupción política: apuntes para un modelo teórico.” *Revista Foro Internacional*. Vol. XXX, n.º 2. México. Octubre-Diciembre 1989, pp. 328-345. Disponible en: http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/JGTRBE7KUH2MR8JL3NLDATTYY7IQD.pdf
- ESCRIHUELA MORALES, F.J. “La contratación del sector público y la corrupción”. *Práctica Contratación Administrativa: revista de contratación administrativa y de los contratistas*. Editorial Wolters Kluwer La Ley, n.º135 Enero - Febrero 2015, pp. 16-21.
- ESSER, *Grundsatz und Norm in, derrichterlichen Forlbildung des Privatsrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsque-llend-undnlerpretalioristehre*, Tübingen. 1956.
- ESTEVE PARDO, J. *Autorregulación: génesis y efectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 26 y ss.

- EVENETT, S.J. y HOEKMAN, B.N. “Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules”. *World Bank Policy Research Working Paper*, n.º 3195, 200.
- FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Edit. Ratio Legis. Salamanca, 2004. pp. 227-229.
- FABIANO, S. *Il nuovo sistema dei controlli e prevenzione de la corruzione negli enti local*. Matelica: Nuova Giuridica, 2013.
- FARQUHARSON, E., TORRES DE MÄSTLE, C., YESCOMBE E.R., y ENCINAS, J. *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*. Public-Private Infrastructure Advisory Facility and The World Bank. Washington, 2011.
- FAZEKAS, M., TOTH, I.J. y KING L.P. “Corruption manual for beginners: “Corruption techniques” in public procurement with examples from Hungary”. *Corruption Research Center Budapest Working Paper series: CRCB-WP/2013:01*, 2013.
- “Anatomy of grand corruption: A composite corruption risk index based on objective data”. *Corruption Research Center Budapest Working Paper series CRCB-WP/2013:02*, 2013.
- FAZEKAS, M. y KOCSIS, G. “Uncovering High-Level Corruption: Cross-National Objective Corruption Risk Indicators Using Public Procurement Data”. *British Journal of Political Science*, 24 de agosto de 2017.
- FAZEKAS, M. y TÓTH, I. J. “From Corruption to State Capture. A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary”. *Political Research Quarterly*, vol. 69, Issue 2, 2016.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J.A. *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la IGAE*. Director: Ricardo Rivero Ortega. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Área de Derecho Administrativo. 2013.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, A. “Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca”. Documento de trabajo disponible en *E-Prints Complutense*. Repositorio de la producción académica en abierto de la UCM. [consulta el 13 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://eprints.ucm.es/25080/>
- FERNÁNDEZ DOLS, J.M. “Corrupción: cuatro amonestaciones psicosociales y otros tantos árbitros”. *Papeles del Psicólogo*, n.º 61, 1995, pp. 13-16.
- FERNÁNDEZ FERRES, G. “Los códigos de buen gobierno en las administraciones públicas”. *Administración & ciudadanía: Revista da Escola Galega de Administración Pública*, 2 (2), pp. 171-191.

- FERNÁNDEZ MALLOL, “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno.” *reALA nueva época*, n.º 2, 2014.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M. *The EC public procurement rules: a critical analysis*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- FERNÁNDEZ RÍOS, L. *Psicología de la Corrupción y los Corruptos*. Santiago de Compostela: Grupo Editorial Universitario, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”. *Revista de Administración Pública*, n.º 187, 2012, pp. 141-170.
- “El control judicial del poder discrecional y el derecho a una buena administración”. En: PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *Innovación en el ámbito del buen gobierno: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Madrid: INAP, 2017, pp. 21-30.
- FERRANDO GAMIR, A. “Mapping high-level corruption risks in Spanish public procurement”. Corruption Research Center Budapest, 2015.
- FERWERDA, J., DELEANU, I. y UNGER, B. “Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators”. *Eur J Crim Policy Res*, 2016.
- FLYVBJERG, B. y MOLLOY, E. “Delusion, Deception and Corruption in Major Infrastructure Projects: Causes, Consequences and Cures”. En: ROSE-ACKERMAN, S. and SOREIDE, T. (eds.), *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. Massachusetts: Edward Elgar, 2011.
- FMI. *Informe Anual 2016 del FMI: juntos buscando soluciones*. Washington: Fondo Monetario Internacional, 2016.
- FOX, T., WARD, H. y HOWARD, B. *Public sector roles in the strengthening corporate social responsibility: a baseline study*. The World Bank, 2002.
- FRAUSCHER, K. y GRANICKAS, K. “Learning Insights: Open contracting – a helping hand in Nepal” *Open Contracting Partnership*, 31 de mayo de 2017. Acceso el 7 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.open-contracting.org/2017/05/31/learning-insights-nepal/>
- FRIEDRICH, C. “Political Pahology”. *The Political Quarterly*, n.º 37, 1966.
- FUKUYAMA, F. *The end of History and the Last Man*. Penguin, 2012.
- FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? *Corrupción institucional y controles administrativos previos*. 24 de mayo de 2015 [consulta el 18-04-2016] Disponible en: <http://www.fundacionhayderecho.com/presentacion-del-estudio-corrupcion-institucional-y-controles-administrativos-preventivos/>

- FUNG, A., GRAHAM, M. y WEIL, D. *Full disclosure. The perils and promise of transparency*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. “El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)”. *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 77, 2008, pp. 44 y ss.
- “La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º 298, 2009, p. 54.
- “La prevención de la corrupción en la contratación pública”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 61-92.
- “Demanda agregada en el ámbito local”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 285-320.
- “Contratación pública e innovación tecnológica” *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 2017, pp. 193-219.
- “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n.º 4, 2017. pp. 92-113
- GÁMIR MEADE, R. “El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública” . En: COLÁS TENÁS, J. y MEDINA GUERRERO, M. *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 499-534.
- GARDINER, J. “Defining corruption”. En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick (USA) y Londres (UK), 2002, pp. 25-40.
- GARCÍA, E. “Istorie Fiorentine de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción”. *Quaderns d’Italià*, n.º 15, 2010, pp.117-126.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 40, 1963, pp. 189-224.
- *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas S.A. 1983.
- *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Thompson Reuters, Aranzadi, 2011, en pp 22 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de derecho administrativo*, 9ª ed., Madrid: Civitas, 1999.
- GARCÍA GARRIDO, F. “Transparencia y «buena gobernanza» como valores reguladores de la actividad regulatoria privada”. *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 7 Extraordinario, 2017, pp. 163-183.

- GARCÍA GIL, F.J. *Diccionario General del Derecho*. Edit. Dilex S.L. Madrid, 1999.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A. “La plataforma de contratos del sector público y su incidencia en las entidades locales”. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 24, 2014, pp. 114-129.
- “El sistema electrónico de contratación pública chileno: Chilecompra”. *Revista de Administración Pública*, n.º 199, 2016, pp. 363-388.
- GARCÍA LUENGO, J. “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”. *EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, 2016.
- GARCÍA MARTÍNEZ, F. *Textos de Qumrán*. Madrid: Trotta, 1992.
- GARCÍA MEXÍA, P. *Los conflictos de interés y la corrupción contemporánea*. Navarra: Aranzadi, 2001.
- GARCÉ GARCÍA Y SANTOS, A. “De los delitos privados a los Delitos Públicos y la humanización de las penas”. *Serie Documentos de Trabajo*, n.º6, 2014.
- GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.) *Diccionario de Ciencias Penales*. Madrid: Edisofer, 2000.
- GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto de corrupción”. En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (Eds.) *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 39-70
- “Acerca de la calificación moral de la corrupción: tan sólo una propuesta.” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 21, octubre de 2004, pp. 9-21. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v5>
- GASTÁN, S. “Corrupción electoral en la República Romana: intereses del *populus* y la *nobilitas* en la lucha política”. *AFDUC*, n.º 16, 2012, pp. 757-804.
- GIBERT I BOSCH, A. “Administración Local y competencia. Una visión económica (con "pecados" clasificados)”. En: CANEDO ARRILLAGA, M.P. y GORDILLO, PÉREZ, L.I. *La autonomía local en tiempos de crisis: (reformas, fiscalidad y contratación pública)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 307-322.
- GIGLIO FIGUEREIDO, I. *Improbidade administrativa: dolo e culpa*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GIL NOBAJAS, M.S. “Corrupción en los negocios privados: ¿es posible responsabilizar penalmente al administrador de hecho al titular de la empresa y a la persona jurídica?”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 239-256.
- GIMENO FELIÚ, J.M. “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”. *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, pp. 425-440.

- “Los sujetos contratantes: alcance del concepto “poder adjudicador””. *QDL*, n.º 12, 2006, pp. 50-72.
- “La contratación pública electrónica y el mundo local”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (Dir.) *Informe sobre la Administración electrónica local*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2008, pp. 205 y ss.
- “Los sujetos contratantes: alcance del concepto poder adjudicador en la Ley de Contratos del sector público”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º 298, 2009, pp. 55-70.
- “Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”. En: OBSERVATORIO CONTRATACIÓN PÚBLICA, *V Seminario de contratación pública*. Formigal, septiembre de 2014.
- “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”. *Observatorio de los Contratos Públicos*, 2014. Consulta el 16 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eecf44223c17ac60720747>
- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia: (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.
- “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública (X Jornadas AEPDA)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 37-105.
- “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España.” En: Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. *Curso de verano sobre “Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea”*. Oporto, 7 de septiembre de 2015.
- *Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España*. Observatorio de Contratación Pública, 2015. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos INFORME ESPECIAL OBPC RECURSO ESPECIAL Y DOCTRINA 2 015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7
- “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para reanudar un modelo desde la perspectiva de la integridad”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 247-300.
- “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”. En: *Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*. 2 de mayo de 2016.

- “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos públicos del sector público”. En GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 31-136.
- “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”. *Revista Internacional transparencia e Integridad*, n.º 2, 2016.
- “La corrupción en la contratación pública”. En: CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 13-49.
- “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública” *Observatorio de Contratación Pública*, 23 de octubre de 2017. Acceso el 30 de octubre de 2017. Disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.317/relmenu.3/chk.5ae6d56c8ce0a3e6533497d25a4135ff?utm_source=Registrados+Newsletters&utm_campaign=edba87a4c7-ley-CP-TOCT&utm_medium=email&utm_term=0_5b5d3c5dd9-edba87a4c7-712266669
- “Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿Una nueva oportunidad perdida?”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182, 2017, pp. 181-221.
- “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. *REALA. Nueva Época*, n.º 7, 2017, pp. 45-67
- “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente y estratégica”. *Contratación Administrativa práctica*, n.º 153, 2018, pp. 34-39.
- “La nueva regulación de la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 41-132.
- GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A. (dir.) *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017.
- GINER, S. *Carta sobre la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996.
- GLYNN, P.; KORBIN, S.J. y NAÍM, M. “The Globalization of Corruption”. En: ELLIOT, K.A. *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997, pp. 7-30.
- GOEL, R.K. y NELSON, M.A. “Causes of corruption: History, geography and government”. *Journal of Policy Modeling*, n.º 32, 2010, pp. 433-447.
- GÓMEZ FARIÑAS, B. “Comentario a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de abril de 2016. La regulación de los conflictos de intereses en la

- contratación pública en el marco de la cuarta generación de directivas”. *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 148, 2017.
- GÓMEZ FORTES, B., CABEZA, L. and PALACIOS, I. “Double punishment for regional and national incumbents: the March 2012 regional election in Andalusia”. *South European Society and Politics*. N.º 18(4), pp. 591-610.
- GÓMEZ GÓMEZ, C.M. “El análisis económico de la corrupción”. *Quórum: revista de pensamiento iberoamericano*, n.º 10, 2004, pp. 127-147.
- GÓMEZ GUZMÁN, J.C. “Funciones para el órgano independiente de supervisión de la contratación pública”. *Observatorio de Contratación Pública*, 2017. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.307/re/menu.3/chk.c/f78aebfd3313091f360e89895f9f511>
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programas «anti-corrupción» como exigencias legales de contratación pública”. En: GARCES SANAGUSTIN, M. y PALOMAR OLMEDA, A. *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, Cizur Menor: Aranzadi, 2013.
- GÓMEZ PORTILLA, K., y GALLÓN GÓMEZ, S. “El impacto de la corrupción sobre el crecimiento económico colombiano, 1990-1999”. *Lecturas de Economía*, n.º 57, 2002, pp. 49-86.
- GÓMEZ RUIZ, M. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. Director: María Zambonino Pulito. Tesis Doctoral. Universidad de Cádiz, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Administrativo, 2015.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Globalización económica, políticas públicas, política pública”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Globalización Económica y Estado*. HG Editores, 2015.
- “Regulación y supervisión en sectores estratégicos económicos y corrupción”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M., y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 337-347.
- “Calidad de los Contratos Públicos”. Blog *Global Politics And Law*, 3 DE MAYO DE 2017. [Consulta el 26 de julio de 2017] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/05/03/calidad-contratos-publicos/>
- “Los contratos menores en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”. En: *Global Politics and Law*, 20 de noviembre de 2017. [Consulta el 26 de febrero de 2018] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/>
- “Las Instrucciones para contratar en la Nueva Ley de Contratos del Sector Publico”. En: *Global Politics and Law*, 5 de febrero de 2018. [Consulta el 26 de febrero de

- 2018] Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/02/05/instrucciones-contratar-lcsp/>
- GONZÁLEZ MALDONADO, M.A. “Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 233-260.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. “Ética en la Administración Pública”. En: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 73. 1996, pp. 117-158. Disponible en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A73/A73-7.pdf>
- *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2014
- GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. “Integridad en la contratación pública: patologías al uso”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 2453-263.
- “La integridad en la contratación pública : ¿un principio con sustantividad propia?”. En: HERNÁNDEZ, F. *El impacto de la crisis económica en la contratación pública*. España, Italia y Francia: Aranzadi, 2016, pp. 31-48.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.
- GORBANEFF, Y. “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”. *REVISTA Universidad EAFIT*, n.º 129, 2003, pp. 75-86.
- GORDON, D.I. “Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge”. *Public Contract Law Journal*, vol. 35, n.º 1, 2005, pp. 25-41.
- “Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge”. *GWU Law School Public Law Research Paper*, n.º 127, febrero de 2015, p. 8. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=665274> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.665274>
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons – Cámara de Cuentas de Andalucía, 2000.
- GRAJAL CABALLERO, I. “El control de la contratación de las Administraciones Públicas. 1 parte”. *Revista Auditoría Pública*, n.º 54, 2011.
- GROSSI, P. *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GUICHOT, E. “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”. *Revista de Administración Pública*, 173, 2007, pp. 407-445.
- GÜRAKTAR, E.Ç. *Politics of Favoritism in Public Procurement in Turkey: Reconfigurations of Dependency Networks in the AKP Era*. Palgrave Macmillan US, 2016.

- GUTMAN, J. “Is there room for discretion? Reforming public procurement in a compliance-oriented world.” *Global Economy and Development Working Paper*, 74, 2014.
- HAAS, E. *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957*. Stanford University Press, 1958.
- HALONEN, K.M. "Disclosure rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency". *Journal of Public Procurement*, vol. 16, issue 4, 2017, pp. 528-553.
- HARRIS, M. *Nuestra especie*. Madrid: Alianza editorial, 1992.
- HARRIS, R. *Political corruption: in and beyond the Nation State*. Nueva York: Routledge, 2003.
- HARROP, J. *The Political Economy of Integration in the European Community*. Elgar, 1989.
- HAYKEN, G.S. “Comparative Study: The Evolution of Organisational Conflicts of Interest Law in Europe and the United States”. *Public Procurement Law Review*, 3, 2006, pp. 137 y ss.
- HAZARIKA, D. “Public Procurement in India: Assessment of Institutional Mechanism, Challenges, and Reforms”. *National Institute of Public Finance and Policy (Nueva Delhi) Working Paper n.º 204*, 31 julio 2017.
- HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Edit. Transaction Publishers. 1989.
- HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, USA, 2002.
- HEIMANN, F., FÖLDES, A. y COLES, S. *Exporting Corruption. Progress Report 2015: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combatting Foreign Bribery*. Transparency International. 2015.
- HERCE MATA, I. “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad en la Administración Pública”. *Anuario Jurídico Villanueva*, 11, 2017.
- HERNÁNDEZ SALGUERO, E. “El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 639-666.
- HERRERA ANCHUSTEGUI, I., “Centralizing Public Procurement and Competitiveness in Directive 2014/24” *Working Paper de la Universidad de Bergen*, 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2633445>
- “Division into Lots and Demand Aggregation—Extremes Looking for the Correct Balance?”. En: OLYKKE, G.S. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A (eds), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

- HODESS, R. “¿Dónde fue el dinero? Los criterios de TI sobre financiamiento político y discrecionalidad”. En: HODESS, R. *et al.* (eds.), *Informe Global de la Corrupción 2004*, Barcelona: Icaria, 2004.
- HODGSON, G. y JIANG S. “La Economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”. *Revista de Economía Institucional*, volumen 10, n.º 18. Bogotá. Enero-Junio 2008, pp. 55-80. Disponible en: <http://www.economiainstitutional.com/pdf/No18/ghodgson18.pdf>
- HOLMES, L. *Corruption: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press. 2015.
- HUBER, H., *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats*, en *Festgabe Für Z. Giacometti*, Zürich, 1953, p. 66.
- HUNTINGTON, S.P. *Political order in changing societies*, New Haven: Yale University Press, 1968.
- “Modernization and Corruption”. En: HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Edit. Transaction Publishers. 1989.
- IBIDAPO-OBE, B.B. “The many faces of conflict of interests in public procurement in Nigeria”. *7th public procurement research students conference*, 8 y 9 de septiembre 2016, University of Nottingham.
- INNERARITY, D. *La política en tiempos de indignación*. Madrid: Galaxia Gutenberg, 2015.
- “Crítica de la razón transparente”. En: DÍAZ NOSTY, B. (coord..) *Diez años que cambiaron el mundo: 2007-2017*. Ariel, pp. 91-97.
- IHERING, R.V. *¿Es el Derecho una ciencia?*. Traducido del Alemán. Edit. Comares, Granada, 2002.
- INIESTA BONILLO, M.A., SÁEZ GONZÁLEZ, E. y SÁNCHEZ PÉREZ, M. “La confianza del consumidor en el minorista: desarrollo y contraste de un modelo conceptual”. *Revista española de investigación de marketing*, vol. 3, n.º 1, 1999, pp. 161-182.
- JAIN, A.K. “Corruption: a review”. *Journal of Economic Surveys*. 15, 1, 2001, pp. 71-120. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-6419.00133/epdf>
- JAVATO MARTÍN, A.M. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 23, 2011, pp. 145-172.
- JENNY, F. “Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement”. En: OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris, 2005.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Cómo prevenir la corrupción: integridad y transparencia*. Madrid: Caranta, 2017.

- JIMÉNEZ BARCA, A. “Qué es el ‘caso Odebrecht’ y cómo afecta a cada país de América Latina”. Artículo publicado en el diario *El País* el 9 de febrero de 2017. [consultado el 20 de febrero de 2017] Disponible en: <http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703321746.html>
- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M. “La corrupción en la democracia”. En: LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. y ÁLVAREZ MEDINA S.(Coord.) *La Corrupción Política*. Edit. Alianza Editorial, 1997, pp. 135-156.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “La corrupción en un país sin corrupción sistémica”. En: ESTEFANÍA, J. (dir.), *Informe sobre la Democracia en España 2014*, Madrid: Fundación Alternativas, 2014, pp. 165-187.
- “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”. En: PASTOR, E., TAMEZ, G. y SÁENZ, K. (eds.), *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa. Análisis comparado España-México*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 157-174
- JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- *Corruption contention and reform: the power of deep democratization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- JOHNSON, N., LAFOUNTAIN, C.L. y YAMARIK, S. “Corruption is bad for growth (even in the United States)”. *Public Choice*, 2010.
- JUÁREZ RODRIGUEZ, G., ROMEU GRANADOS, J. PINEDA NEBOT, C. “Transparencia en la contratación pública: análisis de los ayuntamientos de la Comunitat Valenciana y de Galicia”. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 7, 2014, pp. 143-168.
- JURICH, J. “International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 4, 2012.
- KANE, R.J. y WHITE, M.D. “Bad cops: A study of career-ending misconduct among New York City police officers”. *Criminology & Public Policy*, n.º 8, 2009, pp. 737-769.
- KAUFMANN, D. “Corruption: the facts”. *Foreign Policy*, n.º 107, 1997, pp. 114-131. Disponible en: http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/fp_summer97.pdf
- “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”. En: *Revista de Finanzas y Desarrollo*. Septiembre, 2000, pp. 41-43.
- “Back to the Basics – 10 Myths About Governance and Corruption”. *IMF Journal ‘Finance and Development’*, vol. 3, n.º 42, 2005
- KELSEN, H. *La teoría del Estado de Dante Alighieri*. Oviedo: KRK, 2007.

- KIRBY M. *Judicial Activism: Authority, Principle and Policy in the Judicial Method*. London Sweet & and Maxwell, 2004.
- KLITGAARD, R. “International Cooperation Against Corruption”. *Finance and Development*. March 1998.
- “Corrupción Normal y Corrupción Sistémica”. *Banco Interamericano de Desarrollo*. Abril, 2009. Disponible en: <https://publications.iadb.org/handle/11319/1345>
- KOSACK, S. y FUNG, A. “Does Transparency Improve Governance?”. *Annual Review of Political Science*, n.º 17, 2014, pp. 67-87.
- KTISTAKIS, S. “L’espace administratif européen et ses implications . Le cas du professionnalisme de la fonction publique dans les pays d’Europe continentale”. En: AGYRIADES, D. *Moving beyond the crisis: reclaiming and reafirming our common administrative space /Pour dépasser la crise : un espace administratif commun*. Bruselas: Bruyland, 2013, pp. 35-69.
- KUHN, S. y SHERMAN, L.B. *Curbing corruption in public procurement: a practical guide*, Transparency International, 2014.
- LAFFONT, J.J. y N’GUESSAN, T. “Competition and corruption in an agency relationship”. *Journal of Development Ethics*, vol. 60, 1999, pp. 271-295.
- LAMO DE ESPINOSA, E. “Corrupción política y delincuencia económica”. En: TUSELL, J., E LAMO DE ESPINOSA, E. y PARDO, R. (eds.) *Entre dos siglos. Reflexiones para una democracia*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp.521-556.
- LAMBSDORFF, J.G. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S. *La corrupción política* . Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- LASAGABASTER HERRATE, I. “Notas sobre el derecho administrativo de la información”. En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 103-120.
- LAZO VICTORIA X. “La Oficina Nacional de Evaluación : un control reforzado para las licitaciones públicas de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales”, *Observatorio de Contratación Pública* , 2015. Consulta el 16 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.214/relcategoria.208/relmenu.3/chk.37351ec9ddc005b73e5a5a5086265e28>.
- LEFF, N.H. “Economic Development through Bureaucratic Corruption”. *The American Behaviour Scientist*, n.º 2, 1964, pp.8-14.
- LEYS, C. “What is the problem about corruption?”. *The Journal of Modern African Studies* Vol. 3, n.º 2 (Aug., 1965), pp. 215-230.

- LINDSTEDT, C. y NAURIN, D. “Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption”. *International Political Service Review*, 31(3), pp. 301-322.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. “El horizonte internacional de la corrupción”. *Temas para el Debate*, n.º 183, 201º, pp.42-44.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J. y VILLORIA MENDIETA, M. “Corrupción y transparencia: Aspectos contextuales, metodológicos y empíricos”. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, n.º 14, 2013, pp. 13-48.
- LOCKE, J. *Two Treatises of Government*. Edited by Peter Laslett. New York: Mentor Books, New American Library, 1965.
- LONGO, F. y ALBAREDA, A. *Administración Pública con valores: instrumentos para la gobernanza ética*. Madrid: INAP, 2015.
- LOPEZ, J. “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”. Edit: Probidad, CREA Internacional de El Salvador y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. 2003. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf
- LÓPEZ CALERA, N. “Corrupción, ética y democracia: nueva tesis sobre la corrupción política”. En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (Eds.) *La corrupción política*. Alianza Editorial. Madrid, 1997, pp. 117-134.
- LÓPEZ DONAIRE, B. “Comentario a la Ley 3/2015, de 30 de marzo reguladora del ejercicio de Alto Cargo”. *Revista Gabilex*, n2, 2015.
- LÓPEZ GARCÍA, E.M. “La Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción: fundamento, antecedentes y formación”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-308, tomo 5, Editorial La Ley.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. “La confianza del consumidor en el ámbito de la contratación y publicidad interactiva: prevención y resolución alternativa de conflictos”. *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 22, 2010, pp. 29-97.
- LÓPEZ MIÑO, A.M. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Colusión en la contratación pública (bid rigging): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 425-487.
- “Contracting Authorities Inability to Fight Bid Rigging in Public Procurement: Reasons and Remedies”. En: RACCA, G.M. y YUKINS C.R. *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Brulyant, 2014, pp. 199-214.
- LÓPEZ RAMÓN, F. “Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n 186, 2017, pp. 15-46.

- LORENZONI, L. "Risk-based approaches towards corruption prevention". CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public integrity*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 111-121.
- LUCENA CID, I.V. "La lucha contra la corrupción política. Hong Kong un modelo de buenas prácticas." *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 3-2, pp.171-195. Madrid: Ediciones Complutense.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., "Instrumentos para la investigación de la corrupción". En: *Cuadernos penales José María Lidón: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público.*, n.º 11, 2015, pp. 235 y ss.
- LYON, E. "Organizational Conflicts of Interest: A Practical Legal Issue in Implementing the Vision for Space Exploration, a View from the Trenches". *Journal of Space Law*, 32, 2006, pp. 111 y ss.
- MACMULLEN, R. *Corruption and the decline of Rome*. New Haven and London: Yale University Press, 1988.
- MALARET, E. "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, 2016, pp. 21-60.
- MALEM SEÑA, J.F. "El fenómeno de la corrupción". En: LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 71-90.
- *Globalización, Comercio Internacional y Corrupción*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.
- "La corrupción política". En *Jueces para la democracia*. N.º37, 2000, pp. 26-34.
- "La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104-II. Enero-Abril 2016, pp. 25-41.
- MANTECA VALDELANDE, V. "La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas (4)". *Actualidad Administrativa*, n.º 13, 2012, tomo 2, p. 1729 y ss.
- MARIANELLO, P.A. "El activismo judicial , una herramienta de protección constitucional". *Pensar en Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2012, pp. 125-126.
- MARJOLIN, R. *Architect of European Unity: momoires 1911-1986*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1989.
- MAROTO, M., BALETANO, S., ONGGIL, M., y ANDERICA V. *Que hacemos con la financiación de los partidos*. Akal, 2013.
- MARTIN, A.T. "The Development of International Bribery Law". *Natural Resources & Environment*. Edit: American Bar Association, 1999. Vol. 14, n.º 2, pp. 95-102.
- MARTÍN DELGADO , I. "Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada". *Revista de Administración Pública* , n.º 180, 2009, pp. 353-386.

- “El uso de los medios electrónicos en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 1.657-1.714.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”. En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 43-54.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Descentralización administrativa y organización política*. Madrid: Alfaguara, 1973.
- “Reflexiones sobre la "huida" del Derecho administrativo”. *Revista de administración pública*, n.º 140, 1996, pp. 25-68.
- MARTÍNEZ BARGUEÑO, M. “Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública)”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, n.º 5-6, enero-agosto 1996, pp. 209-214.
- MARTÍNEZ COUSINOU, G. *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*. Directora: Paloma Aguilar Fernández. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Departamento de Ciencia Política y de la Administración, 2013.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. “Transparencia vs transparencia en la contratación pública: Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción.” *Diario La Ley*, nº 8607, Sección Doctrina, 17 de Septiembre de 2015.
- *Contratación pública y transparencia: medidas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Las Rozas: Wolters Kluwers, 2016.
- “El cerco a los contratos menores”. *Revista de Estudios Locales Cunal*, n.º 194, 2016.
- “La transparencia en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 803-826.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. “El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 241-251.
- MARTÍNEZ MADERO, D. “Ámbito de aplicación de la euroorden. Líneas de interpretación”. En: ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *La orden de detención y entrega europea*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 99-120.
- MARTINEZ MARTINEZ, M. “Capítulo de Cataluña”. En: European Anti-Corruption Office (OLAF) Y ESADE. *HERCULE II PROGRAMME. TRAINING, SEMINARS AND CONFERENCES PROPOSAL. Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e*

implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación. Julio de 2015. pp. 83-85.

- MARTINI, M. “Reducing bureaucracy and corruption affecting small and medium enterprises”. *Transparencia Internacional y Anti-Corruption Resource Centre*, 2013.
- *Conflict of interest in public procurement*. Anti-corruption Helpdesk, Transparency International and European Commission, 2013. [consulta el 08/07/2016] Disponible en: http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Conflict_of_interest_in_public_procurement.pdf
- MARX, K. *El Capital: Contribución a la crítica de la economía política*. Madrid: Alberto Corazón editor, 1976.
- MATECHAK, J.P. “Fighting corruption in public procurement”. *Center for International Private Enterprise*, 2005.
- MAURO, P. “Corruption and Economic Growth”, *Quarterly Journal of Economics* Volumen 110, n.º 3. Edit: MIT Press. Agosto de 1995, pp. 681-712. Disponible en: <http://homepage.ntu.edu.tw/~kslin/macro2009/Mauro%201995.pdf>
- “Corruption: causes, consequences and agenda for further research”. *Finance and Development*. Marzo 1998, pp.11-14.
- “The Persistence of Corruption and Slow Economic Growth”. *IMF Staff Papers*, 2004. Vol. 51, n.º 1.
- MAYOR GÓMEZ, R. “Los códigos éticos o códigos de conducta en los parlamentos o asambleas legislativas: la necesidad de su implementación”. *Parlamento y Constitución, Anuario*, 2017, n.º 18, pp. 103-129.
- McAFEE, R.P. y McMILLAN, J., *Incentives in Government Contracting*. Toronto: Toronto University Press, 1987.
- McALLISTER, R. *From EC to EU: an historical and political survey*. Londres y Nueva York: Routledge, 1997.
- McCARTHY, L. “Un movimiento mundial contra la corrupción ¡está ocurriendo ahora!”. En la página web del Banco Mundial. Consultado el 19 de noviembre de 2015. Disponible en: <http://blogs.worldbank.org/voices/es/un-movimiento-mundial-contra-la-corrupcion-esta-ocurriendo-ahora>
- McCARTHY, R.J. “Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers”. *William & Mary Policy Review*, vol. 3, 2012, pp. 184 y ss.
- MCEVOY, J.P. The legal response to whistleblowing in Canada: Managing disclosures by the “up the ladder” principle”. En: THÜSING, G. Y FORST, G. *Whistleblowing – a Comparative Study*. Springer International Publishing, 2016. pp. 33-72.

- MEDINA ARNÁIZ, T. “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts”. En: THAI, K.V. *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009, pp. 105-130.
- “La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.º 22, 2010, p. 75
- “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”. *Diario La Ley*, n.º 7382, Sección Doctrina, 16 abril 2010.
- “Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pp. 271-300.
- “Los conflictos de intereses en la regulación contractual”. (ponencia) En: *Congreso Internacional de Contratación Pública*. Cuenca, 23 de enero de 2015.
- “La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 383-394.
- *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*. Dirigida por José Manuel SALA ARQUER. Memoria para optar al grado de doctor. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Universidad de Burgos, 2016.
- “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 2016, pp. 77-112.
- “La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 151-169.
- “Las prohibiciones de contratar”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 749-802 en pp. 752-753.
- MELLADO RUIZ, L. *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia, Tirant lo Banch, 2017, pp. 31-49.
- MENÉNDEZ GÓMEZ, E. “España: Un Estado con un 'puzle' de 18.850 administraciones” *Contratos Sector Público*, 30 mayo de 2017 <http://www.contratossectorpublico.es/2017/05/contratacion-publica-miles-de-organos.html>;
- MERLONI, F. y VANDELLI, L. *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*. Passigli Editori, Florencia, 2010.
- MESA VILA, M. “La legitimidad para ejercer el derecho de acceso a la información en procedimientos de contratación pública: la Resolución R/0086/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 493-501.

- “La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta”. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 47, 2018.
- MEYER, L. “La Corrupción”. En: *Diario La Reforma: Argentina Ciudadana*. México, 16 de marzo del año 2000. Disponible en: http://www.lorenzomeyer.com.mx/www/lo_mas_reciente.php?id=989
- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S. “Los códigos de ética y cumplimientos normativos en las empresas públicas locales (notas sobre su procedencia y exigibilidad)”. *Cuadernos de Derecho Local*, 31, 2013, pp. 112-117.
- MILLET, L. “The Right to Good Administration in European Law”. *Public Law*, n.º 309, 2002, p 312 y ss.
- MIRANZO DÍAZ, J. “Las novedades en materia de contratación pública introducidas por el Reglamento financiero 2015/1929”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los contratos públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 519-538.
- “Hacia una Administración Pública sostenible: novedades de la legislación europea de contratación pública”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 64, 9 de enero de 2017.
- “Los conflictos de interés tras las directivas de contratación De 2014”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*. Cizur Menor(Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- “Environmental clauses in public procurement: Developments introduced by the 2014 Directives”. *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 2, n.º 1, 2017, pp. 7-23.
- “A Taxonomy of Corruption In EU Public Procurement” *EPPPL - European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Vol. 12, Issue 4, 2017, pp. 383-395.
- MIRONOV, M. y ZHURAVSKAYA, E. “Corruption in Procurement and the Political Cycle in Tunneling: Evidence from Financial Transactions Data”. *American Economic Journal: Economic Policy*, 8 (2), 2016, pp. 287-321.
- MONTESINOS JULVE, V. “La adaptación de España a la Europa del mercado único en materia de información económico-financiera”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º 81, 1991, pp. 81-92.
- MONTESINOS PADILLA, C. “Corrupción y transparencia en España: diagnóstico a la luz de las directrices del Consejo de Europa y la Unión Europea”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 79-100.
- MONTOYA MARTÍN, E. “Exigencias derivadas del buen gobierno y de la buena Administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local”. En: VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J. *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, pp. 213-246.

- MOODY-DTUART, G. *How business bribes damage developing countries*. UK: World View Publishing, 1997.
- MORANDINI, F. “Acceso a la información pública en las contrataciones públicas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 261-290.
- MORENO LUZÓN, J. “Caciquismo y política de clientelas en la España de la Restauración.”. (working paper) *Seminario de Historia celebrado en el Instituto Ortega y Gasset*. 2 de noviembre de 1993. [consulta 14-12-2016] Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/297-2013-07-29-5-95.pdf>
- MORENO MOLINA, J.A. *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006.
- “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, Edit. Gobierno de Navarra: Departamento de Presidencia e Interior, nº45, Enero-Junio 2008, pp. 45-76.
- “La importancia de los principios generales de la contratación pública” En: MORENO MOLINA, J.A. *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación a las Entidades Locales*. Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, 2008, pp. 65-102.
- “The new Spanish Public Sector Procurement Law (Act 30/2007 of October 30)”. *Public Procurement Law Review*, n.º 6, 2008, pp. 282-297.
- “Un mundo para SARA , una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada” , *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 175-213.
- *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. Madrid: La Ley, 2009.
- *Derecho global de la contratación pública*. México DF: Ubijus, 2011.
- “Administración electrónica y contratación pública”. En: PIÑAR MAÑAS, J.L. (dir.) *Administración electrónica y ciudadanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 743 y ss.
- “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.) *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Madrid: Civitas, 2012, pp. 3429-3454.
- “La decisiva influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de formación del Derecho Administrativo Europeo”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VAZQUEZ IRIZARRY, W. y RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M.C. (Coord.) *Contenciosos Administrativos en Iberoamérica*. Universidad de Puerto Rico, San Juan, 2015, tomo I, pp. 182-191.
- *El nuevo Derecho de la Contratación Pública de la Unión Europea: directivas 4.0*. Oxford: Chartridge Books Oxford, 2015.

- “La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 137-167.
- “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179, 2016, pp. 87-109.
- “Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública” . *Revista de Administración Pública*, 204, 2017, pp. 343-373.
- “La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar”. *Contratación Administrativa práctica*, n.º 153, 2018, pp. 6-8.
- “El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal”. En: GMIENO FELIÚ, J.M. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2018, pp. 133-161.
- MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A. *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2016.
- MORENO MOLINA, J.A. y CANCINO GÓMEZ, R. *La contratación pública internacional: Unión Europea México*. Oxford: Oxford Chartridge Books, 2018.
- MORRIS, S.D. *Corrupción y política en el México contemporáneo*. Edit: Siglo Veintiuno Editores. México. 1992.
- MOUTÓN Y OCAMPO, L., ALIER Y CASSI, L.M., OLIVER RODRÍGUEZ, E. y TORRES BALLESTÉ, J. *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Francisco Seix, 1910.
- MULCAHY, S. “El lobby en Europa: influencia encubierta, acceso privilegiado”. *Transparencia Internacional*, 2015.
- MUNGIU-PIPPIDI, A. *Contextual Choices in Fighting Corruption: Lessons Learned*. Oslo, Noruega: Norwegian Agency for Development Cooperation (Norad).
- NARANJO VILLEGAS, A. “Descentralización administrativa”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 9-12, 1953, pp. 24-26.
- NEEF, M.M. *Desarrollo a escala humana: Conceptos, aplicaciones y reflexiones*, Barcelona, Icaria Editorial, 1986.
- NEU, D. EVERETT, J. y SHIRAZ RAHAMAN, A. “Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject”. *Critical Perspectives on Accounting*, 28, 2015, pp. 49-61.
- NEVADO-BATALLA MORENO, P.T. “Reflexiones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las Administraciones Públicas”. En: ROMERO GUZMÁN, J.J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES

- TRAMÓN, M. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2009, pp. 127-158.
- NICOLETTI, M. *Corruption as governance regime: a barrier to institutional efficiency and progress*. Informe Committee on Political Affairs and Democracy. Consejo de Europa, 14 de Junio 2017.
- NIETO MARTÍN, A. “De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 115-127.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. “El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2917, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 233-280.
- NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, A. “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 13-14.
- NYE, J.S. “Corruption and political development”. *American Political Science Review*, vol. 61, n.º 2, 1967, pp. 417-427.
- “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”. En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswik, New Jersey: Transaction Publishers, USA, 2002, pp. 281-302.
- O’LEARY, D. “The Role of Transparency International in Fighting Corruption in Infrastructure”. *Annual Bank Conference on Development Economics*, Tokio, 2006.
- OCDE. *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD guidelines and country experiences*. Paris: OECD Publications service, 2003.
- *Managing conflicts of interest in the Public Sector: a toolkit*. París: OECD Publications Service, 2005.
- *Corruption dans les marchés publics . Méthodes, acteurs et contre mesures*. Paris: OCDE, 2007.
- *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z*. OCDE. Traducción: Instituto Nacional de Administración Pública. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública. 2009.
- *Principles for Integrity in Public Procurement*, Traducción personal. París: OECD Publishing, 2009.
- *G20 Anti-Corruption Action plan Protection of Whistleblowers*. Paris: OEDC publishers, 2011.

- *Competition and Procurement: Key Findings*. Paris: OECD Publishers, 2011. [Consulta 28-05-2017]. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/liberalisationandcompetitioninterventioninregulattedsectors/48315205.pdf>
- *Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth: Enabling reform through evidence and peer reviews*. OECD, Paris, 2012. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/ethics/PublicProcurementRev9.pdf>
- “Why clean public procurement matters”. En: *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*. OCDE Publishing. 2013.
- *Foreign Bribery Report. An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*. OECD Publishing. Paris 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>
- *Update on voluntary disclosure programmes: a pathway to tax compliance*. Paris: OECD Publishers, 2015.
- *Recomendación del Consejo sobre contratación pública*. [C(2015)2]
- OLAF. *Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión*. Bruselas: Comisión Europea, 2014.
- OLAIZOLA NOGALES, I. “La influencia de las recomendaciones del GRECO en la reforma del CP español”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 55-78.
- OLÍAS DE LIMA GETE, M.B. “Las incompatibilidades de los altos cargos”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40, 1984, pp. 125-144.
- OLIVARES HORTAL, A. “Confidencialidad y transparencia en contratación pública”. *Gabilex*, n.º 7, 2016, pp. 59-113.
- OLIVARES TRAMÓN, J.M. “Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional”. En: ROMERO GUZMÁN, J.J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y OLIVARES TRAMÓN, M. *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2009, pp. 313-340.
- ONU. *Staying on track: Tackling corruption risks in climate change*. United Nations Development Programme. Noviembre 2010. [consulta 28-01-2016] Disponible en: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/staying-on-track--tackling-corruption-risks-in-climate-change/Staying_on_Track_corruption_risk_in_CC.pdf
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. *La contratación pública en la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

- “La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo”. *Boletín informativo del Ministerio de Justicia*, n.º 1.921, 2002, p. 2.354.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. “Los principios del medio ambiente comunitario”. En: GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. *Jornadas sobre el derecho administrativo comunitario*. Edit. RDU, 2001, pp. 169-202.
- OTERO GONZÁLEZ, P. “La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”. *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 12, 2016, pp. 199-260.
- PAPAIOANNOU, G. “The European Union in the 90s: Fiscal Conditions and Concerns”. *European Research Studies*. Volume VII, Issue (3-4), 2004.
- PARDO GARCÍA VALDECASAS, J.J. “El recurso especial en materia de contratación pública. Órganos encargados de su resolución”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 599-638.
- PARISI, N. Y CHIMENTI, M.L. “Il ruolo di ANAC e l’attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell’esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici” *Autorità Nazionale Anticorruzione*, 2014.
- PARLAMENTO EUROPEO. Question écrite n.º221/71 de M. Califice a la Commission des Communautés européennes. *Marchés publics – scandale de l’A.N.A.S en Italie*. 15 de julio de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia.
- Question écrite n.º222/71 de M. Califice a la Commission des Communautés européennes. *Marchés publics – scandale de l’A.N.A.S en Italie*. 15 de julio de 1971. Historical archives of the European Union, European University Institute, Florencia, Italia.
- *Rapport fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation de marchés publics de fournitures*. Documents de séance 1971-1972. 2 de diciembre de 1971. Doc. 177/71 pp. 8-10. Consultado el 17 de noviembre de 2016 en los Archivos Históricos de la Unión Europea (EUI), Florencia, Italia.
- *Rapport complémentaire fait au nom de la commission juridique sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil (doc. 38/71) relative à une directive portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*. Parlement Européen: Documents de séance 1971-1972. Documento 16/72, 18 de abril 1972. Consultado en Historical archives of the European Union, European University Institute
- *Resolution on combating corruption in Europe*. Official Journal C 017, 22/01/1996 P. 0443.
- *Informe sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude - Informe anual 2008 (2009/2167(INI))*. Comisión de

- Control Presupuestario - Parlamento Europeo. 23 de marzo de 2010. A7-0100/2010. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2010-0100+0+DOC+PDF+V0//ES>
- PASCAL, B. *Apology for Religion*. Cambridge: Cambridge University Press, 1942.
- PASLEY, R.S. "Organizational conflicts of interest in government contracts". *Wisconsin Law Review*, n.º 5, 1967.
- PEGORARO, L. "¿Existe un derecho a la buena administración?". En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la épica pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 17-42.
- PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P. "Las 11 claves de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". *Diario La Ley*, n.º 9079, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 13 de noviembre de 2017.
- PHILP, M. "Conceptualizing Political Corruption". En: HEIDENHEIMER, A.J. y JOHNSTON, M. *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswick, New Jersey, USA: Transaction Publishers, 2002, pp. 41-57.
- PIERONE, F. "Competing Anti-Corruption Strategies for ensuring Integrity in Public Contracts: U.S. and EU systems compared". *Procurement Law Journal*, n.º 1, 23, 2017. pp. 23-39.
- PIGA, G. "A fighting chance against corruption in public procurement?". En: ROSE-ACKERMAN, S. y SOREIDE, T. *International Handbook on the Economics of Corruption, Volume Two*. Massachusetts: Edward Elgar, 2011, pp. 141-181.
- PINTOS SANTIAGO, J. y LICO, M.A. "Estudio del derecho de la contratación pública argentido y de la Unión Europea sobre la base de la transparencia". *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 141. Enero-Febrero 2016, pp. 60-68.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario". En: GARCÍA MACHO, R. *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 81 y ss.
- "Transparencia y derecho de acceso a la información pública: algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno". *Revista catalana de dret públic*, n.º 49, 2014, pp. 1-19.
- PLESKOVIC, B. y STIGLITZ, J.E. *Annual World Bank Conference on Development Economics 1997*. Washington D.C.: The World Bank, 1998.
- POLINSKY, A.M. y SHAVELL, S. "Corruption and Optimal Law Enforcement". *Journal of Public Economics*, n.º 81, 2001, pp. 1-24. Disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/81_J_Public_Econ_1.pdf
- PONCE SOLÉ, J. "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen

- gobierno)”. *Anuario de Gobierno Local 2012*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Institut de Dret Públic, mayo 2013, pp. 93-140.
- “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública . De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero” . *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, n.º 11, 2014, p. 1 y ss.
- “Buen Gobierno Y Buena Administración”. [Ponencia]. En: *Seminario Internacional: Regeneración Democrática y Lucha contra la Corrupción*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya. 22 de octubre de 2015.
- “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175, enero-marzo 2016, pp. 57-84.
- “Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración”. En: PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. *Innovación en el ámbito del buen gobierno: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Madrid: INAP, 2017, pp. 87-146.
- “The right to good administration and the role of administrative law”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good government and public integrity*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 25-54.
- “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y derecho a una buena administración”. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 6, 2018.
- PONCE SOLÉ, J. y CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”. *Revista Documentación Administrativa*, n.º 288, 2012, pp. 193-206.
- POPESCU, A.I. “Public procurement corruption in the European Union”. *Journal of Public Administration, Finance and Law*, número especial 1/2014, pp. 7-16.
- PRIETO SANCHÍS, L. “La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, 1982, pp. 99-122.
- PRIESS, H.J. “Distortions of competition in tender proceeding”. *Public Procurement Law Review*, 11, 2002, pp. 153 y ss.
- “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”. *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014, pp. 112-123.
- PRO RUIZ, J. “Estadística y hacienda en una sociedad de patronazgo: la España rural del siglo XIX”. *BROCAR*, n.º 24, 2000, pp. 243-263.
- PROVIS, C. “Guanxi” and Conflicts of Interest”. *Journal of Business Ethics*, vol. 79, n.º 1/2, 2007, pp. 57-68.

- PUYOL, J. *El funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- PWC. *Marchés publics : Le coût de la corruption Identifier et Réduire la Corruption dans les Marchés Publics au sein de l’UE*. Universidad de Utrecht y PwC, 2013.
- RACCA, G. y CAVALLO PERIN, R. “Corruption, conflicts of interest, favoritism and inclusion of non-economic criteria in the award and execution of public contracts”. En: RACCA, G. y YUKINS C.R., *Integrity and efficiency in sustainable public contracts*. Paris, 2012. Disponible en: http://www.public-contracts.net/inhalte/Report_Paris_2012.pdf
- RACCA, G.M. y YUKINS R.C. “Steps for Integrity in Public Contracts”. En: RACCA, G.M. y YUKINS R.C (eds.) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Brulyant, 2014.
- RAGUÉS Y VALLÈS, R. *Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- RAMÍREZ AGUILERA, R. y RAMÍREZ VICTORIANO, R. *Breve Diccionario de la Política*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 1997.
- RANGONE, N. “A behavioural approach to administrative corruption prevention”. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y PONCE SOLÉ, J. *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Brulyant, 2017, pp. 69-99.
- RASTROLLO SUÁREZ, J.J. y GARCÍA JIMÉNEZ, A. “Buena administración aplicada a los contratos públicos: Directiva de Recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 367-381.
- RAWLS, J. *El liberalismo político*. Barcelona: Crítica, 2004.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, enero-abril 2015, pp. 97-135.
- “El principio de confidencialidad en la contratación pública”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 867-911.
- “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 110, 2018, pp. 195-227.
- RECUERDA GIRELA, M.A. “La exclusión del licitador por la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato”. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 103, 2015, pp. 311-342.
- REED, Q. “Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them”. *U4 ISSUE Anti-Corruption Resource Centre*, 2008.

- “Regulating conflicts of interest in challenging environments: The case of Azerbaijan”. U4 *Anti-Corruption Resource Centre*, Issue 2010.
- REGO BLANCO, M.D. *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbano*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005.
- REZZOAGLI, B.A. *Corrupción y contratos públicos: una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*. Salamanca: Ratio Legis, 2005.
- RIVERO, J. “La transparence administrative en Europe-Rapport de synthèse”. *Annuaire Européen d’Administration Publique*, 1989.
- RIVERO ORTEGA, E. “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis. 2004, pp.109-126.
- ROBESPIERRE, M. *La Revolución Jacobina*. Barcelona: Ediciones Península, 1973.
- ROBINSON, M. (edit.). *Corruption and development*. Londres/Portland: Frank Cass, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Ética Institucional: Mercado “Versus” Función Pública*. Madrid: Dykinson y Escuela Gallega de Administración Pública, 1996.
- “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo”. En: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, C.M. *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 77-108.
- “El principio general del derecho de confianza legítima”. *Ciencia Jurídica*, Año 1, n.º 4, 2013, pp. 59-70.
- “Reflexiones sobre la regeneración democrática en gobiernos y administraciones públicas”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J., VIVANCOS COMES, M. *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 39-74.
- “Compliance y self-cleaning en la contratación pública (especial referencia al derecho comunitario europeo)”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 268, 2017, pp. 787-823.
- “Los principios generales del derecho global de la contratación pública”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. (dir.) *Contrataciones públicas en el ámbito de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 13-40.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E. y NAVARRO MEDAL, K. *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*. Guayacán: Ediciones Guayacán, 2011.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J. “Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho”. En: QUERALT JIMÉNEZ, J. y SAMANTA VEGA, D.M. *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 101-115.

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”. *Texas Law Review*, 89, 2011.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis. 2004, pp. 241-275.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. “Introducción al análisis económico de la corrupción”. En: FABIÁN CAPARRÓS, E. (Org.). *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 21–26.
- RODRÍGUEZ MARTÍN .RETORTILLO, M.C. “Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos . Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” . *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2ª época, Año 10 n.º 14, 2016, pp. 143-157.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. “La explicación histórica del Derecho Administrativo”. En: CIENFUEGOS SALVADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M.A. (Coord.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 293-315.
- ROMAN, A.V. “Tracing the effects of politicization on public procurement specialists’ decision-making through values: A structural equation model of the broker-purist lens”. *Journal of Public Procurement*, vol. 17, n.º 1, pp. 53-88.
- ROMERO MOLINA, C.A. y MORENO MOLINA, J.A. *Principios de la contratación pública en la jurisprudencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, S. “Corruption and the Global Economy”. En: *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*. United Nations Development Programme. Part 1.2. 1998. Disponible en: <http://www.pogar.org/publications/other/undp/fc/corruption97e.pdf>
- Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- ROSE-ACKERMAN, S. and PALIFKA, B.J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ROSSILLO LÓPEZ, C. “¿Cómo definir el concepto de corrupción en la Roma Republicana?”. En: MURILLO VILLAR, A. et al. *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Dykinson, 2016, pp. 899-908.
- ROSS, S.A. “The economic theory of agency: the principals problem”. *American Economic Review*, 1973, vol. 63, n.º 2, pp. 134-39.
- RUBIO CARRACEDO, J. “La fuente de la corrupción política: la teoría de Rousseau sobre las tres voluntades del ciudadano”. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). n.º 141, Madrid, julio-septiembre, 2008.

- SAAVEDRA WEISE, A. “Montesquieu y la corrupción de la democracia”. Página web personal de Agustín Saavedra Weise. [consultado el 13 de diciembre de 2016] Disponible en: http://www.agustinsaavedraweise.com/art-2012/montesquie.php#_MONTESQUIEU_Y_LA
- SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991.
- SADDY, A. “Front-line public servants, discretion and corruption”. En: RACCA, G.M. y YUKINS C.R. *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruselas: Bruylant, 2014, pp. 343-345.
- SAID, J.L. “Sur, corrupción, y después... (notas sobre la contratación pública espúrea)”. En: MEILÁN GIL, J.L. y RODRÍGUEZ-ARANA, J. *VIII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano*. Diputación Provincial de A Coruña, 2018, pp. 205-222.
- SALINAS JIMÉNEZ, J. y SALINAS JIMÉNEZ, M.M. “Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio empírico para los países de la OCDE”. *Instituto de Estudios Fiscales y Universidad de Extremadura*. P. T., n.º 6, 2006.
- SALUSTIO, C. *La conjuración de Catilina*. Madrid: Gredos SA, 1982.
- SÁNCHEZ FRANCO, A. *El delito de la concusión: cobro ilegal de impuestos*. México: OGS Editores, 2001.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, A. “Public procurement below thresholds in Spain”. En: CARANTA, R. y DRAGOS, D. (eds), *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaties?* Vol. 4, European Procurement Law Series, Copenhagen, 2011.
- “The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives” *University of Leicester School of Law Research Paper*, n.º 13-11, 2013. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005
- “Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2014/24”. En: LICHERE, F., CARANTA, R. y TREUMER, S. (eds.) *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*. European Procurement Law Series, Copenhagen: Djøf Publishing, 2014, pp. 97-129.
- *Public procurement and the EU competition rules*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- “Another excessively formalistic Judgment on conflicts of interest in public procurement (T-403/12)” En: Blog *How to crack a nut*, 15 de octubre de 2015. Consulta el 10 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2015/10/another-excessively-formalistic.html?rq=formalistic%20approach>

- “La aplicación de la teoría de agencia a la prevención de conflictos de interés en contratación pública bajo la Directiva 2014/24/UE”. *Economía Industrial: análisis económico del Derecho*, n.º 398, 2016, pp. 103-110.
 - “Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law”. En: BOVIS, C. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 442 y ss.
 - “Interesting AG opinión on treatment of on-going criminal cases & self-cleaning under 2004 rules” (C-178/16), *How to Crack A Nut*, 22 de junio de 2017. Consulta el 2 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/6/22/interesting-ag-opinion-on-treatment-of-on-going-criminal-cases-and-self-cleaning-under-2004-rules-c-17816>
 - “Reasons for the deduction of points at tender evaluation must be fully disclosed to their last detail: AG Mengozzi on duty to motivate procurement decisions (C-376/16 P)”. *How to Crack A Nut*, 28 de septiembre 2017. Consulta el 9 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/9/28/ag-mengozzi-on-duty-to-motivate-procurement-decisions-c-37616>
 - “The European Commission’s Recommendation on procurement professionalisation: show me the money”. Blog *How to crack a nut*, 12 de octubre de 2017. [acceso el 5 de marzo de 2018] Disponible en: <http://www.howtocrackanut.com/blog/2017/10/12/the-commissions-recommendation-on-professionalisation-of-public-buyers-show-me-the-money>
 - “If it ain't broke, don't fix it'? EU requirements of administrative oversight and judicial protection for public contracts”. En: S TORRICELLI, S. y FOLLIO LALLIOT, F. (eds.) *Administrative oversight and judicial protection for public contracts*. Larcier, 2017.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, A y HERRERA ANCHUSTEGUI, I. “Impact of Public Procurement Aggregation on Competition: Risks, Rationale and Justification for the Rules in Directive 2014/24”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 129-163.
- SANDEL, M.J. *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Madrid: Debate, 2011.
- SANMARTÍN MORA, A. “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”. En: GMIENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de contratos públicos 2011*. Civitas, 2012, pp. 407-429.
- “Contratación Abierta, ¿Qué es?”. En: *Observatorio de Contratación Pública*, 21 de abril de 2014. [consultado el 24 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.150/relcategoria.121/relmenu.3/chk.61433b8eccddd80b3772478b057df4ff>
- SANTAELLA QUINTERO, H. “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus

implicaciones para la metodología de la ciencia jurídico administrativa”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 5, 2011, pp. 87 y ss.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M.J. “Procedimiento del recurso especial en materia de contratación”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 667-688.

SANZ PALOMERA, G. “Poder y corrupción en las provincias del Alto Imperio”. En: BRAVO, G. y GONZÁLEZ SALINERO, R. (eds.) *La corrupción en el mundo romano*. Madrid: Signifer Libros, 2008, pp.149-164.

SARMIENTO, D. *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, 2008.

SCHIAVI, P. “El combate contra la corrupción en materia de contrataciones pública en Iberoamérica- Especial referencia al derecho uruguayo”. En: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*. Madrid: INAP, 2017, pp. 191-222.

SCHLOSS, M.J. “Gobernabilidad, corrupción y desarrollo: Experiencias internacionales para transitar del dicho al hecho”. Documento de Trabajo, Transparencia Internacional. Consulta el 12/09/2017. Disponible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/03/miguel_schloss-gobernabilidad_corrupcion.pdf

SCHLITZER, E. “La trasparenza ed il contrasto della corruzione”. *Nuova Etica Pubblica*, n.º 5, 2015, pp. 109-128.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2003.

— “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”. En: BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Derecho Global, 2006, pp. 15-132.

SCHOONER, S.L. “Fear of Oversight: e Fundamental Failure of Businesslike Government”. *American University Law Review*, Volumen 50, n.º 3, 2001, pp. 664-665.

SELVAGGI, N. “Las listas negras del Banco Mundial: ¿hacia un sistema global de sanciones?”. En: NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance: Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2014, pp. 115-127.

SEMPLE, A. “Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 3/2015, pp.171-186.

— “Conflicts of interest under EU procurement law”. En: *OLAF/Freedom House Seminar*. Cluj-Napoca, Romania, 27 noviembre de 2015.

- SHAH, A. y SCHACTER, M. “La lucha contra la corrupción: mire antes de dar el salto”. *Finanzas & Desarrollo*, 2004.
- SHLEIFER, A. y VISHNY, R. W. “Corruption”. *Quarterly Journal of Economics* Volumen 108, n.º 3. Agosto de 1993, pp. 599-617. Disponible en: http://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/shleifer_and_vishny.pdf
- SIMANCAS SIMANCAS, R. “El precio de la corrupción”. *Temas para el Debate*, n.º 183, 2010, pp. 19-22.
- SOLOVEICIK, D. y SIMANSKIS, K. “The Evolving Concept of “Conflict of Interest” in the EU Public Procurement Law”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 2/2017, pp. 112-131.
- SOUDRY, O. “A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement”. En: PIGA, G. y THAI, K.V. (eds.), *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing*. Boca Raton, FL, USA: PrAcademics, 2007.
- SPECK, B.W. “Conflict of Interest: Concepts, Rules and Practices regarding Legislators in Latin America”. *The Latin Americanist*, vol. 49, n.º 2, 2008.
- SPRULL, C. “Open Contracting: Factivists fighting Procureaucrats”. En: *Open Contracting Partnership*. 9 de diciembre de 2013. Disponible en: http://www.open-contracting.org/open_contracting_factivists_fighting_procureaucrats
- SVENSSON, J. “Eight questions about corruption”. *The Journal of Economic Perspectives*, 19 (3), 2005, pp. 19-42.
- SZAREK-MASON, P. *The European Union’s Fight Against Corruption: the Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- TAHIRI, X. “Judicial Activism” or Constitutional Interpretation?: An Analysis of the Workings of the Constitutional Court of Kosovo”. *European Public Law*, vol. 23, Issue 1, 2017, pp. 147-164.
- TANZI, V. y DAVOODI, H. “Corruption, public investment, and growth”. *IMF Working Paper* 97/139, 1997.
- TARÍN, C. “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”. En: VILLORIA MENDIETA, M. GIMENO FELIÚ, J.M. y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2016, 67-82.
- TÁTRAI, T. “EU public procurement and probity”. En: BOVIS, C. *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Cheltenham: Elgar, 2016, pp. 482-520.
- TAYLOR, J.W. “Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation”. *Public Contract Law Journal*, 15, 1984, pp. 107 y ss.
- TEIXEIRA, A.A.C. “Corruption, economic growth and globalization: an introduction”. En: TEIXEIRA, A.A.C., PIMENTA, C., MAIA, A. and MOREIRA, J.A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Nueva York: Routledge, 2016.

- TEJEDOR BIELSA, J.C. “A la búsqueda del equilibrio entre transparencia y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas: Nueva Época*, 12, 2014.
- “Los mantras de la corrupción y los 47.500 millones de euros”. *Espúblico*. [Consulta el 27 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.administracionpublica.com/los-mantras-de-la-corrupcion-y-los-47-500-millones-de-euros/>
- TELGEN, J. y SCHOTANUS, F. “The effects of full transparency in supplier selection on subjectivity and bid quality” *University of Twente working paper*, 2010. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/254860242>
- TELGEN, J. y TIMMER, J. “Conditions for Rank Reversal in Supplier Selection” *University of Twente working paper*, 2016. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/307575475>
- TELGEN, J. y MANUNZA, E.R. “Non-intentional price preferences” *Working paper presented at 12th June 2017 Global Revolution VII*, University of Nottingham, 2017.
- “Relative scoring mechanisms and the limits of the principles of equal treatment and transparency” *Working paper presented at 12th June 2017 Global Revolution VII*, University of Nottingham.
- TELLES, P. “Ainda a concorrência e transparência”. Sitio web del Grupo de Contratos Públicos do Centro de Investigação de Direito Público. [consulta el 29 de diciembre de 2016] Disponible en: <https://contratospublicos.net/2016/12/22/ainda-a-concorrenca-e-transparencia/>
- “Public Procurement Financial Thresholds in the EU and Their Relationship with the GPA”. *EPPPL*, vol 11, 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2778686>
- TELLES, P. y SCHOONER, S.L. “The Good, the Bad and the Ugly: EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”. *Public Contract Law Journal*, vol. 43, 2013, pp. 3-25.
- TERRASA MÉNDEZ, E. “Ética y contratación pública. Programas de cumplimiento normativo y canales de denuncia”, en GIMENO FELIÚ, J.M. *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018
- TERZANO BOUZÓN, M.B. “Corrupción: concepto, realidad y reflexiones”. Pontificia Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo3/vc/files/segunda%20parte/03-Terzano.pdf>
- THE INDEPENDENT COMMISSION FOR THE REFORM OF THE INSTITUTIONS AND PROCEDURES OF THE UNION (ICRI). *Advancing the Union*. Londres, noviembre de 1999.
- THOMPSON, D.F. *El escándalo político*. Barcelona: Paidós, 2001.
- THÜSING, G. y FORST, G. *Whistleblowing – a Comparative Study*. Springer International Publishing, 2016.

- TOMÁS TÍO, J. “La sociedad civil contra la corrupción”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Monográfico *Lucha contra la corrupción*, n.º 108, abril 2016, pp.115-160.
- TORNOS, J., FÉREZ, M., ARROYO, A. e YSA, TAMIKO. “Detección y Reducción de irregularidades en la gestión e implementación de los fondos europeos: el correcto cumplimiento de la normativa de la UE en materia de contratación pública”. En: OLAF y ESADE. *Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*. Informe parte del Programa Hércules de la Unión Europea, 2015.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Integrity Pacts in public procurement: an implementation guide*. Berlín: Transparency International, 2013.
- *Corruption Perceptions Index 2015*. [consulta el 05-05-2016] Disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>
- *Integrity Pacts: A How-to Guide from Practitioners*. Transparencia Internacional, cofinanciado por la Comisión Europea, 2016.
- “Conclusiones de la Jornada sobre Transparencia integral en la contratación pública”. Observatorio de Contratación Pública, 3 de julio de 2017 [consulta el 26 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1202/relmenu.2/chk.a5186f21c159e3ff1b0bcc6d1addda2>
- TREISMAN, D. “The Causes of Corruption: A Cross-national Study”, *Journal of Public Economics*, n.º 76, 3, 2000, pp. 399-457. Disponible en: <http://www.svt.ntnu.no/iss/Indra.de.Soyasa/POL3503H05/treisman2000.pdf>
- TREUMER, S. “Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment of Tenderers”. *Public Procurement Law Review*, 8, 1999.
- “Technical dialogue and the principle of equal treatment - dealing with conflicts of interest after Fabricom”. *Public Procurement Law Review*, No. 2, 2007, p. 99-115.
- TREPTE, P. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations.” *Document prepared for the OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*. OECD Document No: Unclassified - GOV/PGC/ETH, 2005.
- *Public procurement in the EU: A Practitioner’s Guide*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations” *Supplement to the 2011 Annual Statistical Report on United Nations Procurement: Transparency and public procurement*, 2012.

- TRIBUNAL DE CUENTAS. “La institución y sus antecedentes”. Tribunal de Cuentas. p.1 [consulta el 12 de diciembre de 2016] Disponible en: <http://www.tcu.es/export/sites/default/.content/pdf/LA-INSTITUCION-Y-SUS-ANTECEDENTES.pdf>
- TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. *Informe especial: la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*. Tribunal de Cuentas Europeo. Luxemburgo, 2015. Disponible en: http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf
- TRYBUS, M. “Favouring Small and Medium Sized Enterprises with Directive 2014/24/EU?”. *EPPPL*, n 3, 2017. p. 224-238
- UGUR, M. “Corruption’s direct effects on per-capita income growth: a meta-analysis”. *Journal of Economic Surveys*, n.º 28(3), 2014, pp. 472-490.
- UNODC. *Global Programme Against Corruption: United Nations Manual o Anti-Corruption Policy (Draft)*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC), junio de 2001. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>
- *Global Programme Against Corruption: Anti-Corruption Tool Kit*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC). CICP-15, Volumen 1. Noviembre 2002. Disponible en: <http://www.unodc.org/pdf/crime/toolkit/fltof7.pdf>
- *Action against corruption economic fraud & identity related crime (2012-2015)*. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). 3 de septiembre de 2012. Consultado el 23 de noviembre de 2015. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/corruption/Thematic_Programme/Thematic_Programme_on_Corruption_-2012-2015_sept12.pdf
- *Corporate Integrity: Incentives for corporate integrity in accordance with the United Nations Convention against Corruption*. Nueva Delhi: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 2013. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/southasia/publications/research-studies/CI_Report.pdf
- *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances: Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention Against Corruption*. United Nations Office of Drugs and Crime. Viena, septiembre de 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf
- UNDP. “Reconceptualizing Governance”. *Discussion Paper*.º 2, New York, 1997.
- USAID. *USAID Anticorruption Strategy*. United State Agency for International Development. Washington DC. 2005. Disponible en: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200mbo.pdf>

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (eds), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público un análisis jurídico y económico*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 349-372.
- VÁZQUEZ MATILLA, J. “Las consultas preliminares de mercado. Clave para la eficiencia en la contratación pública”. En: *Contratos del Sector Público* [consulta el 12 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.contratosdelsectorpublico.es/index.php>
- “Claves de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. *Contratación Administrativa práctica*, n.º 153, 2018, pp. 15-20.
- VIANA, I. “Así se combatía la corrupción en la antigua Roma” [online]. En: *Diario ABC*. 7 de diciembre de 2014. [consulta 14-04-2016]. Disponible en: <http://www.abc.es/archivo/20141207/abci-corrupcion-antigua-roma-201412052006.html>
- VICENTE DAVILA, F. “La dimensión colectiva del derecho a una buena administración contractual: ¿un *status* de acción pública en el sistema de control de la contratación pública?”. *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.343/re/menu.3/chk.cd59d767f2ec7d7817405db67dd9a36e>
- VILALTA REIXACH, M. “Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del sector público”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 325-328.
- VILLA-REAL MOLINA, R. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Granada: Comares, 1999.
- VILLORIA MENDIENTA, M. *La corrupción política*. Madrid: Editorial Síntesis, 2006.
- “Las causas de la corrupción”. *Temas para el Debate*, n.º 183, 2010, pp. 36-38.
- “Transparencia y valor de la transparencia. Marco Conceptual”. En: *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*. Publicación digital, 2012. Fundación Democracia y Gobierno Local. p. 9. Disponible en: http://www.gobiernolocal.org/docs/publicaciones/Transparencia_ponencias2.pdf
- “Corrupción Pública”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167.
- “La corrupción en España: Rasgos y causas esenciales”. En: BETEGÓN, J. (ed.) *Derecho, confianza y democracia*. Madrid: Bomarzo, 2014.
- *Una evaluación del Lobby en España: análisis y propuestas*. Madrid: Transparencia Internacional España, 2014.

- “La transparencia como política pública a nivel global”. *Revista Democracia y Gobierno Local*, n.º26/27, 2014, pp. 4-16.
- VILLORIA MENDIETA, M. e IZQUIERDO SÁNCHEZ, A. *Ética Pública y Buen Gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos, 2016.
- VILLORIA MENDIETA, M. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 156, 2012, pp. 13-47.
- WADE, R.V. “The System of Administrative and Political Corruption: Canal Irrigation in South India”. *Journal of Development Studies*, n.º18, 1982.
- WARE, G.T. *et al.* “Corruption in public procurement: a perennial challenge”. En: CAMPOS, J.E. y PRADHAN, S. *The many faces of corruption: Tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington D.C.: The World Bank, 2007.
- WATERBURY, J. “Endemic and planned corruption in a monarchical regime”. En: HEIDENHEIMER, A.J., JOHNSTON, M. y LEVINE, V. (eds.) *Political Corruption: A Handbook*. Transaction Publishers, 1989, pp. 339-361.
- WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Barcelona: Península, 1992.
- WEI, S.J. “How taxing is corruption in international investors?” *The Review of Economics and Statistics*. Vol. LXXXII, n.º1, 2000.
- WEIL, D., FUNG, A., y GRAHAM, M. “Targeting transparency”. *Policy Forum Science and Regulation*, vol. 340, 2013, pp. 1410-1411.
- WENSINK, W. y MAARTEN DE VET, J. *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*. Bruselas: PwC EU services, 13 de junio 2013. [consulta el 03-05-2016] Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf
- WILLIAMS, R. “Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement”. *Public Procurement Law Review*, n.º 4, 2014, pp. 95-100.
- WILLIAMS, S. “The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives”. *European Law Review*, n.º 31, 2006, pp. 711 y ss.
- WILLIAMS-ELEGBE, S. *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.
- WOLF, T. y GÜRGEN, E. “Mejora de la gestión pública y lucha contra la corrupción en los países bálticos y de la CEI : La función del FMI” . *Temas de Economía*, n.º 21, 2000. [consulta el 1-05-2016]. Disponible en: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues21/esl/issue21s.pdf>
- WOODRUFF, C.D. “Organizational conflicts of interest—not what it's been said to be”. *Public Contract Law Journal*, 16, 1986, pp. 213 y ss.

- WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. The World Bank Group. [consulta el 15-04-2016] Disponible en: <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm#note1>
- WORTH, M. *Whistleblowing in Europe: legal protections for whistleblowers in the EU*. Transparency International, 2013.
- WU, H. y SUN, X. "Managing Conflicts of Interest in China's Public Sector: Fighting Corruption at the Early Stage". *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, n.º 1, 2014, pp. 146-169.
- YUKINS, C. "A Versatile Prism: Assessing Procurement Law through the Principal-Agent Model". *Public Contract Law Journal*, Vol. 40, n.º 1, 2010, pp. 63-89.