

EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

The principle of good administration and governance in public procurement

Vicente Garrido Mayol
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia
vigama@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp115-140](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp115-140)

Recibido: 29.09.2020

Aceptado: 21.12.2020

Resumen

Las exigencias de la sociedad sobre la administración pública pasan por profundizar en el comportamiento y en la dedicación profesional, sobre todo, de los administradores y gestores públicos. Todo ello no es más que trasunto del principio de buena administración que, como ya he destacado, es hoy un derecho de los ciudadanos, que reclama mayor objetividad en la toma de decisiones, mayor intensidad en la defensa de los derechos de los ciudadanos, más transparencia, más control y, sobre todo una más proactiva rendición de cuentas. Se trata, en definitiva, de imbuir a los gestores públicos y a los ciudadanos que más frecuente y estrechamente se relacionan con ellos, de sentimientos de ética, de rectitud y de honestidad capaces de impedir prácticas corruptas.

Palabras clave

administración; gobernanza; contratación pública; corrupción.

¹ Texto ampliado y corregido de la Ponencia presentada en la XXXII edición del Congreso anual de EBEN Europa y del XVII Congreso EBEN España.

Abstract

The demands of society on public administration go through deepening the behavior and professional dedication, above all, of public administrators and managers. All this is nothing more than a transcript of the principle of good administration which, as I have already highlighted, is today a right of citizens, which demands greater objectivity in decision-making, greater intensity in the defense of citizens' rights, more transparency, more control and, above all, more proactive accountability. Ultimately, it is a matter of imbuing public managers and the citizens who are most frequently and closely related to them with feelings of ethics, rectitude and honesty capable of preventing corrupt practices.

Keywords

Administration; Governance; Public Procurement; Corruption.

SUMARIO: I. NOTA PREVIA SOBRE LA GOBERNANZA. II. LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. FRENTE A LA CORRUPCIÓN, BUENA ADMINISTRACIÓN. V. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA. VI. LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VII. LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VIII. DE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA AL DELITO: LA COMPLEJA LÍNEA DIVISORIA. IX. REFLEXIÓN CONCLUSIVA. BIBLIOGRAFIA.

I. NOTA PREVIA SOBRE LA GOBERNANZA

La Gobernanza es un término antiguo, pero de moda reciente, especialmente en el ámbito de la Unión Europea. También la OCDE (Organización intergubernamental cuya misión es promover el desarrollo integral y sostenible con el fin de mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas alrededor del mundo) ha usado el término a partir de los años noventa al constatar que la mala, o la ausencia de, gobernanza era una barrera importante para el desarrollo económico de los países subdesarrollados.

El uso constante del término *gobernanza* se ha extendido hacia distintos ámbitos, como el de la administración pública, las relaciones internacionales, la Unión Europea, las corporaciones de derecho público, e incluso privadas, etc...².

Viene utilizándose, como he advertido, desde la década de los noventa, para designar la necesidad de eficacia, de calidad y de buena orientación de la actuación del Estado, de los poderes públicos, buscando una «nueva forma de gobernar» alejada de las disfunciones, defectos y corruptelas que son, desgraciadamente, frecuentes en la gobernación del Estado y, de sociedades y corporaciones.

Pero, atención, no sólo afecta a quienes tienen responsabilidades de gobierno sino también a quienes de forma indirecta participan o se relacionan con actividades de gobernación: los contratistas, que en ocasiones enturbian la buena orientación de la actividad pública mediante prácticas colusorias, sobornos, cohechos, o financiación ilegal de partidos o políticos.

En el ámbito de la Unión Europea siempre se ha percibido una constante sensibilidad por la adecuada gobernación. La Comisión Europea, en su Libro Blanco sobre la Gobernanza europea (2001) la definió como el conjunto de «*Reglas, procesos y conductas que afectan el modo como se ejerce el poder a nivel europeo, particularmente en lo que se refiere a ... la participación, la responsabilidad, la efectividad y la coherencia*».

² Treviño Cantú, J.A.» Gobernanza en la administración pública. Revisión teórica y propuesta conceptual». *Contaduría y administración*, n.º.233 México ene-abr, 2011.

Es un concepto estrechamente ligado al de «buena administración», principio inspirador, primero, y derecho fundamental después, reconocido en la Carta Europea de DDFE, que se concreta, como nos recuerda Rodríguez Arana, en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables.

Y señala que la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que en el procedimiento administrativo adquieren una relevancia singular. Estos derechos componen, junto con las consiguientes obligaciones, el estatuto jurídico del ciudadano ante la administración pública³.

Como he indicado, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales se proclama –art. 41– el derecho de toda persona a una buena administración que comporta, que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Pero, además, la buena administración exige que toda persona debe ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, y el de acceder al expediente que le afecte –dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercia– y, en último término, el derecho a que la Administración motive y razone sus decisiones⁴.

Como colofón a la proclamación del derecho a la buena administración y ligado a él, se reconoce el derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. No es más que expresión del principio de la responsabilidad patrimonial de la Unión por actos o disposiciones provenientes de sus órganos, autoridades o funcionarios.

³ Rodríguez Arana, J. «Gobernanza, buena administración y Gestión Pública». Ponencia presentada en Congreso, que puede consultarse en aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/ponencia_jaime_rodriguez_arana.pdf

⁴ El Tribunal Supremo, en STS de 3 de noviembre de 2015, afirmó que: «... *cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente.*»

Por su parte, en la STS de 20 de noviembre de 2015 expresó que «... *tuvimos en nuestra Sentencia de 11 de julio de 2014 ocasión de afirmar*» que «*Formulada una determinada solicitud a la Administración por persona legitimada al efecto ... dicha persona tiene derecho a obtener una respuesta de aquélla y a que por tanto la Administración se pronuncie sobre su solicitud.*»

Por último, y ligado a este derecho a la buena administración, se proclama la facultad de toda persona de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y la correlativa obligación de recibir una contestación en esa misma lengua.

En España, como más adelante veremos, el derecho a la buena administración está implícitamente reconocido en la Constitución, y más recientemente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y también la jurisprudencia se ha hecho eco del principio de buena administración, como lo muestra la STS de 30 de Abril de 2012, que califica el derecho a una buena administración como «*derecho de última generación*» y lo vincula al principio de transparencia y el derecho de acceso a registros y archivos.

II. LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Estas necesarias buenas prácticas que constituyen el principio de buena administración han preocupado a la Unión Europea en relación con la contratación pública. Así se puede constatar en las diferentes Directivas desde 1989 hasta de 2004 (que dieron lugar a la LCAP de 1995 y a la LCSP de 2007), y en las más recientes de 2014 que ahora se traspusieron más recientemente mediante la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁵.

Si nos trasladamos al ámbito de la contratación pública constataremos la importancia de la gobernanza.

La contratación es la principal actividad mediante la cual los poderes públicos ejecutan sus políticas en determinados sectores de su ámbito de actuación. Sirve para el cumplimiento de los fines de los gobiernos, para desarrollar su acción política. Se dedican a ello cantidades ingentes de las arcas públicas y por ello, sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis –como los que hemos vivido– son mucho más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana.

⁵ Esta Ley, y la de contratación en sectores especiales, eran el medio jurídico para la transposición en España de las Directivas Europeas 2014/23, 2014/24 y 2014/25. La transposición de dichas Directivas vencía el 18 de abril de 2016. La situación política de España, con un gobierno en funciones sin posibilidad de aprobar proyectos de ley, impidió el cumplimiento del plazo. Hubiera podido respetarse vía proposición de ley, pero la complejidad técnica de la materia a regular no lo hizo aconsejable. De cualquier manera, ha habido coincidencia en estimar que, dada la claridad y precisión de sus disposiciones, tales Directivas podían considerarse, vencido el plazo de su transposición, directamente aplicables, de acuerdo con la doctrina del TJUE.

Posiblemente junto con la actividad urbanística, en el ámbito de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen mayores tentaciones y más oportunidades de corrupción en las distintas actividades de gestión pública⁶.

Ese elevado volumen de recursos que moviliza la contratación explica el avance de prácticas perniciosas, pues como he indicado, se dedican muchos recursos públicos a contratar obras, servicios o adquisición de bienes. Y cuanto más complejo es lo que se pretende contratar, mayores oportunidades existen para prácticas corruptas.

Pero no olvidemos que en los últimos años se han observado también prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para burlar la normativa sobre contratos y, a veces, para la financiación ilegal de partidos políticos o la adjudicación directa a personas o empresas afines⁷, creando de esta manera una red clientelar en beneficio propio.

Transparencia Internacional insiste en que el mercado de los contratos públicos existe evidentes tentaciones y oportunidades a la corrupción en el ámbito del sector público. Así, ha advertido 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»⁸.

III.LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es un fenómeno negativo que, desgraciadamente, se observa en todo tiempo y lugar, y que afecta negativamente a una sociedad desde la perspectiva

- de la ética
- de la administración de los recursos públicos
- de la debida igualdad en el tratamiento de los ciudadanos.

La corrupción no es un mal propio de un lugar y de un tiempo determinados. Siempre se ha percibido su existencia, en cualquier época, bajo regímenes de distinto signo y en cualquier parte del mundo. Ahora bien, la salud de un sistema democrático, –único en el que se puede luchar eficazmente contra

⁶ Gimeno Feliu, J.M. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, septiembre-diciembre de 2016.

⁷ Gimeno Feliu, J.M., «El necesario big-bang...» op. cit.

⁸ 1 http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

la corrupción—, no consiste en la ausencia total de tal cáncer social, sino en la existencia de mecanismos variados y contundentes de reacción.

Porque resulta evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato⁹ y de transparencia, y de valores como la decencia, la ética o la integridad.

Por ello, la lucha contra la corrupción no solo es importante desde la perspectiva de la decencia y de la ética, sino también desde el punto de vista económico, del manejo de los recursos públicos.

Es verdad que en ocasiones se trasladan a la opinión pública determinados casos que, debidamente aderezados, adornados y malintencionadamente manipulados, se presentan como casos de corrupción, sin serlo, lo que contribuye, negativamente, a amplificar y magnificar este fenómeno tan nocivo que corre a la sociedad.

En la esfera política hay que resaltar que la Unión Europea ha mostrado siempre una especial preocupación por la limpieza en la contratación pública. De hecho, las legislaciones nacionales son tributarias, en cuanto a principios que rigen la materia, de las Directivas comunitarias que han ido señalando en camino por donde debía transcurrir la normación de la contratación pública.

Así, el Parlamento Europeo ha señalado que

«el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción» y ha destacado 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»*. Por ello, ha instado a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los *«efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»*¹⁰.

La Unión Europea ha mostrado una constante preocupación por los supuestos de corrupción: en el Informe Anticorrupción de 2014, insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas. Previamente la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, señaló en su apartado 44

⁹ Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 533.

¹⁰ Vid. en el documento de Transparencia Internacional «Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción».

que «*la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas*».

Por ello las Directivas de 2014,—en concreto la 23 intitulada Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés— proclaman que «*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*».

Pero también en otros ámbitos se ha percibido una preocupación por la limpieza en la contratación pública. El Acuerdo sobre contratación pública revisado es el primer Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio celebrado con el objetivo de promover la buena gobernanza al prescribir que las partes lleven a cabo sus contrataciones evitando conflictos de intereses y prácticas corruptas. Esta prescripción está reforzada por disposiciones específicas en el Acuerdo sobre la transparencia y por procedimientos en virtud de los cuales un proveedor puede impugnar una infracción del Acuerdo y/o la legislación nacional conexas¹¹.

¿En qué momentos del proceso de contratación se pueden observar prácticas corruptas? Gimeno Feliu los concreta en los siguientes¹²:

- Creando maliciosamente servicios u obras innecesarios
- Facilitando información que produzca desventaja a unos licitadores respecto del favorito
- Estableciendo condiciones o requisitos que puedan tener por objeto la creación de obstáculos injustificados
- Recurriendo frecuentemente al procedimiento negociado sin publicidad cuando no siempre se cumplen los requisitos para ello
- Fraccionando el objeto del contrato para burlar las normas de publicidad y concurrencia
- Haciendo uso abusivo del contrato menor

¹¹ Actualmente, 45 miembros de la Organización Mundial del Comercio son parte en el Acuerdo sobre la contratación pública, y otros 30 miembros y 4 organizaciones internacionales participan como observadores en el Comité de Contratación Pública del Acuerdo.

¹² Vid. al respecto, Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 533.

- Inobservando el cumplimiento de requisitos que deben reunir los licitadores
- Procediendo a una ponderación inadecuada de los criterios de adjudicación
- Propiciando cierto oscurantismo en la tramitación de los expedientes e impidiendo el acceso al expediente con la excusa de la confidencialidad
- Obviando controles efectivos sobre la ejecución del contrato
- Realizando injustificadas modificaciones que quiebran el principio de concurrencia al impedir una nueva licitación.

A los que cabría añadir el recurso frecuente a expedientes de enriquecimiento injusto por no haber preparado el concurso correspondiente tempranamente y propiciar la proroga indebida del contrato.

En este contexto, *Transparencia Internacional España*¹³ elaboró un documento con una serie de medidas dirigidas a los partidos políticos, para ser asumidas por todos ellos, a fin de conseguir una contratación pública más transparente y eficiente, y, en definitiva, cumplir con el principio originario en el derecho comunitario, pero ya inserto en el Tratado de Lisboa y, por ende, en el ordenamiento interno español, de buena administración.

Dichas medidas pretenden incrementar la transparencia desde la perspectiva de favorecer la concurrencia como de la rendición de cuentas; fortalecer los comportamientos éticos y la profesionalización; mejorar los mecanismos de control como estrategia para prevenir la corrupción; y lograr un perfeccionamiento de la legislación vigente¹⁴.

¿Y cómo se pueden combatir esas malas prácticas en la contratación pública? *Transparencia Internacional* propone una serie de medidas como las siguientes:

¹³ *Transparencia Internacional España* es el capítulo español de *Transparencia Internacional*, una organización no gubernamental a escala universal dedicada a combatir la corrupción, que integra a representantes de la sociedad civil, sector privado y determinados gobiernos.

¹⁴ Su propósito es luchar a doble escala, entre quienes corrompen y quienes permiten ser corrompidos.

¹⁵ En el ámbito internacional, TI impulsa campañas de concienciación sobre los efectos de la corrupción, promueve la adopción de reformas políticas, el establecimiento de convenciones internacionales sobre la materia; alienta la adhesión a las mismas y luego observa la implementación de dichos acuerdos por parte de los gobiernos, corporaciones y empresas. Asimismo, a nivel nacional, los capítulos de *Transparencia Internacional* actúan en procura de una mayor transparencia y la materialización del principio de rendición de cuentas. Con este fin, TI monitorea el desempeño de algunas instituciones claves y ejerce presión para la adopción no-partidista de las reformas que sean necesarias. Vid. más ampliamente en Wikipedia.

¹⁴ Pueden consultarse en la web de dicha ONG.

- facilitando abundante información sobre licitación en curso: un portal único
- reforzando los sistemas de control, inspección y auditoría en la contratación del sector público.
- elaborando y publicando análisis comparativos sobre los costes efectivos de servicios similares.
- evitando que en las mesas de contratación haya representación política y procurando la profesionalización de sus integrantes.
- consolidando el sistema de tribunales administrativos, garantizando su status de independencia y ampliando sus competencias.
- protegiendo al delator o informador de casos de corrupción.
- aplicando normas de contratación a partidos, sindicatos y organizaciones empresariales cuando su fuente de financiación sea mayoritariamente pública.
- codificando la normativa de contratación.

Como veremos más adelante, las anteriores medidas han sido recogidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

IV. FRENTE A LA CORRUPCIÓN, LA BUENA ADMINISTRACIÓN

En el Preámbulo de las Directivas de 2014, en concreto, de la nº 23, se puede percibir esta preocupación cuando se lee que para determinar la organización de sus servicios «los Estados miembros son libres, dentro del respeto de los principios del TFUE sobre igualdad de trato, no discriminación, transparencia y libre circulación de personas contemplados en el Tratado...»

Es lo que se conoce como buena administración, que es un derecho de los ciudadanos, nada menos que, como ya he indicado, un derecho fundamental, –reconocido en el art. 41 de la Carta Europea de Derechos fundamentales¹⁵– y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen

¹⁵ El art. 41 de la Carta establece: «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua».

derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Ahora se postula «un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.» Ponce Solé distingue la idea de «buen gobierno» o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de «buena administración» que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción¹⁶.

En la UE siempre se ha percibido una preocupación por establecer una serie de normas que redujeran las posibilidades de corrupción mediante el establecimiento de una serie de principios cuales son el de objetividad, igualdad de trato y transparencia en la adjudicación de los contratos públicos. Ya en la Directiva 2004/18, de 31.3 se establecieron 5 obligaciones para los Estados miembros, –España la transpuso mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando había transcurrido el plazo de transposición (1.2.2006), en relación con la preparación y adjudicación de los contratos públicos, que Gimeno Feliu sintetiza del siguiente modo¹⁷:

1. Publicidad, que comporta concurrencia, en contratos que superen determinado umbral económico. Obligación de publicar los anuncios en el DOUE
2. Transparencia en los procedimientos de contratación
3. Equivalencia de las especificaciones técnicas
4. Homologación de las aptitudes de los contratistas
5. Objetividad en los criterios de adjudicación.

Antes he hecho referencia al principio de buena administración, del que derivan otros muchos que han surgido del ámbito comunitario, sometido en este aspecto más a principios que a normas de derecho positivo, como ha señalado Moreno. Y así, hay que citar los principios

- de libertad de acceso a las licitaciones
- de publicidad y transparencia de los procedimientos

¹⁶ Ponce Solé, J. «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración» *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, Enero-Marzo 2016.

¹⁷ Gimeno Feliu, J.M. «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), pág. 520.

- de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos
- de objetividad y neutralidad

Principios, todos ellos, que son fundamento de las disposiciones normativas dictadas en el seno de los Estados miembros¹⁸.

Y en este sentido, en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público se indica (art. 1) que se pretende garantizar que la contratación pública se ajuste a los principios de:

- libertad de acceso a las licitaciones
- publicidad
- transparencia de los procedimientos
- no discriminación
- igualdad de trato entre los licitadores
- y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

V. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA

He advertido antes que en España ese derecho a la buena administración, aún sin citarlo expresamente, se halla reconocido en el art. 103 de la Constitución, cuando proclama 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*». Estos principios no son exclusivos, sino que acogen o engloban o se relacionan con otros muchos que son presupuesto o consecuencia de los expresamente citados, como así ha tenido ocasión de recordarlo el Tribunal Constitucional (así, el principio de neutralidad (STC 77/1985), el de racional uso de los recursos públicos, o más recientemente, el de estabilidad presupuestaria constitucionalizado en el art. 135 de la Carta

¹⁸ Moreno Tortajada, J.A. «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley de contratos del sector público», en *Revista Jurídica de Navarra* nº 45 (2008), pág. 47 y Valcárcel Fernández, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, pág. 1905.

Magna). Si a ello unimos que la Constitución proclama, –garantiza, dice– la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos(art.9.3), podemos afirmar que, al menos en el plano normativo, al más alto nivel, está consagrada la buena gobernanza.

Pero no sólo a nivel constitucional. Reconociendo que el buen gobierno y la buena administración o gestión pública están relacionados, o deben estarlo, como la cabeza y el cuerpo, la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las AAPP establece en su art. 13. d), el derecho de los ciudadanos «Al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico».

Y el artículo 26 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, intitulado «Principios de buen gobierno», establece que autoridades y funcionarios, adecuarán su actuación a una serie de principios, de tal suerte que:

- Actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.
- Respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.
- Asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.
- Pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.
- No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.
- Desempeñarán sus funciones con transparencia.

VI.LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La regulación de la contratación pública en el seno de la Unión Europea se operó, tras Directivas de alcance más modesto¹⁹, a través de la Directiva

¹⁹ La actividad normativa de la UE en materia de contratación comienza hace 25 años, con la Directiva 1992/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos de servicios, a la que siguieron la Directiva 1993/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos de suministro, y la D. 1993/37,

2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, (en lo sucesivo, Directiva 2014/23/UE, Directiva 2014/24/UE y Directiva 2014/25/UE).

En este ámbito, la actividad normativa de la UE a través de sus numerosas Directivas sobre la materia ha provocado la necesaria reforma de nuestra legislación, para adecuarla a aquellas, para cumplir con nuestra obligación de transposición. Bien es verdad que hay quien se ha quejado de la ambición regulatoria de la UE que ha incrementado exponencialmente la extensión y complejidad técnica de este sector de la legislación²⁰.

Se ha observado en España, en los últimos años, una constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública, que ha producido cierto hastío cuando no inquietud y zozobra en cualquier jurista²¹. No son muy antiguas las normas reguladoras de la contratación pública en España: de 1963 es la Ley de Bases de contratos del Estado, a la que siguió dos años después un Texto articulado que desarrollaron dos Reglamentos de 1967 y 1975; más tarde la LCAAPP, ley 13/95 y su Reglamento parcial de 1996; luego el TR RDL 2/2000 y su Reglamento general de 2001; y por fin, la Ley 30/2007, LCSP que culminó con el TR RDL 3/2011, que fue derogado por la Ley 9/2017, vigente.

Fueron todas estas normas frecuente e intensamente modificadas: cientos de sus artículos, por medio de decenas de leyes.

Confiemos en que el legislador de 2017 haya acertado para lograr una ley perdurable en el tiempo, o lo que es lo mismo, estable, que es uno de los

sobre los de obras. Todas ellas fueron sustituidas por la Directiva 2004/18, sin olvidar las dictadas para los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales.

²⁰ Santamaría Pastor, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *La contratación pública: problemas actuales*. Tomás Cano y Elena Bilbao, Coord. Consejo Consultivo de Madrid, 2013, p. 31. Considera que se valoraba como la suma de todas las virtudes posibles, instando a abandonar ese papanatismo pueblerino, pues la normativa comunitaria en general, y especialmente la de contratos es un desastre sin paliativo que ha ocasionado en todos los Estados miembros dificultades sin cuento complicando y retardando la acción pública sin apenas beneficios funcionales. En su opinión, la Directiva de 2004, era ya altamente cuestionable por su complejidad sin sentido; y las de 2014 producen auténticos estremecimientos.

²¹ Santamaría Pastor, J.A., op. cit., « p. 19 y ss.

rasgos que deben perseguir los legisladores y que pone de manifiesto la bondad o ineficacia de una norma del máximo rango²².

¿Tantas reformas han servido para acabar con la corrupción? Eso sería tanto como pretender que normativamente se erradicara la maldad humana. Pero no se puede obviar que cuantas mayores sean las medidas adoptadas y más precisa la regulación en esta materia, más difícil será la práctica de conductas reprochables.

Ahora bien, como ha señalado Santamaría, la lucha contra la corrupción, que es un fenómeno trasversal a todos los gobiernos países y épocas, no depende solo de las medidas legislativas, sino también, del sistema de financiación de los partidos, del nivel de preparación, profesionalidad y retribución de los políticos, del control a posteriori de los supuestos de enriquecimiento de origen opaco, y de la ética general de la población en cuanto al manejo de los fondos públicos.

El ámbito de la contratación pública, dentro del más amplio de la actividad administrativa, es, como he advertido, en el que existen mayores tentaciones y oportunidades a la corrupción y donde se han observado más conductas ilícitas al respecto. El factor principal del desperdicio y de la ineficiencia en el manejo de fondos públicos lo encontramos ahí. Transparencia Internacional ha llegado a estimar en un 10% el gasto que se desperdicia en corrupción y sobornos. De ahí que se insista en promover la ética pública y la responsabilidad empresarial como armas eficaces para luchar contra tales males. (Empecemos por nosotros mismos: IVA, SS de empleados...)

VII. LOS PRINCIPIOS Y NORMAS QUE DEBEN REGIR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como he señalado anteriormente, en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público se indica (art. 1) que se pretende garantizar que la contratación pública se ajuste a una serie de principios entre los que cabe destacar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia de los procedimientos, la no discriminación y la igualdad de trato entre los licitadores.

Es la preparación y en la adjudicación de los contratos públicos donde más se deben observar las reglas y principios tendentes a satisfacer la buena administración. Hablar de esas fases del procedimiento de forma amplia y detallada nos llevaría a extendernos de tal modo que harían falta demasiado

²² Y ello teniendo en cuenta que lo que no se ha conseguido es una ley clara y sencilla, pues la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, además de extensa, es una un tanto farragosa, y con continuas y abundantes remisiones a otros artículos de la propia Ley o de otras Leyes, lo que dificulta su fácil lectura, comprensión y manejo.

espacio para poder abordar con rigor la problemática que ello plantea y los matices que cabe considerar al respecto. Intentaré, por ello, centrarme en las novedades de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y singularmente en relación con los principios que deben regir su desarrollo, en lo que se conoce como la gobernanza en la contratación pública.

La nueva ley es, desde luego, extensa, un tanto farragosa, elaborada obviando las más básicas reglas de la moderna técnica normativa –brevedad y concisión, claridad, coherencia...– y son continuas y abundantes las remisiones a otros artículos de la propia Ley o de otras Leyes, lo que dificulta su fácil lectura, comprensión y manejo (vg. arts. 2, 3.1.d), 3.2.a), 19...)

Incrementa las exigencias de transparencia y, por tanto, de información y refuerza las obligaciones de las Administraciones públicas en la redacción de los pliegos de condiciones generales y particulares, en el rigor a la hora de establecer los requisitos y criterios de valoración de las ofertas, en el trámite de valoración, en los controles internos *ante y post*, y también controles externos como el del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales que ve ampliada sus competencias. Todo ello ha llevado a criticar, eso, sí, que tantas cautelas supondrán un aumento de la burocracia y ralentizarán los trámites que deben observarse en la preparación y adjudicación de los contratos. Pero, sin embargo, la introducción de medios e instrumentos electrónicos para la tramitación de los procedimientos contractuales persigue, precisamente, la simplificación y agilización de tales procedimientos.

Hay, desde luego, ciertas novedades en la preparación y adjudicación de los contratos, inspiradas, en gran parte, en la imperiosa necesidad de que sean respetados los principios de

- libertad de acceso a las licitaciones,
- de publicidad y transparencia de los procedimientos contractuales, y
- de igualdad y no discriminación de trato entre los licitadores.

Además, persigue también que sea respetado el principio de estabilidad presupuestaria mediante una utilización racional de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la prestación de servicios o la adquisición de bienes, lo que se ha de conseguir mediante

- la definición previa de las necesidades a satisfacer,
- la salvaguarda de la libre competencia y
- la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Se ha dado una nueva regulación a los contratos menores –los que se pueden adjudicar sin concurso–, se prevé la obligatoriedad de fraccionar en lotes

los grandes contratos para favorecer la participación de las pequeñas y medianas empresas, y se reforma la configuración de las mesas de contratación.

Y, en fin, en línea con la política desarrollada por la Unión Europea tendente a establecer normas que garanticen la limpieza en la actividad pública, en especial, en el ámbito de la contratación, traspone esas Directivas de 2014 que completan las previsiones de las anteriores de 2004, que dieron lugar a la Ley de 2007, más tarde refundida en el Texto Refundido de 2011. Pues bien, todos esos principios a los que acabo de hacer referencia conforman, como he advertido, lo que se conoce como *gobernanza*.

Lo primero que hay que destacar es que esos principios tienen su manifestación en concretos artículos de la Ley y son parámetro para el control de legalidad de la actuación administrativa contractual.

Los criterios de adjudicación del contrato, establecidos en el art. 145 de la Ley, deben conducir a la oferta económicamente más ventajosa para la Administración, para lo que deben establecerse con claridad en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo; e igualmente, deberán figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos (art. 145.5)

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado segundo de este artículo.
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

...Y como se expresa en el art. 146.1, «...cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad...».

Sabido es que el concurso es el modo de adjudicación en que el único criterio aplicable no es el precio. No sólo cuenta el factor económico sino también otros elementos porque ello que se pretende es adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa sin atender necesariamente a la más barata (STS 27-3-2001).

Ciertamente en la adjudicación, sometida a criterios reglados derivados de la normativa de aplicación y del pliego, –que es la ley del contrato–, hay un cierto margen de apreciación administrativa o de discrecionalidad, limitadas por la arbitrariedad y por la desviación de poder (STS 21-7-2000)²³.

Pero la discrecionalidad en ningún caso puede ser arbitrariedad. Ésta está proscrita por la Constitución (art.9.3) y se da cuando la decisión es irrazonable, no está debidamente motivada y no responde a una conexión lógica con los elementos reglados del concurso contenidos en el pliego que lo rige. Porque, ciertamente, una cosa es la discrecionalidad legítima y otra la arbitrariedad constitucionalmente prohibida.

Lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables. Lo arbitrario o no tiene motivación respetable o la que ofrece es tal que denota su carácter realmente indefinible y su inautenticidad²⁴. Y así, hay que tener en cuenta que como ha señalado el Tribunal Supremo, «*El genio expansivo del Estado de Derecho ha determinado el alumbramiento de técnicas que permiten que el control jurisdiccional se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas*»... el control de los hechos determinantes (porque «*los hechos son tal como la realidad los exterioriza*») y «*no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración*») y los principios generales del Derecho (que «*al informar todo el ordenamiento jurídico, son la atmósfera que respiramos jurídicamente*») (STS 1-XII-86). Y es que el Estado de Derecho que recalca en el art. 1 de la CE impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad²⁵.

Pero como decía antes hay cierto margen de discrecionalidad y ésta ser procedente si está apoyada en criterios técnicos, en informes que se han emitido durante el procedimiento, informes sobre los que recae una presunción de certeza, presunción *iuris tantum* que, lógicamente, admite prueba en contrario (STS 10-9-2000 y 17-7-2001).

Evidentemente la discrecionalidad o decisión discrecional es controlable pero también con ciertos límites, porque el controlador, pensemos en el órgano jurisdiccional correspondiente, no puede erigirse en el seleccionador de la proposición más ventajosa, a no ser que sea como consecuencia de emplear parámetros necesaria y exclusivamente jurídicos que afecten a los elementos reglados de competencia y de procedimiento o a la observancia de los criterios establecidos en el pliego.

²³ González-Varas Ibáñez, S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2008, Tomo IV, pág. 231 y ss.

²⁴ Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, 1998, p.15-16.

²⁵ Martín Retortillo, L. *Materiales para una Constitución*. Akal, 1984, p.28.

Algo fundamental que se proclama en el Preámbulo de la Directiva 2014/23: Las normas del marco legislativo aplicable a la adjudicación de contratos y concesiones deben ser claras y sencillas. Deben reflejar adecuadamente la especificidad de los contratos públicos y no generar una burocracia excesiva.

Y también, que es necesario que los principios europeos en materia de contratación se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión al objeto de eliminar las perturbaciones persistentes que se producen en el mercado interior.

¿Y cuáles son esos principios que derivan de las directivas europeas y que se han incorporado a la normativa española en materia de contratos públicos?

1. Los principios de libre concurrencia, igualdad de trato y no discriminación

La Administración ha de dar a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuar de forma transparente y proporcionada. El procedimiento de adjudicación de contratos y concesiones nunca puede estar concebido con el objetivo de excluir a algún posible licitador ni de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos o determinadas obras, suministros o servicios (artr. 3.1 Directiva 2014/23). Y ello se plasma el art. 132 de la Ley, en el que se destaca que la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios; y se impone a los órganos de contratación la obligación de velar, en todo momento, por la salvaguarda de la libre competencia.

Y, a tal efecto, deberán notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. Y particularmente, cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Además, conforme al art. 30 de la Directiva durante el procedimiento de adjudicación del contrato o de la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora no podrá facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores con respecto a otros.

2. El principio de transparencia y el de publicidad

La transparencia se ha erigido en elemento capital de las políticas públicas, garantizada también en normas con rango de ley que, para favorecer el buen gobierno, aseguren, la objetividad, la integridad, la neutralidad, la responsabilidad, la credibilidad, la imparcialidad, la confidencialidad, la dedicación al servicio público, la ejemplaridad, la austeridad, la accesibilidad, la eficacia, la honradez y la igualdad de hombres y mujeres²⁶.

En definitiva, se busca una democracia de mayor calidad en la que el ciudadano sienta que se gestionan bien los recursos públicos, y que cuenta con cumplida información de las políticas que se están desarrollando en cada momento.

El principio de transparencia aparece expresamente recogido en la Directiva de 2004/18, –arts. 35 a 43– que contienen las normas de publicidad y transparencia. Transparencia supone libre flujo de información para procurar un acceso en condiciones de igualdad, para gozar de igualdad de oportunidades.

Supone²⁷:

- La publicación y difusión de la normativa aplicables, de los informes y dictámenes recaídos en la tramitación de los procedimientos, de las resoluciones y decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores.
- la constancia en acta de las deliberaciones de las mesas de contratación, si las hubiere
- la posibilidad de que licitadores estén presentes en aperturas de ofertas
- la publicación de los anuncios de licitación, en boletines y diarios oficiales (DOUE) así como en las páginas web (ver arts. 35 a 43 Directiva 2004/18)
- la claridad en la determinación de las condiciones de la licitación, de los requisitos, de la cualificación exigible en los pliegos; del objeto del contrato y de los criterios de evaluación y adjudicación.
- la proporción a los licitadores de la información sobre modificaciones o alteraciones contractuales que puedan verificarse
- la huida de conceptos jurídicos indeterminados para limitar la discrecionalidad que a veces se torna arbitrariedad.

²⁶ Vid. Garrido Mayol, V. «Retos de la transparencia y rendición de cuentas», en *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Rodríguez-Arana, J., Vivancos Comes, M. y Ahedo, J. Coords. Thomson Reuters ARANZADI (2016) p. 131.

²⁷ Valcárcel Fernández, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, p. 1917.

Está expresamente proclamado en el art. 132 de la Ley 9/2017, que exige a los poderes públicos ajustar su actuación a tal principio, entre otros.

La transparencia está íntimamente ligada a la publicidad. Y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una publicidad adecuada pretende garantizar, en beneficio de todo licitador, abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad en la adjudicación²⁸. Pero hay algunas excepciones, conforme al art. 30.4 y 5 de la Directiva 2014/23²⁹.

La novedad respecto de la anterior normativa la encontramos en la posibilidad de publicar anuncios de información previa con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar, durante un plazo de 12 meses, todo ello en los términos prescritos en el art. 134 de la Ley.

Además, los órganos de contratación deberán facilitar el acceso a los pliegos y demás documentación complementaria, por medios electrónicos a través del perfil del contratante, de modo libre, directo, completo y gratuito (art. 138 de la Ley). Y además, deberán proporcionar a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del

²⁸ SSTJUE 6.4.2006 y 16.9.2013

²⁹ 4. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no podrá obligarse a los poderes y entidades adjudicadores a publicar un anuncio de concesión cuando las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un operador económico determinado por cualquiera de los siguientes motivos: a) el objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única; b) la ausencia de competencia por razones técnicas; c) la existencia de un derecho exclusivo; d) la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos distintos de los definidos en el punto 10 del artículo 5. Las excepciones previstas en las letras b), c) y d) del párrafo primero se aplican únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión.

⁵. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el poder o entidad adjudicador no estará obligado a publicar un nuevo anuncio de concesión si no se ha presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento de concesión previa, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando se solicite. A efectos de lo dispuesto en el primer párrafo, se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para la concesión, al no poder satisfacer manifiestamente, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos del poder adjudicador o entidad adjudicadora especificados en la documentación de la concesión.

plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación.

Por todo ello es reprochable la táctica de fraccionar lo que debía ser un contrato en varios contratos menores para evitar la publicidad y la libre concurrencia. El fraccionamiento y el contrato menor están íntimamente unidos, pues el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y libre concurrencia³⁰. Además, en múltiples ocasiones se obvia la obligación de pedir tres ofertas a posibles contratistas salvo que no existan en el mercado.

La Ley 9/2017 regula en su art. 118 la contratación menor, con novedades respecto de la anterior normativa. Aparte la distinta cuantía según el tipo de contrato, pues en el expediente se debe justificar 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 establecida para poder celebrar un contrato menor.

Tampoco quedan ya justificados los contratos negociados sin publicidad máxime cuando no se cumplen los requisitos para poder acudir a ellos, pues implican una improcedente discrecionalidad en la selección.

3. El principio de eficiencia

A los anteriores principios cabe añadir el de eficiencia, ligado al de estabilidad presupuestaria, ambos proclamados expresamente en la Constitución. De una parte, en el art. 31.2 CE, que prescribe que *«El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»*. Y de otra, en el art. 135, que impone a todas las Administraciones Públicas la obligación de adecuar sus actuaciones a tal principio de estabilidad presupuestaria. Por último en el art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria. Se trata de principios íntimamente ligados al de buena administración.

El principio de eficiencia condiciona las opciones de gestión administrativa y permite su fiscalización por los órganos de control interno como por los jurisdiccionales y por el Tribunal de Cuentas que en ocasiones aplica el principio de responsabilidad contable regulado en LO 2/82 para daños al erario por mala práctica de la normativa de contratación pública³¹.

³⁰ Informe 9/2009, de 15.6, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía.

³¹ Op. cit., pág. 18.

VIII. DE LA IRREGULARIDAD ADMINISTRATIVA A LA ACTIVIDAD DELICTIVA: LA COMPLEJA LÍNEA DIVISORIA

He advertido antes que la contratación es un ámbito de la gestión pública propicio para caer en prácticas corruptas. Ciertamente es difícil trazar una línea divisoria que separe con nitidez la simple irregularidad administrativa quizás inocentemente cometida de la irregularidad capaz de invalidar el contrato y la conducta delictiva³².

Para conseguir ese deslinde debemos abstraernos de lo que el poder mediático pretende y persigue, pues en ocasiones la opinión publicada que tanta influencia ejerce en la opinión pública contamina cualquier análisis objetivo despojado de pasiones partidistas.

Como señala Bauzá, la opinión publicada nos lleva a pensar que los pliegos de un contrato, si no ha habido contacto previo con la Administración, están amañados o apañados para que sea adjudicatario el deseado por la Administración; que los miembros de las mesas de contratación están cuidadosamente seleccionados para alcanzar tal fin; se da rienda suelta a la imaginación y se piensa en regalos, dádivas, chantajes, extorsiones... Y por eso, se acude a la vía penal –a veces iniciada por la fiscalía, otras por partidos políticos de oposición al gobernante– antes que a la administrativa si no se está de acuerdo con una adjudicación³³.

Hasta tal punto se discute en los juzgados de Instrucción sobre contratos administrativos que entre los *iuspublicistas* se ha llegado a plantear la conveniencia de establecer un a modo de cuestión prejudicial contencioso-administrativa para dilucidar si un acto, un contrato, una actuación administrativa es o no conforma al ordenamiento jurídico-administrativo para proceder, a continuación, a su depuración jurídico penal, si fuera procedente.

Como nos explica el Tribunal Supremo en su Auto de 19.03.2014 no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho para acudir a la vía penal, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio».

El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas,

³² Bauzá Martorell, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito» *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 175 (2016), p.

³³ Bauzá Martorell, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 175 (2016), p. 97 y ss.

como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito³⁴.

Y, ciertamente, a pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. Téngase en cuenta que el Código Penal no sanciona con la prevaricación la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, siendo este requisito el que diferencia las ilegalidades administrativas del delito de prevaricación.

IX. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Nuestra Carta Magna proclama que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Ello no es más que expresión del principio del imperio de la ley que caracteriza al Estado de Derecho. En el ámbito público, el respeto al ordenamiento jurídico se torna más esencial, si cabe, en el doble sentido activo y pasivo, es decir, desde la perspectiva del ciudadano que se relaciona con una Administración pública, y desde ésta, en su relación con aquel.

Quizás en tiempos ya lejanos pudiera pensarse que el poder estaba dotado de amplia discrecionalidad para tomar sus decisiones, lo que, en ocasiones, desembocaba en pura arbitrariedad. Contra ello se ha ido luchando progresivamente, estableciendo límites y controles en la actuación de los gestores públicos.

En el ámbito de la contratación pública ha tenido que operarse de tal manera pues se observó que era un campo propicio para las prácticas corruptas que pudieron constatarse entre algunas autoridades y contratistas o concesionarios, o entre éstos últimos entre sí. Todo ello, en perjuicio de bienes jurídicos protegibles como la igualdad de trato, la eficiencia, el mérito o la eficaz administración de los recursos públicos.

Es una preocupación común a muchos países, pero en el ámbito de la Unión Europea se ha percibido intensamente y precisamente por el

³⁴ Sentencia del Juzgado Penal 5 Getafe, de 9-5-2014, EDJ 2014/72602

establecimiento de un mercado común y por dar efectividad a los principios de libre circulación de bienes, de servicios y de personas, desde tiempos ya lejanos se empezaron a dictar directivas tendentes a homogeneizar las legislaciones de los países miembros sobre la materia.

Las últimas Directivas de 2014 han dado lugar, en España, a la Ley 9/2027, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que ha modernizado la normativa anterior y aumentado los controles que deben observarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos. Desde la claridad de los pliegos de condiciones administrativas hasta la publicidad (¡luz y taquígrafos!); desde la transparencia hasta eficiencia; desde la igualdad de trato hasta la no discriminación... Se pretende erradicar y, en todo caso, impedir, prácticas perniciosas que tanto perjudican a la imagen de la Administración y a la eficiente gestión de los servicios públicos.

Las exigencias de la sociedad sobre la administración pública pasan por profundizar en el comportamiento y en la dedicación profesional, sobre todo, de los administradores y gestores públicos.

Todo ello no es más que trasunto del principio de buena administración que, como ya he destacado, es hoy un derecho de los ciudadanos, que reclama mayor objetividad en la toma de decisiones, mayor intensidad en la defensa de los derechos de los ciudadanos, más transparencia, más control y, sobre todo una más proactiva rendición de cuentas.

Se trata, en definitiva, de imbuir a los gestores públicos y a los ciudadanos que más frecuente y estrechamente se relacionan con ellos, de sentimientos de ética, de rectitud y de honestidad capaces de impedir prácticas corruptas.

BIBLIOGRAFIA

- BAUZÁ MARTORELL, F.J. «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175 (2016), p. 97 y ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del Legislador*, Civitas, Madrid, 1998.
- GARRIDO MAYOL, V. «Retos de la transparencia y rendición de cuentas», en *Calidad democrática, transparencia e integridad*. Rodríguez-Arana, J., Vivanco Comes, M. y Ahedo, J. Coords. Thomson Reuters ARANZADI, Madrid, 2016, págs. 131 y ss.
- GIMENO FELIU, J.M. «El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, nº 2, septiembre-diciembre de 2016.
- «La ley de contratos de sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº147 (2010), págs. 533 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas, 2008, Tomo IV.

- MARTÍN RETORTILLO, L. *Materiales para una Constitución*. Akal, Barcelona, 1984.
- MORENO TORTAJADA, J.A. «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley de contratos del sector público», en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 45 (2008), págs. 47 y ss.
- PONCE SOLÉ, J. «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, Enero-Marzo 2016.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *La contratación pública: problemas actuales*. Tomás Cano y Elena Bilbao, Coord. Consejo Consultivo de Madrid, 2013, págs. 31 y ss.
- TREVIÑO CANTÚ, J.A., «Gobernanza en la administración pública. Revisión teórica y propuesta conceptual». *Contaduría y administración*, nº.233 México ene-abr, 2011.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en *Por el Derecho y la Libertad, Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, 2014, Tomo II, págs. 1905 y ss.

EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA GOBERNANZA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

The principle of good administration and governance in public procurement

Vicente Garrido Mayol
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia
vigama@uv.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp115-140](http://dx.doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp115-140)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado

Estudios de Deusto is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.