

O sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública

El sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública*

Spanish administrative system of internal control and supervision of public procurement

55 Regap

DOLORS CANALS AMETLLER

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público-Universidad de Girona
dolores.canals@udg.edu

Recibido: 01/06/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este artigo describe o sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública española, especialmente a partir do exame das unidades administrativas creadas pola Lei de contratos do sector público de 2017 e, en particular, da Oficina de Regulación e Supervisión da Contratación Pública. Alúdese tamén aos órganos de control externo, como o Tribunal de Contas, que exercen á súa vez o control económico e financeiro do sector público contratante. Así mesmo, trátanse as funcións de control e supervisión da aplicación e cumprimentos efectivos do dereito europeo da contratación pública, que son responsabilidade dos órganos administrativos que configuran o sistema, orientado á prevención e á loita contra a corrupción.

Palabras clave: Contratación pública, corrupción, cumprimento normativo, control xurídico e financeiro, supervisión administrativa.

Resumen: Este artículo describe el sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública española, especialmente a partir del examen de las unidades administrativas creadas por la Ley de contratos del sector público de 2017 y, en particular, de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. Se alude también a los órganos de control externo, como el Tribunal de Cuentas, que ejercen a su vez el control económico y financiero del sector público contratante. Asimismo, se tratan las funciones de control y supervisión de la aplicación y cumplimientos efectivos del derecho europeo de la contratación pública, que son responsabilidad de los órganos administrativos que configuran el sistema, orientado a la prevención y a la lucha contra la corrupción.

Palabras clave: Contratación pública, corrupción, cumplimiento normativo, control jurídico y financiero, supervisión administrativa.

Abstract: This paper describes the administrative system of internal control and supervision of Spanish public procurement, mainly by examining the administrative units created by the Public Sector Contracts Act of 2017, and es-

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los nuevos retos sociales del Estado de Derecho" (DER2016-76325-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, del que soy IP.

pecially the Public Procurement Regulation and Supervision Office. It also refers to the external control bodies, such as the Court of Auditors, which in their turn exert economic and financial control over the contracting public sector. In addition, it addresses control and supervision functions of implementing and effectively complying with European public procurement law. These functions are the responsibility of the administrative bodies that make up the system, aimed at preventing and fighting against corruption.

Key words: Public procurement, corruption, compliance, legal and financial control, administrative supervision.

Sumario: 1 Consideraciones previas. Control vs. supervisión en el derecho público económico. 1.1 Los elementos del sistema: órganos administrativos y funciones públicas. 1.2 Control administrativo vs. supervisión pública. 2 El sistema administrativo de control interno y supervisión de la contratación pública: su fundamento. 2.1 La mejora del derecho europeo de la contratación pública. 2.2 La prevención y la lucha contra la corrupción. 3 Autocontrol privado, control social y supervisión pública. 3.1 La extensión de las medidas de autocontrol (*compliance*) y de autocorrección (*self-cleaning*) a la contratación pública. 3.2 La apertura al auxilio del control social. 4 La arquitectura institucional para el control interno y la supervisión de la contratación pública. 4.1 La organización administrativa específica. 4.1.1 Los órganos de contratación y la prevención ante los conflictos de intereses. 4.1.2 La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: punto de referencia único para las obligaciones europeas de información. 4.1.3 El Comité de Cooperación en materia de contratación pública: la cooperación interadministrativa ante la complejidad normativa. 4.1.4 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. 4.1.5 La Intervención General de la Administración General del Estado. 4.2 El control externo de la contratación pública: el Tribunal de Cuentas y la Comisión Mixta Congreso-Senado. 5 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública. 5.1 Composición y organización: ¿oficina independiente? 5.2 Funciones genéricas de regulación y supervisión. 5.2.1 Funciones de regulación. La Estrategia Nacional de Contratación Pública. 5.2.1.a La Estrategia Nacional: dudas de constitucionalidad, de jurisdicción y de vinculatoriedad. 5.2.1.b Instrucciones y recomendaciones generales y particulares. 5.2.2 Funciones de supervisión del cumplimiento normativo y la aplicación efectiva. 5.2.3 Funciones de información periódica. La supervisión a través de la información documentada. 5.3 La Oficina Nacional de Evaluación: el control de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión. 6 Oficina de Supervisión de la Contratación Pública vs. Autoridad Independiente de Anticorrupción.

1 Consideraciones previas. Control vs. supervisión en el derecho público económico

1.1 Los elementos del sistema: órganos administrativos y funciones públicas

El título de este trabajo obliga a realizar algunas consideraciones previas a los efectos de concretar, desde un inicio, a qué aludo cuando me refiero al “sistema administrativo de control interno y de supervisión de la contratación pública”, un sistema que, pese a la extensa regulación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público¹ (LCSP en lo sucesivo), no se identifica como tal ni en su estructura ni en su denso contenido normativo. Y, si bien es incentivado por las directivas europeas de 2014 que la LCSP incorpora al ordenamiento interno, en realidad sólo parte del sistema se debe al derecho europeo, como se expondrá en el texto que sigue a continuación.

1 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.

Téngase en cuenta el recurso de inconstitucionalidad n. 739-2018, interpuesto contra el artículo 289.2 (relativo a las prestaciones económicas), disposición adicional 43.ª y las disposiciones finales 9.ª, 11.ª y 12.ª de la LCSP, por el Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Mareas, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 6 de marzo de 2018 (BOE n. 65, 15.03.2018).

Es más, aunque en un primer momento pudiera parecer lo contrario, el sistema administrativo de control interno –o de control preventivo²– de la contratación pública española ha sufrido pocos cambios con la aprobación de la LCSP, si se compara con lo establecido en la legislación anterior, incluidas sus modificaciones más recientes³. La única innovación es la creación de dos unidades administrativas específicas: el Comité de Cooperación en materia de contratación pública –que se integra en la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Junta Consultiva, en adelante)– y la Oficina Independiente de Regulación y de Supervisión de la Contratación Pública (Oficina de Supervisión, en lo sucesivo), a las que se reconocen, respectivamente, una serie de funciones de coordinación y de supervisión, hasta cierto punto novedosas.

En efecto, el libro IV de la LCSP, bajo la rúbrica “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, regula los órganos competentes en materia de contratación (arts. 323 a 325); los órganos de asistencia (arts. 326 y 327); y los órganos consultivos, entre los que incluye el Comité de Cooperación y la Oficina de Supervisión (arts. 328 a 334)⁴. En el mismo libro IV se incluyen los registros oficiales (arts. 337 a 346) y la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 347), así como el régimen de remisión de información al Tribunal de Cuentas, u órganos autonómicos de control externo (arts. 335 y 336), que no sufre apenas modificaciones.

Desde el plano organizativo, por tanto, se añaden dos nuevos órganos al conjunto de unidades administrativas que, de acuerdo con el TRLCSP de 2011, poseen competencias de control interno en el sector de la contratación pública –órganos de contratación, Junta Consultiva, Intervención General de la Administración General del Estado y tribunales administrativos de recursos contractuales, junto con los órganos autonómicos equivalentes–. La LCSP también atribuye nuevas funciones a alguno de los órganos mencionados, ampliando su actuación de control, a la vez que ensancha el marco de relaciones que habrán de trabarse entre ellos para cumplir con las obligaciones de información que la misma ley contempla. Como se verá, el eje sobre el que pivota el sistema administrativo de control y de supervisión es la información documentada relativa a los contratos públicos.

Acto seguido, debo aclarar que no examino los tribunales administrativos de recursos contractuales, si bien son órganos indiscutibles de control preventivo en este sector. La existencia de una vía específica de resolución de conflictos ante estas instancias administrativas especializadas es indicativa de la complejidad de la legislación de contratos públicos como cuerpo normativo, cuya correcta aplicación exige un sistema de garantías que, en última instancia, detecte irregularidades, aspectos legales a mejorar y evite la corrupción. La razón por la que los excluyo de este trabajo no es otra que el carácter cuasi-jurisdiccional de sus funciones⁵, que los separa, sustancialmente, del resto de órganos de control interno a los que aludo.

2 Lo califica de “preventivo” GIMENO FELIÚ, J.M.^º, en varios de sus trabajos y en “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 240 a 318.

3 La última de ellas, salvo error en la consulta, por la disposición final 9.^ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP, a partir de ahora), que modificó los artículos 60 y 61 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 4 de noviembre (TRLCSP, en adelante), y añadió el artículo 61 bis.

4 Estos artículos entraron en vigor el día siguiente al de la publicación oficial de la LCSP (disposición final 16.^ª), o sea, el pasado 10 de noviembre de 2017.

5 reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 [Asunto C-203/14].

En cambio, sí hago referencia a los órganos externos de fiscalización económica de las instituciones públicas –y, por ende, de la contratación administrativa–, en particular al Tribunal de Cuentas y a los órganos externos de fiscalización de las comunidades autónomas (OCEX). Y ello porque el régimen interno de control no puede tratarse obviando la existencia de un control externo de la gestión económica de las administraciones públicas y del resto del sector público.

Por otra parte, el sistema administrativo de control interno y de supervisión no se compone tan sólo de órganos administrativos que se relacionan entre sí desde una mera perspectiva organizativa. Desde el plano funcional, el sistema incluye también funciones públicas, en su acepción más amplia: una clásica, la de control administrativo –jurídico y financiero, atendiendo al respectivo y diferenciado carácter de las reglas sustantivas sujetas a control–, y otra más moderna e imprecisa, la supervisión pública; ambas integran, además, un elenco de variadas tareas asimismo públicas.

En consecuencia, aunque sea brevemente, son necesarias algunas consideraciones en torno a la distinción entre control administrativo y supervisión pública, a los meros efectos de discernir –en la medida de lo posible– cuál es el rol de cada uno de los órganos administrativos en el entramado de relaciones interadministrativas e interinstitucionales que la LCSP articula para el seguimiento de la aplicación y del cumplimiento en España del derecho europeo sobre contratación pública.

1.2 Control administrativo vs. supervisión pública

Si bien el término “control” tiene dos acepciones genéricas, aquí interesa sólo la primera de ellas, esto es, como “actividad desarrollada por las administraciones públicas consistente en la verificación y vigilancia del cumplimiento de la legislación o de las exigencias establecidas en autorizaciones, licencias, concesiones y otros actos, mediante las que se habilita el ejercicio de actividades privadas”⁶.

Este es el significado estricto de control administrativo en un marco conceptual clásico, es decir, la actividad de observación directa del cumplimiento del derecho sustantivo, que puede materializarse *ex ante* a través de un procedimiento previo autorizador, o contractual en nuestro caso, mediante el establecimiento de exigencias concretas en los títulos habilitantes, o de capacidades o requisitos específicos para ser licitador en un proceso de contratación, y, con posterioridad, adjudicatario de un contrato público. En estos supuestos, la vigilancia *ex post* del cumplimiento de tales exigencias y requisitos se activa, siempre y en todo caso, en el marco de la relación jurídica entablada entre Administración y particular, aunque la conexión entre ambas partes relacionadas esté, en ocasiones, meramente latente una vez otorgado el título habilitante o el contrato.

Ante la inexistencia de cualquier relación jurídica efectiva –ya sea en el marco de un procedimiento o en virtud de un título habilitante o de un acto convencional– la verificación del cumplimiento normativo –de deberes, prohibiciones, condiciones o limitaciones– se actúa ordinariamente desde de la posición genérica que posee la Administración pública respecto

⁶ Según el *Diccionario del español jurídico*, de la Real Academia Española, la segunda acepción se refiere a la “facultad atribuida a los tribunales y otras instituciones y organismos de verificar la adecuación a la Constitución y a la legalidad de las decisiones de los poderes públicos”.

de los ciudadanos ante eventuales incumplimientos normativos sectoriales, en ejercicio de las potestades-función de vigilancia e inspección administrativas. Y, aunque tales funciones no están sujetas, en principio, a las reglas del procedimiento administrativo común, también conectan a ambos sujetos –Administración inspectora y sujeto inspeccionado– en una relación ordenada por principios y reglas propias del derecho administrativo e, incluso, ante la eventual presencia de derechos fundamentales, del derecho constitucional.

Sin embargo, cuando la responsabilidad del cumplimiento de las exigencias normativas se desgaja de cualquier conexión jurídica-formal (procedimiento administrativo) o jurídico-material (título habilitante o contrato) con la Administración pública, cediéndose, de manera un tanto extraordinaria, a los particulares u operadores económicos a través de autocontroles ejercidos directamente o mediante encargo a terceros, nos situamos ante un campo propicio para la supervisión administrativa⁷. De hecho, la función pública de supervisión parece estar expandiéndose cómodamente en ámbitos característicos del derecho público económico⁸ en los cuales se da una correlación constante y fluida entre lo público y lo privado, ante el repliegue estratégico del Estado desde su nueva posición de garante⁹.

Los estudios más recientes sobre el control como categoría y concepto jurídicos señalan su carácter de “supraconcepto”, siendo la vigilancia el género dentro del cual, como especie bien definida, se encuentra la supervisión¹⁰. Apuntan también, acertadamente, la construcción y la explicación dogmáticas del control –y asimismo de la vigilancia y la supervisión– desde la categoría de la relación jurídica, porque son procesos o procedimientos en los que es básica “la comunicación” entre los sujetos¹¹.

A partir de esta perspectiva, emergen diferencias significativas entre las categorías presentes en el más amplio concepto de control. Mientras el control inmediato, es decir, la inspección, implica una actividad insistente, profunda, próxima incluso, la supervisión supone “un ver más remoto”, “una mirada desde una perspectiva superior”¹², una posición “en vertical”¹³ respecto de un conjunto de sujetos –públicos o privados, o de ambas condiciones– que se encuentran conectados entre sí en una red de relaciones multidireccionales orientadas a la consecución de objetivos públicos concurrentes con intereses privados, de carácter fundamentalmente económico.

7 De ahí que algunos textos legales aprobados los últimos años se refieran expresamente a esta tarea, como por ejemplo la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que regula el sistema de “supervisión y control de los operadores económicos” (art. 21). Sobre ello, véase, entre otros, SOLA TEYSSIERE, J., “Unidad de Mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015, pp. 133 a 174.

8 Sostiene PAREJO ALFONSO, L., en el capítulo introductorio del libro colectivo por él dirigido (*Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), que son tres las causas inmediatas de “la reciente eclosión de la supervisión (y el control) y su superación (incluyéndolas) de las tradicionales actividades de vela, vigilancia e inspección: la liberalización y re-regulación de sectores de actividad de interés económico general, la ordenación de sectores de riesgo elevado y el desmantelamiento transversal de la policía preventiva en los servicios” (pp. 11-13).

9 Por todos, ESTEVE PARDO, J., *El Estado Garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.

10 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 75 y ss.

11 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, cit., p. 89, quien relata que la aparición de función pública específica de la supervisión es muy posterior a la formación plena de la inspección, mencionándose por primera vez en la Ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de los centros escolares. “La razón de esta aparición tardía puede encontrarse en la penetración asimismo tardía de la palabra en la lengua española desde la inglesa” (pp. 47-48).

12 PAREJO ALFONSO, L., *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, cit., p. 48.

13 PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit., p. 12.

Este es el modelo de supervisión de la contratación pública que, salvando las diferencias sustanciales, se asemeja a la supervisión que viene desarrollándose en otros sectores de mercado¹⁴, con objeto de verificar el cumplimiento efectivo de la normativa nacional derivada de la legislación europea. La supervisión pública requiere, siempre, de la cooperación entre distintos órganos o unidades administrativas con instituciones, autoridades u organismos públicos situados en distintos ámbitos competenciales y territoriales –instancias europeas incluidas–, en un escenario de relaciones interadministrativas e interinstitucionales en el que también confluyen agentes privados¹⁵ –operadores económicos y ciudadanos, con voluntades e intereses diferenciados– que colaboran, directa o indirectamente, con el ente supervisor. La colaboración de los sujetos supervisados es uno de los ejes principales de los modelos actuales de supervisión¹⁶.

Además, la supervisión pública se instrumenta a través de funciones y tareas públicas que tienen como denominador común la recogida y sistematización de información relativa a la actuación de los distintos agentes presentes en el proceso de contratación pública en nuestro caso, como conducto de seguimiento de la aplicación y cumplimientos efectivos de la legislación europea de contratos públicos, en especial de los sujetos a regulación armonizada. Se suman a la tarea de obtención de información otras de regulación u ordenación mediante recomendaciones generales o particulares, y otras de comprobación o constatación cuyos resultados no tienen como efecto inmediato el ejercicio de la potestad sancionadora, porque la información y los datos obtenidos por el organismo supervisor han de ser transferidos a los órganos o autoridades –administrativas y/o jurisdiccionales– competentes para sancionar, si procede, las irregularidades o ilegalidades evidenciadas. Finalmente, la información debidamente documentada debe ser remitida a las instancias reguladoras nacionales y europeas, para mejorar los aspectos de la legislación cuya falta de efectividad resulte probada por los resultados empíricos, y, con posterioridad, publicada oficialmente.

En definitiva, estos son los caracteres del sistema de control y de supervisión de la contratación pública cuyo diseño parece culminar la LCSP para cumplir con los principios de eficacia, eficiencia, integridad y transparencia, un sistema y entramado de órganos administrativos y funciones públicas que, por otra parte, parece reproducirse, salvando algunas diferencias de cultura político-administrativa, en otros países, más cercanos o más lejanos, como ha sido descrito recientemente por la doctrina, resaltando la importancia que tiene en el plano internacional el control de la contratación pública¹⁷.

14 Véanse, entre otros, los estudios sectoriales recopilados en el mencionado libro colectivo dirigido por PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit.; LAGUNA DE PAZ, J.C., “El mecanismo europeo de supervisión bancaria”, *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 49 a 77; del mismo autor: “Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017, pp. 109 a 133; y “Supervisión administrativa del mercado de valores”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 189, 2018, pp. 65 a 92; así como IZQUIERDO CARRASCO, M., “La supervisión pública sobre entidades bancarias”, Rebollo Puig, M. (dir.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 167 a 222.

15 Lo resalta VAQUER CABALLERÍA, M., “Vigilancia privada bajo supervisión administrativa: a propósito de la prevención de blanqueo de capitales”, Parejo Alfonso, L. (dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 271 a 293.

16 Sobre ello, PALOMAR OLMEDA, A., “El modelo organizativo de la supervisión de funciones y las facultades de los órganos supervisores en la realización de su función”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 2, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1443 a 1470.

17 Me refiero al excelente libro colectivo, dirigido por FOLLIOU-LALLIOT, L., y TORRICELLI, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018, que reúne distintos autores americanos, europeos y chinos en un análisis simétrico del control de los contratos públicos en sus respectivos países, del cual parecen extraerse cuestiones comunes pero también formas y sistemas distintos de control de la contratación pública. La descripción del caso español la firma VALCÁRCEL FERNÁN-

2 El sistema administrativo de control interno y supervisión de la contratación pública: su fundamento

2.1 La mejora del derecho europeo de la contratación pública

Dos son las razones que fundamentan el sistema de control interno y, de manera particular, de supervisión de la contratación pública, que se encuentran intrínsecamente relacionadas y que, como he señalado, impone en parte 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 (Directiva 2014/24/UE en lo sucesivo): de un lado, la mejora de derecho europeo de la contratación pública a través del seguimiento de su cumplimiento y aplicación efectivos por los Estados miembros; y, de otro, la prevención y la lucha contra la corrupción en este ámbito.

En cuanto a la primera, la Directiva 2014/24/UE afirma que todavía queda mucho por mejorar en la aplicación eficaz y coherente de la normativa europea en materia de contratación pública, por lo que es fundamental obtener una visión de conjunto de los posibles problemas estructurales y modelos nacionales en la materia, a fin de hacer frente a posibles problemas de forma más selectiva y posibilitar un debate informado sobre cómo mejorar las normas y la práctica de la contratación. Para obtener dicha visión, la directiva obliga al seguimiento de su aplicación por los Estados miembros, cuyos resultados habrán de publicarse con regularidad y ser comunicados a la Comisión. Sin embargo, los Estados gozan de libertad para decidir cómo y quién debe llevar a cabo dicha tarea, y si “debe basarse en un control *ex post* basado en muestras o en un control *ex ante* sistemático de los procedimientos de contratación pública” objeto de la directiva, sin que ello signifique necesariamente conceder legitimación ante los órganos jurisdiccionales a los que hayan realizado el seguimiento (considerando 121).

En concreto, la Directiva 2014/24/UE fuerza a supervisar la aplicación práctica del derecho europeo de la contratación pública y propone la creación por cada Estado miembro de una o varias autoridades, organismos o estructuras con funciones de supervisión, que habrán de ser comunicados a la Comisión Europea. Estas autoridades u organismos, cuando detecten incumplimientos específicos o problemas sistemáticos, por sus propios medios o por haber recibido información al respecto, estarán facultados para señalar estos problemas a las autoridades auditoras, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el Defensor del Pueblo, los parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias. Los resultados de su actuación de supervisión se pondrán a disposición del público y se comunicarán también a la Comisión. A estos efectos, cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, sobre el nivel de participación de las pymes en la contratación pública y sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación. A partir de esta información,

DEZ, P., “The control of Public Procurement in Spain – In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89/665/CEE”, Folliot-Lalliot, L., y Torricelli, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018, pp. 67 a 92.

la Comisión publicará un informe periódico sobre las prácticas más idóneas de contratación en el mercado interior (art. 83, relativo a la “Ejecución de la gobernanza”).

Sin embargo, el sistema de supervisión, o de “nueva gobernanza”, diseñado por la Directiva 24/2014/UE –muy limitado en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales¹⁸– parece sólo instar, pero no obligar, a los Estados miembros a designar tales autoridades de supervisión, definidas por algún autor como un “instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sean capaces de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas”¹⁹.

2.2 La prevención y la lucha contra la corrupción

La segunda razón que fundamenta el sistema es la prevención y la lucha contra la corrupción o, cuando menos, la desincentivación de la corrupción²⁰.

Con estos objetivos, la creación de entidades u organismos de supervisión del sector de la contratación pública venía reclamándose insistentemente en los últimos años. Ya el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014, animaba a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en cuanto ponen en grave riesgo la competitividad en la Unión. De ahí que la necesidad de establecer mecanismos de lucha contra la corrupción en la contratación pública haya sido puesta de manifiesto por las directivas de 2014 para su transposición por cada Estado miembro²¹.

Para el caso específico de España²², la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 27 de julio de 2016²³, advertía claramente la falta de mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* suficientes para garantizar el cumplimiento y la aplicación correctos y uniformes de la legislación en materia de contratación pública.

18 GIMENO FELIÚ, J.M.³, en la ponencia “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros en la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal*, organizado por la Escuela Gallega de Administración Pública, en colaboración con la Dirección General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, los días 19 y 20 de marzo de 2014, pp. 53-54. La previsión inicial consistía en obligar a los Estados miembros a designar una única autoridad nacional de naturaleza independiente.

19 GIMENO FELIÚ, J.M.³, “Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público”, cit., p. 54.

20 Tomo la expresión de MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 398 y ss.

21 VIDAL MARTÍN T.P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, Mestre Delgado, J.F., y Manent Alonso, L. (dirs.), *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018, pp. 89 a 122, en concreto, p. 91.

22 Es obligada la recomendación del libro colectivo, dirigido por VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J.M.³, y TEJEDOR BIELSA, J., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, así como el de QUERALT JIMÉNEZ, J. y SANTANA VEGA, D.M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, en el que se incluye el trabajo de MEDINA ARNÁIZ, T., “La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?”, pp. 151 a 169.

23 Por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo [SWD (2016) 263 final], COM (2016) 518 final.

El sistema de control interno y de supervisión de los contratos públicos se justifica también en la necesaria prevención de los conflictos de intereses que suponen que el interés privado del cargo o empleado público se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio²⁴. Se orienta, en suma, a la salvaguarda del principio jurídico de integridad²⁵ que informa la normativa vigente de contratación pública²⁶.

No procede reproducir aquí datos relativos a la corrupción en las licitaciones o ejecuciones de contratos administrativos porque son por desgracia conocidos. Sólo quiero expresar –aunque sea adelantando conclusiones– mis dudas respecto de la efectividad de la actuación de los órganos que integran el sistema administrativo de control interno y de supervisión, para reducir o eliminar los conflictos de intereses y los favoritismos en la contratación pública española, principalmente por la superposición de tareas similares que poseen y la falta de independencia real de la unidad de supervisión.

A mi parecer, junto a las medidas orgánicas y funcionales, cabría considerar seriamente, además, un enfoque normativo distinto tendente a la mejora de la legislación de contratos públicos que detecte de manera anticipada, y con datos empíricos, los incentivos y los desincentivos para el cumplimiento de este sector concreto del derecho público económico. Me refiero a la evaluación *ex ante* y *ex post* del impacto normativo, incluyendo la perspectiva de la corrupción, como “mecanismo analítico diseñado para identificar y eliminar los factores de riesgo de corrupción de la legislación existente y de la nueva”, que está siendo ya promovido por instancias internacionales y considerado un instrumento indispensable de lucha contra la corrupción a través de la propia regulación normativa²⁷.

Regap



ESTUDIOS

3 Autocontrol privado, control social y supervisión pública

3.1 La extensión de medidas de autocontrol (*compliance*) y de autocorrección (*self-cleaning*) a la contratación pública

También por la complejidad inherente a la contratación pública, el derecho administrativo no puede por sí sólo resolver el cúmulo de cuestiones que plantea la práctica administrativa. Así sucede con la aplicación del derecho de la competencia ante los eventuales comportamientos anticompetitivos de las empresas con ocasión de los procedimientos de licitación. A estos

24 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*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 40.

25 Sobre el carácter de principio jurídico de la integridad en esta materia, véase, por todos, GIMENO FELIÚ, J.M.⁸, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 37 a 106.

26 Que se concreta “en la coherencia de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores, principios y normas que la guían que evitan los conflictos de intereses y el abuso de la posición que ocupan para la obtención de beneficios propios” según 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*, cit., p. 58.

27 Este cambio de enfoque de la regulación orientado a la lucha contra la corrupción lo plantea DE BENEDETTO, M., “La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio”, Ponce Solé, J., y Cerrillo i Martínez, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017, pp. 71 a 85, en concreto pp. 79-80, donde recoge la definición de la Evaluación del Impacto de la Corrupción (CIA) –que se reproduce en el texto– ofrecida por la OCDE (*Anti-corruption initiatives for Asia and the Pacific Strategies for Business, Government and Civil Society to Fight Corruption in Asia and the Pacific*, París, 2009, p. 187).

efectos, la LCSP exige a los órganos de contratación, a la Junta Consultiva y a los tribunales administrativos de recursos contractuales –también a los de las comunidades autónomas– notificar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en lo sucesivo) –o, en su caso, a las autoridades homónimas autonómicas– 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; en particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela 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 (art. 132.3 LCSP)²⁸.

Ahora bien, cuando las remisiones de una normativa específica a otra no son claras, son inexistentes o discordes, los conflictos sobre cuál es la norma aplicable están asegurados. Este es el caso de la falta de precisión de la LCSP en relación con el órgano competente para declarar la prohibición de contratar de un licitador en el caso específico de resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia (art. 71.1, letra b)²⁹.

Por lo general, las circunstancias constituyentes de las prohibiciones de contratar³⁰ serán apreciadas directamente por los órganos de contratación (art. 72.1), salvo para las causas relacionadas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 71 LCSP, ante las cuales los órganos de contratación deberán apreciarlas cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubieran pronunciado expresamente sobre su alcance y duración (art. 72.2).

En otros casos, será necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo especial instruido a los efectos específicos de declarar el alcance y la duración de la prohibición para contratar. Así habrá de procederse, por ejemplo, cuando la sentencia o resolución administrativa no contengan pronunciamiento a este respecto; ante la falsedad al efectuar la declaración responsable preceptiva o al facilitar los datos relativos a su capacidad y solvencia; o ante incumplimiento de las preceptivas obligaciones de comunicar información (art. 72.2).

No obstante, la LCSP sólo se refiere a los órganos competentes para resolver el procedimiento especial y a un único trámite, el de audiencia (art. 72.5)³¹, sin aclarar las dudas sobre cómo fijar la duración y el alcance de la prohibición para contratar originada en una resolución sancionadora por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia cuando en ella

28 Por esta y otras razones, la CNMC y las autoridades autonómicas de la competencia “vienen interviniendo cada vez con mayor asiduidad en materia de contratación pública tanto por la vía de informes y recomendaciones como ya por la apertura de procedimientos sancionadores”; así lo afirma de manera acertada RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., “Los principios generales de contratación pública”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 181 ab 238, en concreto p. 210.

29 Esta prohibición de contratar fue introducida por la disposición final 9.^a de la LRJSP, que modificó los artículos 60 y 61 del TRLCSP, e introdujo el artículo 61bis. La han estudiado bien, y a sus trabajos me remito, entre otros, HUERGO LORA, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *Revista Española de Administración Pública*, n. 182, 2017, pp. 223 a 259; y GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, Guillén Caramés, J., y Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, pp. 127 a 151.

30 Describe bien tales circunstancias GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1285 a 1348.

31 En los dos primeros supuestos anteriores, la competencia para acordar la duración y alcance de la prohibición corresponderá al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva, o a los órganos autonómicos competentes para el supuesto de falsedad al efectuar la declaración responsable (art. 72.3).

no se concretan aquellos extremos (art. 71.1.b.). Porque, de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, no existe ninguna sanción accesoria de prohibición de contratar con el sector público para las empresas que han sido sancionadas por ese tipo de infracción, por lo que ni los órganos administrativos ni las autoridades de defensa de la competencia estarían legalmente facultados para declarar tal prohibición³².

Como se ha señalado bien, la LCSP no se refiere a las clases o tipos de sanciones prohibitivas, ni tampoco a la graduación de su contenido establecido en las leyes especiales sancionadoras, sino sólo a las infracciones sancionadas³³. El principal criterio de la LCSP para establecer las causas de prohibición de contratar es únicamente la gravedad de las infracciones administrativas –infracciones graves o muy graves, según los casos de los que traen causa y las leyes administrativas que las tipifican–³⁴, de ahí los problemas de interpretación y aplicación normativas.

Pues bien, la LCSP no sólo no soluciona la cuestión, sino que parece modular ahora la prohibición de contratar por causa de sanción en materia de competencia³⁵ a través de medidas algo alejadas de nuestro entorno jurídico, como son los programas de cumplimiento normativo (*Compliance*)³⁶ y ciertas medidas de redención o autocorrección de irregularidades jurídicas (*Self-cleaning*) que, por impulso de las directivas de 2014, se extienden al ámbito de la contratación pública³⁷ desde los ámbitos específicos en los que se introdujeron inicialmente, en el derecho penal primero, y, con posterioridad, en el derecho de la competencia³⁸.

En concreto, salvo para las causas de prohibición de contratar derivadas de sentencia penal firme, no procederá declarar la prohibición de contratar mediante aquel procedimiento administrativo especial cuando en el trámite de audiencia la persona jurídica incurso en la causa de prohibición acredite (art. 72.5):

-
- 32 GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., para quien esta doble posibilidad prevista en la LCSP no hace sino arrojar más oscuridad sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia, cuya finalidad es “meramente punitiva y en nada afecta, por tanto, a la capacidad y solvencia de las empresas para contratar con el sector público, sino que se trata de un castigo a las mismas derivado de infracciones de la competencia que resultan muy perjudiciales para el ámbito de la contratación pública” (p. 141).
- 33 Así, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., p. 1302.
- 34 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., quien sostiene que en la selección de esa gravedad la LCSP olvida que, “aun cuando el principio de proporcionalidad en la tipificación de la gravedad de las conductas infractoras obliga al legislador (ex art. 29.3 de la LRJSP), su calificación como infracciones leves, graves o muy graves por parte de los legisladores sectoriales no siempre resulta ser congruente y respetuosa con dicho principio general del derecho administrativo sancionador” (p. 1303).
- 35 GUILLÉN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., p. 142.
- 36 Sobre la exigencia de programas de *compliance* como requisito genérico para contratar con las administraciones públicas, se ha pronunciado GIMENO FELIÚ, J.M.³, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española: una visión desde la perspectiva de integridad”, cit., pp. 94 y ss. Un tratamiento más general de este tipo de medidas es el de CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.
- 37 Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, 2016, pp. 13 a 52; así como BERNAL BLAY, M.Á., “Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: ponencias sectoriales. X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 411 a 422; y, LÓPEZ DONAIRE, B., “Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.
- 38 Sobre ello, PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “La importancia de los programas de cumplimiento –*Compliance Programmes*– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, *ICE. 50 Aniversario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia*, n. 876, 2014, pp. 75 a 90. Es también de interés la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (As. Mudanzas Internacionales).

a) el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia o resolución administrativa de las que derive aquella causa, siempre y cuando dicha persona haya sido declarada responsable del pago de la misma en la citada sentencia o resolución (*self-cleaning*); y

b) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas³⁹ para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (*compliance*), entre las que quedará incluido acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia⁴⁰.

El carácter convencional de esta forma de terminación del procedimiento parece indiscutible, dado que acaba “por reconocimiento de la responsabilidad derivada de la causa prohibitiva y el consiguiente pago voluntario del contenido pecuniario declarado en las resoluciones administrativas (sancionadoras o no) o, en su caso, judiciales constitutivas de las situaciones inhabilitadoras”⁴¹, ante la adopción de medidas autocorrectoras o de técnicas organizativas para el autocontrol del cumplimiento normativo con las que evitar la comisión de futuras infracciones.

Además, la declaración de prohibición de contratar resultado de un procedimiento administrativo de este tipo podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia cuando la persona que haya sido declarada en tal situación acredite el cumplimiento de aquellas medidas de autocontrol y autocorrección. La revisión corresponderá al mismo órgano administrativo que dictó la resolución inicial (art. 72.5 *in fine*).

Sin duda, para los licitadores, estos mecanismos de autorregulación constituyen interesantes vías de estímulo para acatar el ordenamiento jurídico⁴² porque les permiten superar determinadas exclusiones o causas de prohibición para contratar en las que se encuentren incursos, y, con ello, acceder al mercado de la contratación pública. Sin embargo, pese a que la LCSP no se pronuncia al respecto –parece remitirlo al desarrollo reglamentario–, tales mecanismos deberán siempre ser evaluados por los órganos de contratación –o, en su caso, por las autoridades de defensa de la competencia– en el correspondiente procedimiento administrativo⁴³ y, con posterioridad, ser acreditados sus (buenos) resultados, pues lo que se encuentra en juego es la gestión de recursos públicos.

39 Como ha señalado bien BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 419), la expresión “medidas apropiadas” es claramente diferente a la utilizada por el artículo 31 bis del Código penal, que se refiere a “medidas eficaces”.

40 Artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

41 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Las prohibiciones de contratar”, cit., quien observa que LCSP “no está contemplando una resolución administrativa declaratoria o apreciadora de la prohibición de contratar, sino una resolución administrativa no apreciadora o declarativa”, dado que “impone la resolución no habilitadora por el mero cumplimiento por parte del interesado de sus obligaciones de pago derivadas de las resoluciones administrativas o judiciales [de las que derivan las circunstancias de las prohibiciones de contratar]; en otras palabras, concurriendo la causa prohibitiva, sin embargo, se impide declararla y, por tanto, aplicarla” (pp. 1342 y ss.).

42 Lo definen como un derecho de los operadores económicos reconocido en las Directivas de 2014 GUILLEN CARAMÉS, J., “La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, cit., pp. 144-145, y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)”, cit., p. 48.

43 Al respecto, el considerando 102 de la Directiva 2014/24/UE expresa que: “Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que trate. Los operadores económicos deben tener la posibilidad de solicitar que se examinen las medidas de cumplimiento adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de contratación. No obstante, se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos. En particular, han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado”.

3.2 La apertura al auxilio del control social

La Directiva 2014/24/UE alude también al control del cumplimiento y aplicación de la normativa de contratos públicos por parte de los ciudadanos en cuanto contribuyentes (*citizen enforcement*)⁴⁴ y, en consecuencia, como titulares de un interés legítimo en la tramitación de procedimientos de contratación pública adecuados. Los ciudadanos, organizados o no, y otras personas y organismos que no tienen acceso a los procedimientos de recurso en materia de contratación tendrán ahora –si así lo establecen normativamente los Estados miembros– la posibilidad de denunciar, señalar o trasladar información sobre posibles infracciones en esta materia a las autoridades u organismos competentes, sin que ello implique que se les conceda legitimación ante los órganos jurisdiccionales. Para ello, la citada directiva insta a los Estados miembros a facilitar este acceso a los ciudadanos ante las autoridades o estructuras de supervisión general o sectorial, tales como las autoridades de defensa de la competencia o el Defensor del Pueblo⁴⁵.

La LCSP parece referirse a este control ciudadano o social en el artículo 64 –bajo la rúbrica “Lucha contra la corrupción y prevención de conflictos de intereses” –, al final del apartado 2, al establecer un deber genérico de denuncia, de forma que cualquier persona física o entidad que tenga conocimiento de un posible conflicto de intereses deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Esta modalidad de control social de la contratación pública supone un importante mecanismo de auxilio a la prevención y la lucha públicas contra la corrupción⁴⁶. Los ciudadanos anónimos pueden participar, de forma voluntaria y altruista, en la vigilancia de la contratación pública y la supervisión del cumplimiento efectivo de la legislación, sea mediante alertas o sea a través de denuncias de casos de conflictos de intereses o de corrupción, pero siempre con las garantías necesarias para la protección de su identidad⁴⁷. A estos efectos, los medios electrónicos pueden contribuir tanto a facilitar la denuncia ciudadana⁴⁸ como a proteger el anonimato y garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a posibles futuras represalias⁴⁹.

Por eso, entre otros, BERNAL BLAY, M.Á. (“Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, cit., p. 420) defiende que los órganos públicos que deben valorar las medidas propuestas por los contratistas sean entes especializados en materia penal y administrativa que puedan unificar criterios y evitar la inseguridad que podría generar que tal competencia se asigne a cada poder adjudicador.

44 Con este nombre se identifican los ciudadanos que colaboran en el control del cumplimiento normativo en materia ambiental; véase, en particular, el artículo 9.3 del Convenio de Aarhus, ratificado mediante la Decisión del Consejo de la Comunidad Europea 2005/370, de 17 de febrero; sobre ello, PEÑALVER CABRÉ, A., “El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014, pp. 2333 a 2357, especialmente p. 2348.

45 Véase el considerando 122 de la Directiva 2014/24/UE.

46 Y, por tanto, una garantía de la integridad, como reitera CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, Gimeno Feliú, J.M.^º (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (cap. 43: versión electrónica).

47 Un régimen de protección particularmente interesante es el que establece la reciente Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, en los arts. 24 y ss., en los que se encomienda a la oficina velar por que los denunciantes no sufran aislamiento, persecución o un empeoramiento de las condiciones de su entorno laboral, ni puedan sufrir cualquier forma de perjuicio o discriminación como consecuencia de su actuación.

48 Así, los mecanismos de denuncia en línea (*Fraud Notification System*) ante la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

49 Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014, pp. 43 a 71. Un ejemplo comparado cercano lo encontramos en la regulación de la protección del “delator” en Francia por la *Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, conocida como Ley Sapin II.

La figura del denunciante o alertador (*whistleblower*) en la lucha contra la corrupción es ampliamente reconocida en el ámbito internacional⁵⁰. También entre nosotros existen experiencias; tal es el caso, por ejemplo, de las acciones de denuncia ciudadana ante la Oficina Antifraude de Cataluña, de acuerdo con la Ley 14/2008, de 4 de noviembre⁵¹. Más reciente es la previsión de la Ley foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, relativa a un buzón destinado a recibir quejas, denuncias o sugerencias por escrito de la ciudadanía relacionadas con actuaciones o conductas en las que puedan incurrir las autoridades, el personal o los altos cargos de la comunidad, a partir de las cuales la oficina estudiará si inicia de oficio un procedimiento de investigación (arts. 12 y ss.)⁵².

En este punto parece adquirir relevancia la regulación de la denuncia por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común, en cuanto “acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento” (art. 62.1), procedimiento que, cabe entender, será de inspección, porque el denunciante tendrá esa pretensión –esto es, que los hechos denunciados sean investigados y, si procede, sancionados.

4 La arquitectura institucional para el control interno y la supervisión de la contratación pública

4.1 La organización administrativa específica

Como he avanzado, la organización administrativa encargada del control y la supervisión de la contratación pública se sistematiza en el capítulo I del libro IV de la LCSP, en el que se regulan los órganos de contratación, los de asistencia y los consultivos como órganos competentes para la gestión de los contratos públicos. La “nueva estructura de órganos de control y supervisión”⁵³ está compuesta de los órganos colegiados indicados con anterioridad: la Junta Consultiva, el Comité de Cooperación y la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación.

Veamos a continuación cuál es el papel de cada uno de ellos y cómo se interrelacionan dentro del sistema, junto con otras unidades administrativas e instituciones públicas.

50 GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., p. 307.

51 Cualquier persona puede dirigirse a la Oficina Antifraude para comunicar presuntos actos de corrupción, prácticas fraudulentas o conductas ilegales que afecten a los intereses generales o a la gestión de los fondos públicos. La persona informante puede solicitar que se guarde la confidencialidad de su identidad, y la persona de la oficina está obligado a mantenerla, excepto en el caso de recibir un requerimiento judicial (art. 16.3).

52 Sobre este tipo de buzones, denominados “de integridad”, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit., quien remarca la exigencia de norma jurídica para regular este tipo de canales de participación.

53 La expresión es de GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 141 a 143.

4.1.1 Los órganos de contratación y la prevención ante los conflictos de intereses

Los órganos de contratación, como representantes de las entidades del sector público (art. 61 LCSP), son los órganos competentes para adjudicar el contrato y celebrar el negocio jurídico. Con ello, son parte activa de la relación jurídica de base contractual, originada en el procedimiento previo de licitación, en cuyo marco la LCSP les otorga ahora, de manera novedosa y específica, una nueva responsabilidad en el sistema de control interno de la contratación pública orientada a la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses. Curiosamente, esa responsabilidad no parece extenderse a lo largo de la relación jurídica que se mantendrá con la empresa adjudicataria hasta la resolución definitiva del contrato público, porque el artículo 64 de la LCSP la concentra únicamente en los procedimientos de licitación.

Sin precedente legislativo en la normativa de contratación pública⁵⁴, la LCSP impone a los órganos de contratación la obligación de adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo o la corrupción, así como 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 (art. 64.1).

A estos efectos, el 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 de este, tenga directa o indirectamente interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación (art. 64.2).

Como es sabido, en lo que se refiere a los altos cargos, los conflictos de intereses se acotan a la falta de objetividad en el servicio a los intereses generales que les incumbe, por lo que están obligados a evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades (art. 11.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo)⁵⁵. Se entiende, pues, que un alto cargo está incurso en un conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar –en este caso en relación con un expediente de contratación pública– pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio para estos (art. 11.2)⁵⁶. Por ello, sorprende que la LCSP no remita en ningún momento a la Oficina de Conflictos de Intereses, como órgano

54 VIDAL MARTÍN, T.P., “Organización administrativa para la gestión de la contratación”, cit., p. 90; y, en sentido parecido, IGLESIAS REY, P., “Transparencia en la contratación pública”, Mestre Delgado, J.F., y Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018, pp. 295 a 329, en concreto, p. 301.

55 Reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración general del Estado.

56 De ahí la prohibición de contratar con las administraciones públicas y con el resto del sector público de las personas físicas, o administradores de la persona jurídica, que se encuentren incursas en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, o de las normas autonómicas correspondientes; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; o, en su caso, se trate de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general. La prohibición alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías legalmente establecidos, el personal y los altos cargos antes mencionados, así como los cargos electos al servicio de aquellas. En ambos casos, la prohibición de contratar es extensiva a los cónyuges y personas análogas, ascendientes y descendientes, así como parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas mencionadas, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiera delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero (art. 71.1.g. LCSP).

Por contraste con estas situaciones de exclusión, me parece interesante recomendar el trabajo de PÉREZ MONGUIÓ, J.M.ª, “Actividades privadas compatibles de los altos cargos de la Administración General del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017, pp. 189 a 223.

interno de vigilancia y control que actúa con plena autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones de lucha contra la conflictividad de los intereses en juego⁵⁷, también en la materia que nos ocupa; mucho más cuando la oficina se adscribe al mismo ministerio, el de Hacienda y Función Pública (art. 19.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo), que la Oficina de Supervisión de la Contratación Pública, la Intervención General de la Administración General del Estado y el resto de órganos del sistema de control preventivo de la contratación pública.

Acto seguido, es necesario remarcar las circunstancias ante las cuales el órgano de contratación deberá cumplir con la obligación de tomar las medidas que sean adecuadas para solucionar los conflictos de intereses, porque habrán de adoptarse incluso cuando exista tan sólo una apariencia, percepción o presunción de afectación de la imparcialidad e independencia del órgano de contratación, por el interés financiero, económico o personal de alguno de sus miembros, aunque sea indirectamente. No será siquiera preciso probar que el conflicto de intereses incide en la toma de decisiones en el marco del procedimiento contractual. Bastará únicamente con la apariencia de estar comprometida la imparcialidad e independencia del personal al servicio del órgano de contratación que puede influir en la resolución de la licitación, lo que, por otra parte, excede de las causas ordinarias de abstención previstas en la LRJSP (art. 23).

Pero esta es la filosofía de la Directiva 2014/24/UE. De ella se deduce, de una parte, que no es necesario que el conflicto de intereses sea real, sino sólo “percibido”; de otra, que no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que, si se prueba que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en el procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de prácticas contrarias a la competencia entre licitadores, aquella exclusión no estará justificada; y, finalmente, que la exclusión de un licitador será indispensable cuando no se disponga de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia⁵⁸.

Con todo, la LCSP no se pronuncia respecto del tipo y carácter de las medidas adecuadas para solucionar los posibles conflictos de intereses⁵⁹, ni tampoco de cuál es el procedimiento administrativo a seguir para declarar, una vez realizada la actividad probatoria oportuna, la existencia o inexistencia de conflicto de intereses, que servirá de base y fundamento, en su caso, a la exclusión de la empresa licitadora del procedimiento contractual. A este respecto, cabría considerar si la LCSP no se refiere al inicio de un procedimiento administrativo orientado precisamente a examinar las circunstancias concurrentes y acreditar la existencia o no de un auténtico conflicto de intereses, procedimiento y actividad probatoria indispensable que, con posterioridad, podrán ser objeto de control por los tribunales administrativos en el ámbito de la contratación pública o por los tribunales ordinarios del orden jurisdiccional.

57 Una crítica interesante sobre el funcionamiento de esta oficina es la de CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 12, 2017, pp. 77 a 91.

58 IGLESIAS REY, P. “Transparencia en la contratación pública”, cit., pp. 303-304.

59 Ni para solucionarlos ni para prevenirlos, aunque para la prevención sea cada vez más frecuente la adopción por los órganos de contratación de medidas tales como la implantación de códigos éticos que contribuyan a la consolidación de la cultura de la integridad entre los empleados públicos y las propias empresas licitadoras, así como de manuales internos de gestión de riesgos y planes de prevención de riesgos de corrupción o, incluso, la adopción de pactos de integridad; en este sentido lo manifiesta TORRALBA MENA, I., en el comentario al artículo 64 LCSP incluido en el libro colectivo (dir. Recuerda Girela, M.A.) *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 497.

Por último, con la finalidad de control e identificación de posibles conflictos de intereses, la LCSP obliga a los órganos de contratación a redactar un informe específico sobre cada contrato de obras, suministros, servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que se establezca un sistema dinámico de adquisición (art. 336.1)⁶⁰. Este informe, o sus elementos principales, será remitido a la Comisión Europea o al Comité de Cooperación en materia de contratación pública únicamente cuando lo soliciten (art. 336.2).

4.1.2 La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: punto de referencia único para las obligaciones europeas de información

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado⁶¹ es el órgano colegiado específico de regulación y consulta en materia de contratación pública del sector público estatal (art. 328.1), adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y con una composición público-privada, dado que en ella pueden participar agentes del sector privado. Son ahora también vocales natos, con voz pero sin voto, el presidente de la Oficina de Supervisión y un representante de la CNMC (art. 328.2).

La LCSP incluye a la Junta Consultiva en el conjunto de órganos que conforman el sistema de control interno de la contratación pública, situándola en la posición privilegiada de ser el punto de contacto único para la cooperación española con la Comisión Europea en la aplicación de la legislación sobre contratación pública⁶². Para ello, se amplían sus funciones de cara a evitar el fraude, la corrupción, los conflictos de intereses y otras irregularidades en los procedimientos contractuales, con lo que, entre otras, ejercerá las siguientes tareas: a) promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación; b) aprobar las recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, que habrán de ser publicadas, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración; c) informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal o reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal; y d) coordinar

60 Este informe incluirá, como mínimo: a) el nombre y dirección del poder adjudicador, y el objeto previo del contrato, del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición; b) en su caso, los resultados de la selección cualitativa y/o la reducción del número de ofertas y de soluciones, de conformidad con lo legalmente establecido para los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, y, en concreto, los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su elección, así como los nombres de aquellos excluidos y los motivos que justifican la exclusión; c) los motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas; d) el nombre del adjudicatario y los motivos por los que ha elegido su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto contratar con terceros y, si existen y se conocen, los nombres de los subcontratistas; e) para los procedimientos de licitación con negociación y los de diálogo competitivo, las circunstancias respectivas que justifiquen el recurso a estos procedimientos; f) las circunstancias que justifiquen, en su caso, el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa; g) en su caso, los motivos por los que el poder adjudicador haya decidido no adjudicar o celebrar un contrato o acuerdo marco o haya renunciado a establecer un sistema dinámico de adquisición; h) los motivos, en su caso, por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación de ofertas; i) los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto, si aquellos se han dado; j) las medidas tomadas para garantizar el no falseamiento de la competencia en caso de participación en la licitación de empresas que previamente hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, o hubiesen asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación (art. 336.1).

61 Que sufre también un cambio de denominación respecto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (art. 324 TRLCSP).

62 En este sentido, 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*, n. 204, 2017, pp. 361 y ss.

el cumplimiento de las obligaciones de información que imponen las directivas de 2014 (art. 328.3 en concordancia con el artículo 83 de la Directiva 2014/24/UE).

Para cumplir con esta última responsabilidad, la Junta Consultiva debe remitir a la Comisión Europea, cada tres años, un informe relativo a todos los poderes adjudicadores del conjunto del Estado –incluidos los autonómicos y locales– que comprenda información contenida en el informe de supervisión emitido por la Oficina de Supervisión respecto de la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada. Asimismo, contendrá información sobre la participación de las pymes en la contratación pública; los órganos encargados de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del cumplimiento del derecho europeo; y las iniciativas adoptadas para proporcionar ayuda en la aplicación de la normativa europea en este ámbito o para dar respuesta a las dificultades que plantee su aplicación, así como para planificar los procedimientos de contratación⁶³.

El informe deberá ser remitido a la Comisión Europea en los 15 días siguientes a su adopción, y la Junta Consultiva deberá publicarlo en el plazo de un mes, en los correspondientes portales de transparencia y en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Esta es, pues, la nueva posición ante las instancias europeas que la LCSP otorga a este órgano consultivo, a la vez que traslada su labor más característica –homogeneizar los criterios para la interpretación de la normativa de contratos públicos– a otro órgano colegiado, si bien residenciado en su propia organización.

4.1.3 El Comité de Cooperación en materia de contratación pública: la cooperación interadministrativa ante la complejidad normativa

La normativa de contratación pública es un sector del ordenamiento jurídico que, por su complejidad, conlleva considerables dificultades para poderes adjudicadores y operadores económicos. Ello ha venido justificando la constitución de órganos específicos para las tareas de interpretación normativa, asistencia y recomendación, siendo las juntas consultivas los órganos consultivos tradicionales para la resolución de las dudas que surgen de la aplicación efectiva de la legislación de contratos públicos.

Dentro de la Junta Consultiva del Estado, la LCSP crea el Comité de Cooperación en materia de contratación pública⁶⁴, como órgano colegiado que actúa en pleno o en secciones⁶⁵, cuyo objeto es asumir compromisos específicos en áreas de acción comunes de las distintas administraciones públicas, conforme a los principios que rigen las relaciones interadministrativas (art. 329). Con todo, la creación de esta nueva unidad administrativa genera importantes dudas de constitucionalidad, principalmente porque las tareas que le asigna la

63 Véase el Informe relativo a la Contratación Pública en España 2017, de abril de 2018, consultable en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES> (26 de mayo de 2018). El periodo temporal al que se refiere la información documentada en este informe es sólo el año 2017 (cerrado a 15 de diciembre), tal como estableció la Comisión Europea para el primer informe, según se afirma en la introducción (p. 13).

64 El comité se constituyó y celebró su primera reunión el pasado 19 de febrero de 2018, presidido por el subsecretario del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

65 Tendrá las secciones que se determinen reglamentariamente, contando en todo caso con las 5 siguientes: sección relativa a la regulación de la contratación; sección relativa a la información cuantitativa y estadística en materia de contratación pública; sección relativa a la supervisión de la contratación pública; y sección de contratación pública electrónica (art. 329.3).

LCSP están dirigidas, en su mayoría, a la elaboración de la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública (Estrategia Nacional, en lo sucesivo), que habrá de someter a la aprobación de la Oficina de Supervisión (art. 329.1.a en relación con el art. 332.6.a.), por lo que nos situamos ante funciones de ordenación que superan las meras de cooperación interadministrativa.

Entre otras, el comité llevará a cabo las labores de: a) coordinación de los criterios de interpretación normativa seguidos por las administraciones públicas; b) proposición de criterios de selección de las actuaciones de supervisión de la contratación y elaboración de una metodología básica común; c) supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas; d) análisis de las cuestiones relativas a la contratación pública de interés común; e) recopilación de información sobre participación de las pymes en la contratación pública y datos estadísticos sobre contratos públicos de obras, suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, así como sobre las iniciativas adoptadas para proporcionar orientación en la aplicación de la normativa europea en la materia o para dar respuesta a las dificultades que plantee su aplicación; y, finalmente, f) coordinar el impulso de la contratación electrónica, tarea esta nada desdeñable.

4.1.4 La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación Pública

Por último, como cúspide de la organización específica para la gestión de la contratación pública, la LCSP crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión (art. 332)⁶⁶, dentro del mismo apartado de los órganos consultivos, si bien se le confieren otras funciones que sobrepasan las meramente consultivas. En concreto, la Oficina de Supervisión se crea “con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades” en la materia, para lo cual actuará con plena independencia orgánica y funcional, pese a adscribirse al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de su subsecretaría.

Tales funciones –velar, promover, combatir– son sustancialmente indeterminadas, por lo que algunas de las expectativas generadas con el anuncio de la Oficina de Supervisión probablemente no vayan a verse cumplidas. Son muchas también las dudas existentes respecto de su independencia efectiva, porque poco o nada tiene que ver este organismo con una autoridad independiente de supervisión real de la contratación pública, pese a haberse inicialmente ideado como tal durante la tramitación parlamentaria de la LCSP⁶⁷. A ello volveré en apartados posteriores.

La Oficina de Supervisión –instaurada, con rango de subdirección general, por el Real decreto 256/2018, de 4 de mayo⁶⁸– integra, a su vez, otro órgano colegiado, la Oficina Nacional de

66 Su creación estaba ya prevista en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2017 (disp. ad. centésima trigésima).

67 La inclusión de la Oficina de Supervisión en el texto de la LCSP procede de la aceptación de una enmienda transaccional al proyecto de LCSP, originada en las enmiendas n. 192 del grupo parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y n. 414 del grupo de Ciudadanos.

68 Por el que se modifica el Real decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Aclara el real decreto, en su exposición de motivos, que sólo “configura un mínimo esquema



Evaluación (art. 333), creada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que la incorporó al TRLCSP de 2011 para analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios públicos⁶⁹.

La Oficina Nacional de Evaluación (Oficina de Evaluación, en adelante) es un órgano integrado en la Oficina de Supervisión, a los meros efectos de organización. Pero tales efectos no dejan de ser sorprendentes por la intersección de órganos administrativos que implica y que –salvo error en la consulta o insalvable desconocimiento por mi parte– no existen en otros ámbitos de la organización administrativa. Además, el régimen vigente de los órganos colegiados de la Administración general del Estado (arts. 15 y ss. LRJSP) no contempla el supuesto de creación de un órgano administrativo colegiado en el seno de otro órgano de idéntico carácter, mucho menos con competencias sustantivas diferenciadas, como es el caso, porque la función principal de esta nueva unidad administrativa es elaborar informes preceptivos, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios. Justamente esta competencia de emisión de informes preceptivos que servirán de base a las decisiones de los poderes adjudicadores exige que su creación sea por norma específica con publicación en el BOE, como asimismo se impone para el caso de atribución de competencias de seguimiento o control de las actuaciones de otros órganos de la Administración general del Estado (art. 22.1 LRJSP).

Por otra parte, como no podría ser de otra forma en nuestro sistema constitucional, las funciones de supervisión de la contratación pública pueden atribuirse a órganos u organismos autonómicos existentes o de nueva creación. Este es el caso de la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, que, en aplicación de su régimen foral en la materia (disp. final 2.ª LCSP), prevé la creación de la citada Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción (disp. ad. 18.ª), que desempeñará las funciones de prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, y remitirá la información al Parlamento de Navarra “para hacer posible el control y vigilancia de la contratación pública y de las iniciativas de mejora normativa que se adopten en esta materia” (disp. ad. 18.ª, segundo apartado). La reciente y novedosa Ley 7/2018, de 17 de mayo, de creación de esta oficina, confirma su carácter de autoridad independiente, condición que la distancia formal y funcionalmente de la Oficina Independiente estatal.

4.1.5 La Intervención General de la Administración General del Estado

Dentro del conjunto de órganos encargados del control interno del gasto público –y, por ende, de la contratación pública y de la corrupción⁷⁰– se encuentra en una posición central la Intervención General de la Administración del Estado y los órganos equivalentes de las

organizativo, que, sin perjuicio de un posterior desarrollo orgánico y reglamentario, permita iniciar el proceso de dotación y funcionamiento de estos órganos”.

69 Apartado 12 de la disposición final novena de la LRJSP, por el que se incorpora una nueva disposición adicional 32.ª al TRLCSP de 2011, con un contenido que difiere poco del vigente artículo 333 LCSP, salvo en la referencia a los servicios públicos que contenía la LRJSP y que ahora desaparece.

70 Sobre ello, extensamente, 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 Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, en concreto, pp. 203 y ss.

comunidades autónomas encargados del control financiero de la gestión económico-financiera del sector público autonómico y local⁷¹.

La Intervención General ejerce el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal –es decir, sobre la totalidad de los órganos y entidades del sector público de la Administración del Estado, a través de sus servicios centrales o de sus intervenciones delegadas– con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle (arts. 140.2 y 143 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria –LGP en lo sucesivo–).

Este control financiero especializado tiene, entre sus objetivos: a) verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control; b) verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, y su fiel y regular reflejo en las cuentas y estados que deba reglamentariamente formar cada órgano o entidad; c) evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley general de estabilidad; y d) verificar el cumplimiento de los objetivos asignados a los centros gestores del gasto en los presupuestos generales del Estado (art. 142.1 LGP).

Por tanto, las funciones de la Oficina de Supervisión se realizarán “sin perjuicio” de las competencias de la Intervención General del Estado (art. 332.11), a quien la LCSP encomienda el deber de remitir anualmente a la Oficina de Supervisión un informe global con los resultados más significativos de su actividad, cabe entender referida al control económico-financiero sólo relativo a la contratación pública.

Sorprende este nuevo deber de información a cargo de la Intervención General porque la LGP obliga únicamente a presentar al Consejo de Ministros informes generales de control, finales o anticipados, con los resultados más significativos de la ejecución del Plan anual de control financiero permanente y del Plan anual de auditoría de cada ejercicio, informes que con posterioridad serán publicados en la página web de la Intervención General (art. 146 LGP), en cumplimiento de las obligaciones de transparencia. Surge la duda, de inmediato, de si la LCSP está imponiendo la confección de un nuevo tipo de informe –“global” en este caso– a la Intervención General de la Administración del Estado, modificando la LGP.

4.2 Control externo de la contratación pública: el Tribunal de Cuentas y la Comisión Mixta Congreso-Senado

El control externo de la contratación pública viene concentrándose, desde la vertiente de la gestión económico-financiera del sector público y del gasto público (art. 31 CE), en el Tribunal de Cuentas –órgano supremo fiscalizador de las cuentas del Estado, que depende directamente de las Cortes Generales (art. 136 CE)– y en los órganos externos de fiscalización de las comunidades autónomas (OCEX)⁷², con los que forzosamente debe coordinarse. Estos

71 Para el ámbito local, véase el Real decreto 424/2017, de 28 de abril, de régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, en desarrollo del artículo 213 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

72 Los órganos de control externo son ejemplo de buenas prácticas intergubernamentales, en opinión de ABELLÁN LÓPEZ, M.ª Á., y ALDEGUER CERDÁ, B., “Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de Relaciones Intergubernamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017, pp. 311 a 338, en especial pp. 325 y ss.

órganos convergen, por tanto, en el sistema de control preventivo y de supervisión de la contratación pública, desde una posición externa en este caso⁷³ y en un momento posterior⁷⁴.

En la actualidad, el Tribunal de Cuentas ejerce una función fiscalizadora externa permanente, así como jurisdiccional contable y también consultiva, aunque limitada⁷⁵. Existen, sin embargo, en lo que se refiere al control de la contratación pública, críticas fundadas a su funcionamiento actual, con propuestas de refuerzo del control externo en España en la lucha contra la corrupción. Se reclama, en especial, la revisión de su funcionamiento para solucionar los retrasos en la emisión de los informes, tanto por parte del Tribunal de Cuentas como por los órganos autonómicos de fiscalización, y lograr un mayor cumplimiento de las conclusiones y recomendaciones de los OCEX y su seguimiento, así como su investigación de oficio y posibilidad de suspender procedimientos y de sancionar⁷⁶.

La LCSP no incide prácticamente en la anterior regulación de las obligaciones legales de remitir información contractual al Tribunal de Cuentas y a los OCEX. Para el ejercicio de las funciones fiscalizadoras que estos órganos tienen constitucional y legalmente atribuidas, dentro de los 3 meses siguientes a la formalización del contrato, deberá remitirse telemáticamente al órgano externo que corresponda competencialmente una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado el contrato –aunque el artículo 153 LCSP se refiere a “documento administrativo o escritura pública”⁷⁷– acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que el precio de adjudicación del contrato o en el caso de acuerdos marco, el valor estimado exceda de 600.000 euros, en el caso de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios; de 450.000 euros, en el caso de suministros, y de 150.000 euros en el caso de servicios y de contratos administrativos especiales (art. 335.1).

73 Los incluye también CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública”, cit.; véase, con anterioridad, el estudio detallado de GÁMIR MEADE, R., “El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública”, *Estudios sobre la Ley de contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pp. 499 a 534, y también FERNÁNDEZ AJENJO, J.A., *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 317 y ss.

74 Señala bien en este sentido DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., en su excelente trabajo “El Tribunal de Cuentas”, Segura, J. (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Fundación Ramón Areces, Madrid, 2018, pp. 349 a 396, que conviene mejorar e incrementar las relaciones y la coordinación entre los órganos que realizan las funciones de control interno –como la Intervención General de la Administración del Estado– y las de fiscalización.

75 Función consultiva atribuida por el artículo 22.Dos de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y de otras medidas de reforma administrativa, que añadió una disposición adicional undécima a la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según la cual deben someterse a informe preceptivo, pero no vinculante, del tribunal “los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que versen sobre su régimen jurídico o sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional”.
Sobre ello, véase GARCÍA BLANCO, M.J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 51.

76 Se pronuncian en estos términos MALARET GARCÍA, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016, pp. 21-60; PEÑA OCHOA, A., “El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción”, Villoria Mendieta, M., Gimeno Feliú, J.M.ª, y Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016 pp. 83-108; y GIMENO FELIÚ, J.M.ª: “Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP”, cit., pp. 240 a 318, en particular, pp. 304-305, donde propone incluso residenciar en estos órganos la función de los tribunales de recursos contractuales (como sección independiente). Algunas otras y atinadas recomendaciones incluye DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., “El Tribunal de Cuentas”, cit., pp. 392-396.

77 Salvo para los contratos basados en un acuerdo marco o los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, en cuyos casos no es necesaria la formalización del contrato, “los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación” (art. 153.1 LCSP).

Como única novedad de la LCSP –y con voluntad clara de procurar la máxima transparencia y control de la contratación pública– también serán objeto de remisión⁷⁸ al Tribunal de Cuentas –u OCEX competente– la copia certificada y el extracto del expediente relativos a los contratos basados en un acuerdo marco y los celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición cuando el precio de adjudicación del contrato exceda en función de su naturaleza de las cuantías antes señaladas. Asimismo, se remitirá –con la opción de que sea directamente vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil de contratante el correspondiente órgano de contratación– una relación del resto de contratos formalizados, incluyendo la mayoría de contratos menores⁷⁹, en la que se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía (art. 335.1). Igualmente, habrán de comunicarse a los órganos de control externo las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos antes indicados (art. 335.2). Compete al Tribunal de Cuentas –u órgano externo de fiscalización autonómico–, mediante las correspondientes instrucciones, determinar la forma y procedimiento para hacer efectivas estas obligaciones de remisión de información (art. 335.5)⁸⁰.

Por su parte, es remarcable la nueva facultad que otorga al OCEX autonómico la mencionada Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra; en concreto, le otorga a la Cámara de Comptos, en su labor de fiscalización externa de la contratación pública, la competencia para formular recomendaciones que permitan corregir irregularidades o malas prácticas, o bien optimizar la actividad contractual de los poderes adjudicadores (art. 118).

Por último, la participación de las Cortes Generales en el control y la supervisión de la contratación pública se articula de manera continuada a través del Tribunal de Cuentas –de las que depende directamente– en el marco de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas⁸¹. En este marco, el máximo órgano fiscalizador ha de remitir al Parlamento, además del Programa anual de fiscalizaciones y las modificaciones que se pudieran ir incorporando a él, los informes, memorias, mociones o normas en los que se recojan los resultados de su actividad fiscalizadora, así como la memoria de las actuaciones jurisdiccionales (arts. 12 y 13 de la LOTCu).

78 La obligación de remisión de contratos públicos, y de información respecto de sus eventualidades una vez adjudicados, incumbe, en el ámbito de la Administración general del Estado y de las entidades del sector público dependientes de ella, a los órganos de contratación (art. 335.4 LCSP).

79 Exceptuándose los contratos menores de importe inferior a 5.000 euros que se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija –regulado en el artículo 78 de la mencionada Ley general presupuestaria– u otro sistema similar para realizar pagos menores.

80 Véase el Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas, de 28 de noviembre de 2013, por el que se aprueba la Instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebradas por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, modificada por Acuerdo del Pleno de 30 de mayo de 2017.

81 Trata las relaciones entre ambas instituciones constitucionales GARCÍA BLANCO, M. J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, cit., pp. 155 a 160. Un estudio más amplio es el de ARREGUI MINCHERO, B., “La comisión mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas”, *Auditoría Pública*, n. 20, 2000, pp. 71 a 78.

Esta comisión se encuentra prevista en la disposición transitoria primera de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, según la cual: “1. En los términos que regulen la materia los reglamentos de las Cortes Generales se constituirá una comisión mixta de ambas cámaras encargada de las relaciones con el Tribunal de Cuentas, así como de estudiar y proponer a los respectivos plenos las medidas y normas oportunas.

2. A las reuniones de dicha Comisión podrá asistir, si fuera convocado al efecto, el presidente del Tribunal de Cuentas”.

Le es de aplicación la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 27 y 28 de septiembre de 2016, sobre composición de las Comisiones Mixtas Congreso-Senado, modificada por Resolución de 26 de abril de 2018.

En ese mismo marco, la LCSP –de una forma un tanto sorprendente– ordena la designación de una ponencia de carácter permanente en la Comisión Mixta “que se constituirá en los términos que dispongan los reglamentos de las cámaras”, encargada de recibir de la Oficina de Supervisión “la más amplia información para hacer posible el control y la vigilancia de la contratación pública y la participación en las iniciativas de mejora normativa que se adopten en la materia” (art. 332.10).

5 La Oficina Independiente de Supervisión y Control de la Contratación Pública

5.1 Composición y organización: ¿oficina independiente?

La unidad administrativa protagonista del sistema, principalmente por su novedad, la Oficina de Supervisión, se define como “independiente”, a pesar de que la LCSP la adscribe, “a efectos meramente organizativos y presupuestarios”, al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la subsecretaría del departamento, como asimismo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales” (art. 332, apartados 1 y 3) y el resto de órganos administrativos con tareas de control preventivo. Dicha independencia se limita al deber jurídico de actuar “con plena independencia orgánica y funcional” en su responsabilidad genérica de velar por la correcta aplicación de la legislación europea de contratos públicos.

No obstante, como se ha señalado bien, aunque la adscripción ministerial no sea lo mismo que la integración, en términos organizativos, supone una forma de tutela que permite al tutelante –el ministerio, en este caso– desplegar unos poderes de control, aunque no de subordinación⁸².

La oficina está integrada por un presidente y 4 vocales, que serán funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto básico del empleado público (subgrupo A1), que cuenten, al menos, con 10 años de experiencia profesional en materias relacionadas con la contratación pública⁸³, y serán designados por el Consejo de Ministros, a propuesta del citado ministro, por un periodo improrrogable de 6 años⁸⁴.

Esta designación gubernamental de cargos añade más dudas respecto de la independencia de la oficina, a pesar de que la LCSP dispone a continuación que ni el presidente ni los miembros de la oficina podrán solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. En concreto, sus miembros tendrán la condición de independientes e inamovibles y sólo podrán ser removidos de sus puestos por expiración de su mandato, por renuncia aceptada por el Gobierno, por pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o

82 En este sentido, BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J.M.⁹ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (capítulo 17: versión electrónica), quien, a su vez, cuestiona la independencia completa de la oficina.

83 Pese a esta especificación más propia de una norma reglamentaria que legal, prosigue el precepto que “reglamentariamente se establecerá el nivel administrativo del titular de la presidencia y demás miembros” de la Oficina de Supervisión, “que estarán asistidos por los órganos auxiliares que les correspondan” (art. 332.2).

84 No obstante, la primera renovación de la oficina se hará de forma parcial a los 3 años del nombramiento, para lo que antes de cumplirse este plazo se determinará, mediante sorteo, los dos vocales que deben cesar (art. 332.3).

de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, o por incapacidad sobrevinida para el ejercicio de su función. La remoción por estas causas, salvo por expiración del mandato o renuncia, será acordada por el Gobierno previo expediente (art. 332.3). Durante el desempeño de sus cargos, además, estarán sujetos a la citada Ley 3/2015, de 30 de marzo⁸⁵.

Por su parte, el presidente de la Oficina de Supervisión será vocal nato de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –a la que asistirá con voz pero sin voto– y del Comité de Cooperación. En el ejercicio de sus funciones, remitirá y presentará ante las Cortes Generales, así como al Tribunal de Cuentas, un informe anual sobre las actuaciones de la Oficina de Supervisión, que será objeto de publicación dentro del mes siguiente a su remisión a dichas instituciones constitucionales (art. 332.4).

Ya he avanzado, por lo demás, que en la Oficina de Supervisión se integra la Oficina Nacional de Evaluación –que parece tener más miembros incluso que la Oficina de Supervisión–, y, en su caso, un Consejo Asesor y de apoyo a la Presidencia, formado por académicos, profesionales y técnicos independientes de reconocido prestigio en materia de contratación pública (art. 332.5).

En cuanto a su organización formal, el citado Real decreto 256/2018, de 4 de mayo, con cuya aprobación la Oficina de Supervisión inicia su andadura, contiene un mínimo esquema organizativo, resumido en 4 divisiones con competencias específicas⁸⁶, que asimismo plantean dudas sobre la independencia completa de la Oficina de Supervisión.

Regap



ESTUDIOS

5.2 Las funciones genéricas de regulación y de supervisión de la Oficina Independiente

5.2.1 Funciones de regulación. La Estrategia Nacional de Contratación Pública

5.2.1.a La Estrategia Nacional: dudas de constitucionalidad, de juridicidad y de vinculatoriedad

Las funciones de regulación que tiene encomendada la Oficina de Supervisión son básicamente dos: por una parte, la aprobación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, a propuesta del Comité de Cooperación de la Junta Consultiva, diseñada y ejecutada en coordinación con las comunidades autónomas y las entidades locales (art. 332.7), y definida como “el instrumento jurídico vinculante” en materia de contratación pública, con un horizonte temporal de 4 años (art. 334); y, por otra, la elaboración de instrucciones y recomendaciones generales o particulares en la materia.

El primer interrogante que genera la futura aprobación de la Estrategia Nacional⁸⁷ es si este instrumento tendrá carácter normativo y, por ello, será jurídicamente vinculante, a pesar de ser aprobada por unidad administrativa con rango de subdirección general –según el

⁸⁵ En particular, a sus artículos 13, 14 y 15.

⁸⁶ División de la Oficina Nacional de Evaluación; División de la Estrategia Nacional de Contratación; División de Supervisión de la Contratación; y División de estudios, profesionalización y formación especializada.

⁸⁷ La primera Estrategia Nacional debe aprobarse en el plazo de 9 meses desde la publicación de la LCSP en el BOE, esto es, antes del 10 de agosto de 2018.

citado Real decreto 256/2018, de 4 de mayo— que no tiene atribuida potestad reglamentaria ordinaria. No se le ha conferido tal potestad por más que la LCSP le otorgue facultades de regulación en materia de contratación pública.

De hecho, las estrategias nacionales no son instrumentos normativos. Son instrumentos de planificación o herramientas de coordinación de las instancias públicas implicadas en la implementación de una determinada política pública. Son un marco de principios y objetivos compartidos, a partir de los cuales implementar políticas o programar actuaciones entre distintas administraciones públicas, las cuales se vinculan políticamente. No poseen, en consecuencia, valor jurídico alguno, en el sentido de sujetar a las partes firmantes del documento a determinadas obligaciones de derecho.

La LCSP diseña la Estrategia Nacional como un instrumento de prevención contra la corrupción y las malas prácticas o las irregularidades en la contratación pública, a la vez que para incrementar la profesionalización de los agentes públicos que participan en los procesos de contratación; para promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación; generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento; utilizar las posibilidades de la contratación para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación; y para promover la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública (art. 334.2).

Con estos objetivos, para aprobar la Estrategia Nacional, la Oficina de Supervisión se basará en el análisis de las actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público, incluyendo los poderes adjudicadores comprendidos en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a estos que no tengan naturaleza de poderes adjudicadores (art. 334.1).

Este ánimo omnicompreensivo de la contratación pública española genera muchas dudas de constitucionalidad⁸⁸ y se contradice con el carácter marcadamente estratégico de la contratación que instaura la LCSP, como instrumento vinculado a la implementación de las políticas públicas sociales, empresariales y ambientales, muchas de las cuales son de competencia de las comunidades autónomas, cuando no de los gobiernos locales. Si la Estrategia Nacional es configurada por la LCSP como un mecanismo de coordinación interadministrativa en materia de contratación pública, implica otorgar una posición de dirección de una de las partes —el Estado— respecto del resto de entidades autonómicas y locales, que no encaja bien en nuestro sistema constitucional.

La Estrategia Nacional deberá abordar la futura contratación pública española, desde un complejo marco de relaciones interadministrativas entre órganos y autoridades administrativas que dificultarán mucho, cuando no imposibilitarán, la confección de una Estrategia

88 Sobre la incidencia de las previsiones de la LCSP en el Estado autonómico, es claro MONTILLA MARTOS, J.A., “Actividad legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas”, *Informe de las Comunidades Autónomas 2017*, Observatorio de Derecho Público IDP, Barcelona, 2018, pp. 331 a 340, quien sostiene que el título competencial aducido por la LCSP (art. 149.1.18 CE) no permite al Estado aprobar una ley básica con una regulación tan detallada y materialmente reglamentaria de todos los aspectos de la contratación pública que no deja espacio alguno para el desarrollo normativo autonómico, por lo que “una vez más una competencia compartida bases-desarrollo ha sido ejercida por el Estado como si fuera exclusiva. Esta recentralización competencial a través de las bases puede advertirse en numerosos contenidos. No obstante, destacan los aspectos organizativos, de forma que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión (...) será quien apruebe la Estrategia Nacional de Contratación Pública, vinculante para todas las administraciones, y tienen capacidad para emitir informes vinculantes para las administraciones autonómicas” (p. 336).

Nacional realmente operativa, sin afectar el reparto competencial establecido constitucional y estatutariamente. La regulación por la LCSP de los extremos que la estrategia debe contener es de un excesivo detalle que sobrepasa el contenido propio de una norma de tipo legal. Se asemeja más a la definición de las competencias de una unidad administrativa que de un instrumento jurídico, por indeterminada que sea la tipología de este.

Entre otros aspectos, la Estrategia Nacional tratará los siguientes (art. 334.1):

a) el análisis de los datos disponibles en las distintas fuentes de información cualitativas y cuantitativas –así, por ejemplo, las plataformas de contratación nacionales, información abierta de la Unión Europea en esta materia⁸⁹, informes de otros órganos de supervisión y control y de asesoramiento legal– para elaborar un diagnóstico de la situación de la contratación pública y proponer medidas prioritarias para la corrección de las disfunciones que se identifiquen.

A estos efectos, la LCSP establece el deber de facilitar la información necesaria para la elaboración, aprobación y ejecución de la estrategia, no sólo a cargo de las bases de datos nacionales e internacionales mencionadas –lo que resulta ciertamente improcedente, al menos respecto de las fuentes de información internacionales–, si bien respecto de la CNMC sólo se contempla la posibilidad de que remita a la Oficina de Supervisión sus propuestas en la materia que afecte a la defensa de la competencia “para su posible inclusión” en la Estrategia Nacional.

b) La mejora de la supervisión de la contratación pública, coordinando criterios y metodologías comunes para la realización de las actividades de supervisión, garantizando el cumplimiento de las obligaciones de supervisión impuestas por las directivas de contratación pública y por las instituciones comunitarias.

c) La coherencia de las actuaciones de seguimiento precisas para garantizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, para lo que la Estrategia Nacional incluirá la metodología adecuada para realizar la evaluación con criterios homogéneos, así como las reglas que deban informar los acuerdos de establecimiento del equilibrio económico de esta modalidad de contratos.

d) El análisis de los mecanismos de control de legalidad *ex ante* y *ex post* de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones, con vistas a reforzar tales mecanismos mediante la definición de objetivos y prioridades, así como la propuesta de reasignación de efectivos encargados de dichos controles, e, incluso, a través de la valoración de los procedimientos tendentes a identificar las irregularidades en las que se pudiera incurrir y el desarrollo de medidas correctoras que deban aplicar los responsables de la gestión.

e) La elaboración de manuales de buenas prácticas o guías que establezcan recomendaciones para aplicar en los procedimientos de contratación, que permitan preventivamente evitar malas prácticas en el desarrollo de estos.

f) Promover la profesionalización en contratación pública a través de actuaciones de formación del personal del sector público, mediante el diseño de un plan específico en materia de

89 *Tender Electronic Daily (TED)*, suplemento al *Diario Oficial de la Unión Europea*, cuya versión en línea puede consultarse en <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias para la profesionalización en este ámbito de actuación pública.

Como he avanzado, la Estrategia Nacional será elaborada por el Comité de Cooperación y elevada como propuesta a la Oficina de Supervisión para su aprobación y posterior remisión a la Comisión Europea, toma en conocimiento por el Consejo de Ministros y por las Cortes Generales. Transcurrido un mes desde la remisión a la Comisión Europea, se hará público su contenido en la Plataforma de Contratación del Sector Público (art. 334.4).

También corresponde al Comité de Cooperación la evaluación de la estrategia transcurridos dos años desde su aprobación, de cuyo resultado pueden derivar modificaciones o ajustes necesarios para conseguir los objetivos perseguidos, modificaciones y ajustes que habrán de ser aprobados por la Oficina de Supervisión y, con posterioridad, publicados (art. 334.5), aunque la LCSP no especifica dónde. Finalizado el ámbito temporal de la Estrategia Nacional, el mismo Comité de Cooperación emitirá un informe sobre los resultados de su aplicación, que servirá para la definición y aprobación de una nueva Estrategia Nacional, dentro de los 6 meses siguientes. Dicho informe de resultados se trasladará al Consejo de Ministros y a las Cortes Generales, y se comunicará a la Oficina de Supervisión y a la Junta Consultiva, para que esta última lo remita a la Comisión Europea, así como a la CNMC, haciéndose público en el plazo de un mes (art. 334, apartados 6 y 7).

Las obligaciones de información a cumplir ante la Comisión Europea, cada tres años como máximo, sobre la aplicación práctica de las políticas estratégicas de contratación nacionales forman parte de la ejecución de la gobernanza europea en este sector (art. 83 de la Directiva 2014/24/UE), aunque de ellas no se concluye que deba haber una única estrategia nacional en los Estados miembros.

5.2.1.b Instrucciones y recomendaciones generales o particulares

Por otra parte, la Oficina de Supervisión podrá aprobar instrucciones obligatorias para los órganos de contratación, fijando pautas de interpretación y aplicación de la legislación de contratos públicos, así como para la elaboración de recomendaciones generales o particulares obligatorias para los órganos de contratación. Tanto las instrucciones como las recomendaciones deberán ser publicadas –la LCSP no especifica en qué portal o boletín oficial– “si de la supervisión desplegada se dedujera la conveniencia de solucionar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la oficina” (art. 332.7. letra d.), que no son otros –cabe entender– que velar por la correcta aplicación y cumplimiento efectivos de la legislación europea en materia de contratación pública.

El ejercicio de este segundo grupo de tareas que la LCSP encomienda a la Oficina de Supervisión puede generar conflictos importantes de competencias con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado como “órgano específico de regulación y consulta en materia de contratación pública” (art. 328), a quien incumbe también aprobar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, así como promover la adopción de normas o medidas de carácter general para mejorar el sistema de contratación, si bien en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos.

Por consiguiente, convendría trazar un línea divisoria clara entre ambas funciones de regulación por sendos órganos administrativos, dejando a cargo de la Oficina de Supervisión únicamente las recomendaciones relativas a la evitación de irregularidades o conflictos de intereses (corrupción o malas prácticas), directamente relacionadas con su función de velar por el cumplimiento de las normas de contratación administrativa, esto es, dirigidas a solucionar problemas de este tipo y calado, siendo recomendaciones más técnicas y de interpretación normativa las de la Junta Consultiva.

5.2.2 Funciones de supervisión del cumplimiento normativo y la aplicación efectiva

Las funciones de supervisión que la LCSP le atribuye son extremadamente genéricas e indeterminadas, con lo que se desnaturaliza el carácter de órgano de supervisión y control de la oficina. Por lo demás, la LCSP no prevé regla alguna respecto de cómo se ejercerán tales funciones de control y supervisión sobre los sujetos obligados.

En este ámbito, corresponden a la Oficina Independiente las tareas siguientes (art. 332.6): a) coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público, una coordinación que, de nuevo, genera dudas de constitucionalidad; b) velar⁹⁰ por la correcta aplicación de la legislación de contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistemáticos, así como por el estricto cumplimiento de idéntica legislación, y, de modo especial, por el respeto de los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación; c) promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas; d) verificar que se apliquen las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, principalmente las relativas a los conflictos de intereses; y e) colaborar con las instituciones europeas en el ejercicio de las funciones de regulación y supervisión de la contratación, y con otras autoridades de supervisión de otros Estados miembros.

Lo relevante es el carácter europeo de las reglas jurídicas que, si bien integradas en la legislación interna, han de ser garantizadas desde la perspectiva de su aplicación y cumplimiento efectivos por las administraciones públicas y el resto de organismos del sector público español. Porque la creación de la Oficina de Supervisión responde al modelo de gestión europea de la gobernanza, con lo que la LCSP asume la necesidad de este tipo de unidades de supervisión pública como “una de las vías para paliar los déficits de ejecución de nuestra normativa contractual”⁹¹.

Por consiguiente, nos situamos ante una supervisión de las administraciones públicas y poderes adjudicadores de los Estados miembros por parte de la Comisión Europea, a través de entidades nacionales de supervisión de la aplicación efectiva de la legislación europea, basada en la recolección y sistematización de la información relativa a procesos contractuales que se harán constar en los preceptivos informes que han de remitirse obligatoriamente a la Comisión y ser, con posterioridad, publicados. En suma, este control de las instancias

90 Verbo que también utiliza el artículo 4.2 de la LRJSP para referirse a esta función genérica, en la que se inscribe “la habilitación general para adoptar cuantas medidas sean necesarias a efectos de asegurar el cumplimiento de la legalidad”, como las de “comprobación, verificación, investigación e inspección de hechos, elementos, actividades, estimaciones y cualesquiera otras circunstancias del caso”; en este sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, cit., p. 11.

91 GALLEGO CÓRCOLES, I., “El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual”, cit., p. 141.

europas está orientado a identificar irregularidades en la aplicación del derecho europeo pero también, indirectamente, a controlar el grado y la calidad de su transposición.

Por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, marcadamente ejecutivas, la Oficina de Supervisión podrá realizar encuestas e investigaciones –esa es la terminología de la LCSP–, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, los cuales deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes, o cualquier otra información que les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado, así como estudios relativos a sus funciones.

En este punto, debo remarcar que los funcionarios que tengan encomendadas las funciones de coordinación de criterios y metodologías comunes para la mejor realización de actuaciones de supervisión y la coherencia en la evaluación de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de concesiones de servicios (dentro de la Oficina Nacional de Evaluación), así como aquellos que sean responsables de los análisis de los mecanismos de control de la legalidad *ex ante* y *ex post* de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones (letras b. y c. del apartado 1 del art. 334), “gozarán de independencia funcional” respecto de los titulares de los órganos cuyos contratos supervisen (art. 334.3). A estos efectos, las autoridades administrativas y directores de las entidades integrantes del sector público y “quienes, en general, ejerzan funciones públicas o desarrollen su trabajo en dichas entidades deberán prestar a los funcionarios encargados de la supervisión de los contratos el apoyo, concurso, auxilio y colaboración que les sean precisos, facilitando la documentación e información necesaria para su supervisión”⁹² (art. 334.3 segundo párrafo).

En el caso de que la Oficina de Supervisión tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, deberá dar traslado de inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la CNMC (art. 336.6, último párrafo).

Este deber jurídico de colaboración necesaria con las instituciones públicas y judiciales deriva –como anticipé al inicio de este trabajo– de la falta de potestad sancionadora o de reacción jurídica de la Oficina de Supervisión respecto de las irregularidades o ilegalidades que en virtud de sus funciones pueda descubrir. Ello es muestra indiscutible de que no nos situamos ante una auténtica autoridad independiente de supervisión y control de la contratación pública con funciones de ejecución activa y directa contra la corrupción.

Por último, cabría reflexionar sobre el carácter de la información documentada que, en su caso, remita la Oficina de Supervisión a la fiscalía o a las autoridades administrativas competentes para tomar decisiones ejecutivas ante los hechos irregulares informados; es decir, sobre su posible valor probatorio o de especial significación en los procedimientos administrativos o judiciales que en su caso sean iniciados, así como la eventual responsabilidad por información errónea, incierta o incompleta sobre tales irregularidades, que puedan causar daños o perjuicios a los operadores privados respecto de su reputación, pero asimismo a los poderes adjudicadores y a su personal, en caso de presunta corrupción o conflictos de intereses.

92 Es más que criticable el poco rigor del legislador en el uso de ciertas expresiones como “ejercicio de funciones públicas” en este caso.

5.2.3 Funciones de información periódica: la información como mecanismo de control

La función primordial, aunque genérica, de la Oficina de Supervisión es velar por la correcta aplicación y el cumplimiento de la legislación europea en materia de contratación pública. Sin embargo, un análisis detenido de las funciones que tiene legal y reglamentariamente asignadas –y a falta de una experiencia real– llevan a la conclusión de que su función se limita a la recolección y sistematización de información obtenida de la observación y seguimiento de dicho cumplimiento normativo y aplicación práctica.

Las funciones de información periódica se concretan (art. 332, apartados 7, 8 y 9) en la remisión de información a los órganos constitucionales implicados en el control de la contratación pública, y, en especial, en la elaboración de un informe de supervisión que remitirá a la Junta Consultiva del Estado, que lo integrará –como se ha avanzado ya– en el Informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada 3 años.

Dicho informe de supervisión incluirá –respecto de la contratación sujeta a armonización–: a) una relación de los principales incumplimientos detectados por los órganos o instituciones que tengan competencias supervisoras o jurisdiccionales en la materia; b) información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratos públicos o de inseguridad jurídica; c) información sobre prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflictos de intereses y otras irregularidades graves de la contratación, así como los problemas de colisión detectados.

Por último, la Oficina de Supervisión deberá elaborar un informe anual de conclusiones de toda la actividad de vigilancia realizada por las administraciones públicas competentes, que será remitido a la Comisión Europea, a través de la Junta Consultiva del Estado, y se publicará en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

5.3 La Oficina Nacional de Evaluación: el control de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión

Como he indicado con anterioridad, la LCSP crea, dentro de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión, la Oficina Nacional de Evaluación (art. 333) como órgano colegiado cuya función es, con carácter general, el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios.

La Oficina Nacional está presidida por el Presidente de la Oficina de Supervisión, y sus miembros y demás personal a su servicio no podrán, en el ejercicio de sus funciones, solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada, por lo que la LCSP intenta con esta previsión garantizar su independencia en ejercicio de las tareas que tiene encomendadas.

Su composición parece ser incluso mayor, en cuanto a miembros que la integran, que la Oficina de Supervisión de la que forma parte, algunos de los cuales proceden del sector privado, por lo que se trata de un órgano colegiado de composición mixta. Formarán parte de la unidad de evaluación un vocal de la Oficina de Supervisión, un representante con rango de subdirector general o equivalente de la Intervención General de la Administración del Estado, de la Dirección General del Patrimonio del Estado y de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Hacienda y Función Pública. También formarán parte

Regap



ESTUDIOS

dos vocales, uno nombrado a propuesta de las organizaciones empresariales representativas de los sectores afectados por la contratación administrativa y otro designado entre académicos, profesionales y técnicos, de reconocido conocimiento y competencia en materia de la contratación pública, sin relación directa o indirecta con las empresas contratistas o concesionarias para evitar el conflicto de intereses; dichos vocales contarán con voz pero no tendrán voto (art. 333.2).

Dado que las comunidades autónomas pueden adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación, en este caso asistirá un representante autonómico a las reuniones en que se traten informes referidos a la respectiva comunidad. De igual forma, a las reuniones en que se traten informes de las corporaciones locales asistirá un representante de la federación de las entidades locales con mayor implantación, junto con un representante de la propia corporación si se trata de un municipio de gran población⁹³.

Son funciones específicas de la Oficina de Evaluación elaborar preceptivamente informes –en 30 días, salvo urgencia, desde su petición a instancia de parte– con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicatarias, en los casos siguientes:

a) cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario;

b) para las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos del primer establecimiento superen 1.000.000 euros.

Asimismo, informará preceptivamente los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 LCSP respecto de las concesiones de obras y las concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) antes enumeradas, o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas.

Con todo, la LCSP no regula un procedimiento específico a seguir por la Administración concedente para restablecer el reequilibrio, en caso de concurrir alguno de los supuestos legalmente establecidos. Lo que la LCSP introduce ahora, en este procedimiento administrativo al que serán de aplicación supletoria las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, es un nuevo trámite consistente en la participación de la Oficina Nacional de Evaluación⁹⁴.

6 Oficina de Supervisión de la Contratación Pública vs. Autoridad Independiente de Anticorrupción

La creación por la LCSP de un órgano colegiado de carácter consultivo adscrito orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, como el resto de unidades administrativas competentes en materia de control de la contratación pública, no parece ser la opción

93 La organización y el funcionamiento de la Oficina de Evaluación se determinará por orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

94 ALBENDEA SOLÍS, I., y LEÓN GONZÁLEZ, A., "El reequilibrio económico de los contratos públicos" Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2313 a 2379, en concreto, pp. 2376-2377.

legislativa más acertada para lograr los objetivos fijados por las instancias europeas en la prevención y la lucha contra la corrupción en este sector. La Oficina de Supervisión, por su ubicación orgánica, no parece constituir una auténtica cúspide del sistema institucional de gobernanza de la contratación pública. No ocupa el lugar que le correspondería a una autoridad verdaderamente independiente de supervisión y de lucha contra la corrupción⁹⁵.

En realidad, es una opción legislativa muy alejada de la que parecería ser la más oportuna en los momentos actuales, consistente en la creación de una autoridad con personalidad jurídica propia e independencia funcional real –o, mejor, varias autoridades independientes, respetándose así las competencias de autogobierno de las comunidades autónomas–, en línea con las recomendaciones de expertos académicos⁹⁶, de la CNMC⁹⁷ y de la misma Unión Europea.

Las autoridades independientes anticorrupción no son extrañas ni entre nosotros ni en nuestro entorno más cercano. Puedo mencionar, por ejemplo, en el ámbito autonómico, por su trayectoria ya consolidada en la prevención y la lucha contra la corrupción, la Oficina Antifraude de Cataluña, creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, y otras experiencias más recientes, como la citada Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción, recién instaurada este mismo año 2018 en Navarra.

Además, dado que la corrupción encuentra cobijo también en el ámbito de la contratación pública local, la creación de unidades administrativas u oficinas locales anticorrupción parece ser una medida a considerar, si bien se conocen pocos ejemplos que nos puedan aportar datos respecto de su operatividad efectiva, salvo las de las ciudades de Barcelona y Madrid⁹⁸.

En todo caso, como advierte bien algún autor, la creación de este tipo de unidades no es sino una más de entre las distintas medidas posibles para luchar contra la corrupción, “piezas de un *puzzle* complejo que configura el sistema de integridad de un Estado y condiciona su buen gobierno y buena administración”⁹⁹.

Un ejemplo comparado de asunción de la supervisión de la contratación pública por una autoridad independiente lo encontramos en la Autoridad Nacional Anticorrupción de Italia (ANAC), que desde el año 2014 posee competencias en materia de control y vigilancia de

95 Un caso similar y reciente es el de Francia, donde por la mencionada Ley Sapin II de 2016 se crea la Agencia Anticorrupción Francesa, la cual, pese a su nombre, se configura como un mero servicio vinculado a los Ministerios de Justicia y Presupuestos, dirigido por un magistrado no sujeto a órdenes jerárquicas.

96 Así, los miembros del Observatorio de Contratación Pública, en su “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)”: consultable en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.282/recategoria.208/reلمenu.3/chk.d904cadc6d88a9b5bdb0436f33c6eb0d> (14 de mayo de 2018).

97 Informe de Análisis de la Contratación Pública en España, de 5 de febrero de 2015.

98 Sobre ello, véase PONCE SOLÉ, J., “Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño”, *Anuario de Derecho Municipal* 2016, Madrid, 2017, pp. 47 a 89.

99 PONCE SOLÉ, J., “Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 3, 2017, p. 8.

los contratos públicos, incluidas las potestades de sanción y de propuesta de modificación legislativa en la materia¹⁰⁰.

La pregunta clave es, en definitiva, si en términos de eficacia y eficiencia de la gestión pública es mejor una unidad administrativa adscrita a un departamento ministerial o una autoridad anticorrupción plenamente independiente –ya sea en materia exclusiva de contratación pública, ya sea con competencias transversales–, salvando las reservas que viene planteando la creación de este tipo de organismos supervisores, principalmente por cuestiones de legitimidad democrática.

Finalmente, cabe preguntarse si en un futuro próximo sería posible, para los contratos públicos armonizados, crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

Bibliografía consultada

- ABELLÁN LÓPEZ, M.ª Á., y ALDEGUER CERDÁ, B., “Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de Relaciones Intergubernamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017.
- ALBENDEA SOLÍS, I., y LEÓN GONZÁLEZ, A., “El reequilibrio económico de los contratos públicos”, Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ARREGUI MINCHERO, B., “La comisión mixta congreso-senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas”, *Auditoría Pública*, n. 20, 2000.
- BERNAL BLAY, M. Á., “Los efectos de los programas “Compliance” en la contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: ponencias sectoriales. X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, 2015, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, Gimeno Feliú, J. M.ª (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- CAMPOS ACUÑA, C., *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.
- 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*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 35, 2014.

100 Véase, por todos, RACCA, G.M., “De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19, 2018, pp. 181-220.

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de intereses en la Administración General del Estado", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 12, 2017.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Nuevos mecanismos de control para garantizar la integridad en la contratación pública", Gimeno Feliú, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- DE BENEDETTO, M., "La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio", Ponce Solé, J., y Cerrillo I Martínez, A. (coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, INAP, Madrid, 2017.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, C.T., "El Tribunal de Cuentas", Segura, J. (coord.), *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*. Fundación Ramón Areces, Madrid, 2018.
- ESTEVE PARDO, J., *El Estado Garante. Idea y realidad*, INAP, Madrid, 2015.
- 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 Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- FOLLIOU-LALLIOT, L., y TORRICELLI, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GÁMIR MEADE, R., "El Tribunal de Cuentas y el control de la contratación pública", *Estudios sobre la Ley de contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.
- GARCÍA BLANCO, M.J., *El control externo por el Tribunal de Cuentas de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público", *I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses financieros en la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal*, Escuela Gallega de Administración Pública, Dirección General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, 19 y 20 de marzo de 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

regap



ESTUDIOS

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, "Corrupción y contratación pública. Las soluciones de la LCSP", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Una concepción sustancialista del contrato público", *Cuadernos de Derecho Local, QDL*, n. 45, 2017.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "Las prohibiciones de contratar", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., "La compleja naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar pro infracciones en materia de falseamiento de la competencia", Guillén Caramés, J., y Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- HUERGO LORA, A., "La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia", *Revista Española de Administración Pública*, n. 182, 2017.
- IGLESIAS REY, P., "Transparencia en la contratación pública", Mestre Delgado, J. F., y Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., "La supervisión pública sobre entidades bancarias", Rebollo Puig, M. (dir.), *La regulación económica: en especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "El mecanismo europeo de supervisión bancaria", *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "Supervisión administrativa de entidades aseguradoras privadas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 182, 2017.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "Supervisión administrativa del mercado de valores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 189, 2018.
- LÓPEZ DONAIRE, B., "Compliance y contratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 153, enero-febrero 2018.
- MALARET GARCÍA, E., "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos: ¿realidad o fantasía?", Queralt Jiménez, J. y Santana Vega, D.M. (dirs.), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- MONTILLA MARTOS, J. A., "Actividad legislativa del Estado con incidencia en las Comunidades Autónomas", *Informe de las Comunidades Autónomas 2017*, Observatorio de Derecho Público IDP, Barcelona, 2018.
- 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*, n. 204, 2017.
- OCDE, *Anti-corruption initiatives for Asia and the Pacific Strategies for Business, Government and Civil Society to Fight Corruption in Asia and the Pacific*, París, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A., "El modelo organizativo de la supervisión de funciones y las facultades de los órganos supervisores en la realización de su función", Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. 2, Tomo 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PAREJO ALFONSO, L. *La vigilancia y la supervisión administrativas. Un ensayo de su reconstrucción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L., *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PEÑA OCHOA, A., "El nuevo rol de los organismos de control externo frente a la corrupción", Villoria Mendieta, M., Gimeno Feliú, J. M.^a, y Tejedor Bielsa, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.
- PEÑALVER CABRÉ, A., "El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P., "La importancia de los programas de cumplimiento –*Compliance Programmes*– en las políticas sancionadora de las autoridades de competencia", *ICE. 50 Aniversario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia*, n. 876, 2014.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, "Actividades privadas compatibles de los altos cargos de la Administración General del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1, 2017.
- PONCE SOLÉ, J., "Las oficinas y agencias locales anticorrupción como instrumentos para promover el buen gobierno y el derecho de los ciudadanos a la buena administración. Propuesta de una lista de comprobación de la calidad de su diseño", *Anuario de Derecho Municipal 2016*, Madrid, 2017.
- PONCE SOLÉ, J., "Las Agencias anticorrupción. Una propuesta de lista de comprobación en la calidad de su diseño normativo", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 3, 2017.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., y SANTANA VEGA, D. M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

regap



ESTUDIOS

- RACCA, G. M., "De la autoridad sobre los contratos públicos a la Autoridad Nacional Anticorrupción", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 19, 2018.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., "Los principios generales de contratación pública", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Compliance y self-cleaning en la contratación (Una aproximación europea)", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 95, 2016.
- SOLA TEYSSIERE, J., "Unidad de Mercado y supervisión administrativa de las actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, n. 197, 2015.
- TORRALBA MENA, I., "Comentario al artículo 64 LCSP", Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "The control of Public Procurement in Spain – In particular the role of administrative independent Authorities created to transpose Directive 89/665/CEE", Folliot-Lalliot, L. y Torricelli, S. (dirs.), *Contrôles et contentieux des contrats publics. Oversight and Challenges of public contracts*, Bruylant, París, 2018.
- VAQUER CABALLERÍA, M., "Vigilancia privada bajo supervisión administrativa: a propósito de la prevención de blanqueo de capitales", Parejo Alfonso, L. (dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la Administración en sectores de referencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- VIDAL MARTÍN, T. P., "Organización administrativa para la gestión de la contratación", Mestre Delgado, J. F., y Manent Alonso, L. (dirs.) *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch/Asociación de Abogados de la Generalitat, Valencia, 2018.
- VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M.^a, y TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.