

DOBLE GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y DERECHO (Derecho)

Curso 2021/2022

El principio de transparencia: luces y sombras en la contratación pública

Autora: Adelina Verdes

Directora: María del Carmen Bolaño Piñeiro

Bilbao, a 20 de junio de 2022



RESUMEN

La contratación del Sector Público, que se percibe hoy en día como una actividad esencial que maneja grandes recursos públicos, es el fruto de la evolución del Estado. Se trata de una actividad que, al suponer una interacción entre los entes públicos y privados, cuenta con un régimen jurídico complejo. Al desplegar sus efectos en numerosos sectores, es fundamental asentar unos principios aseguradores de la eficacia de la contratación. Como los servicios públicos se prestan para los ciudadanos, la transparencia se configura como el principio vertebrador para la prestación de esos servicios. A raíz de este principio tanto los individuos, como los operadores económicos pueden evaluar las actuaciones de los adjudicadores que, en el escenario planteado, cuentan con las prerrogativas para diseñar el procedimiento de contratación. No obstante, la transparencia no se identifica con la mera publicidad exhaustiva de los datos, sino que tiene sus matices y límites. A pesar de que a menudo puede suponer una traba para la agilidad contractual, no deja de ser un instrumento clave en la lucha contra el fenómeno de la corrupción.

Palabras clave: transparencia, publicidad, acceso a la información, contratación pública, Administración Pública, corrupción.

ÍNDICE DE CONTENIDO

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	p. 1
1.- INTRODUCCIÓN	p. 3
1.1.- Justificación del tema elegido	p. 3
1.2.- Objeto del trabajo	p. 3
1.3.- Metodología	p. 4
2.- ORÍGENES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	p. 5
2.1.- La Administración Pública y su evolución	p. 5
2.2.- Nociones básicas de la contratación pública	p. 8
2.2.1.- Definición del contrato	p. 8
2.2.2.- Reparto competencial: desde la armonización a nivel europeo hasta el ámbito nacional	p. 8
2.3.- La contratación pública y su régimen jurídico en España	p. 10
2.3.1.- Breve análisis de la LCSP: ámbito subjetivo y ámbito objetivo	p. 11
2.3.2.- Valoraciones críticas de la LCSP	p. 13
2.3.3.- Articulación de la LCSP con las demás normas del ordenamiento Jurídico	p. 13
3.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: MÁS ALLÁ DE LA PUBLICIDAD FORMAL	p. 14
3.1.- Un primer acercamiento al concepto y sus dimensiones	p. 14
3.2.- Reparto competencia en materia de transparencia	p. 16
3.3.- El régimen jurídico del principio de transparencia	p. 18
3.3.1.- Aspectos generales de la LTBG	p. 19
3.3.2.- Definición legal del principio de transparencia	p. 20
3.3.3.- Algunas novedades: creación del CTBG	p. 22
3.3.4.- Relación con otras normas del ordenamiento jurídico	p. 23
4.- LA TRANSPARENCIA EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	p. 24
4.1.- La interpretación del principio de transparencia desde la perspectiva de la contratación pública	p. 24
4.2.- La transparencia junto con los demás principios de la contratación pública	p. 26
4.3.- Fases de la contratación y la incidencia de la transparencia en cada una de ellas	p. 28

4.3.1.- Consultas preliminares al mercado	p. 29
4.3.2.- Apertura del expediente	p. 29
4.3.3.- Pliegos	p. 31
4.3.4.- Adjudicación	p. 33
4.3.5.- Ejecución	p. 35
4.4.- La transparencia al margen de la distorsión de la competencia en el mercado	p. 37
5.- LA SOMBRA DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN	p. 39
5.1.- Estudios de la corrupción como amenaza a la buena administración	p. 39
5.1.1.- Definición del fenómeno de la corrupción	p. 39
5.1.2.- Causas y rasgos de la corrupción	p. 41
5.2.- Consecuencias prácticas de la corrupción	p. 43
5.3.- Posibles soluciones: combatir la corrupción fomentando la transparencia	p. 46
5.3.1.- Instrumento ético: profesionalización	p. 46
5.3.2.- Instrumento innovador: hacia una contratación pública electrónica	p. 48
6.- REFLEXIONES FINALES	p. 51
7.- BIBLIOGRAFIA	p. 53
8.- NORMATIVA	p. 59
9.- JURISPRUDENCIA	p. 61
10.- INFORMES Y RESOLUCIONES	p. 62

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS:

AGE – Administración General del Estado

art. – artículo de una norma

AP – Administración Pública

BOE – Boletín Oficial del Estado

CAPV – Comunidad Autónoma del País Vasco

CC – Código Civil

CDF – Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE – Constitución Española

CGPJ – Consejo General del Poder Judicial

CIS – Centro de Investigaciones Sociológicas

CNMC – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CP – Código Penal

CTBG – Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

DA – Disposición Adicional

DF – Disposición Final

DT – Disposición Transitoria

fdto. jdco. – fundamento jurídico

IPC – Índice de Percepción de la Corrupción

JCCPE – Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

LCSP – Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LJCA – Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa

LPAC – Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJSP – Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LTBG – Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

OCDE – Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

OIRESCON - Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación

ONU – Organización de las Naciones Unidas

RD – Real Decreto

rec. – Recurso

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH – Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TACRC – Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TARC – Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE – Unión Europea

1.- INTRODUCCIÓN

1.1.- Justificación del tema elegido

La actividad de contratación llevada a cabo por los entes públicos representa un componente muy importante del derecho administrativo, bien sea por la gran cantidad de recursos financieros que se vierten, bien por la importancia que tiene de cara a la sociedad en general. Su complejidad, tanto desde el punto de vista de la regulación normativa, como desde la perspectiva de su aplicación en la práctica, hace que sea un tema que abre puertas a numerosos estudios e investigaciones. Además, los escándalos de corrupción y la constante crítica a las autoridades públicas por la mala gestión de los fondos parecen no abandonar los titulares de las noticias, y con más razón en un contexto de una recesión económica provocada por la crisis sanitaria de la pandemia y la crisis humanitaria a raíz de la invasión en Ucrania.

La contratación pública en la actualidad es, sin lugar a duda, fruto de la evolución del Estado Social y del denominado proceso de “huida del derecho administrativo” que juega un rol muy importante en la prestación de servicios públicos a los ciudadanos. Tan importante es que marca la percepción de la sociedad respecto a las instituciones del Estado, e incluso determina la calidad del sistema democrático en sí. Su actualidad incontestable hace que forme parte de los debates sociales, políticos, al mismo tiempo que es un tema de investigación para la comunidad de los juristas, docentes y todos los defensores del Estado de Derecho.

1.2.- Objeto del trabajo

El objeto del presente trabajo está integrado por varios elementos que plantean las cuestiones correspondientes. En primer lugar, se va a analizar el concepto de contratación pública, desde su evolución histórica hasta su marco normativo actual. El mismo tratamiento se le va a ofrecer al principio de transparencia de manera general, estudiando su interpretación y su doble dimensionalidad. No obstante, el pilar de este trabajo consiste en estudiar la aplicación práctica que tiene el principio de transparencia en todas y cada una de las fases de contratación pública, identificando al mismo tiempo las principales amenazas a la transparencia. *A priori* se parte de la hipótesis de que el grado de correlación entre la contratación pública y la transparencia es muy alto, hecho que se va a demostrar a lo largo del trabajo.

Analizado este aspecto, la siguiente cuestión que se plantea en el desarrollo de la investigación es la profundización en el fenómeno de la corrupción, con la intención de identificar sus causas, consecuencias y, eventualmente, recopilar algunas de las medidas

de combate contra la corrupción más debatidas por juristas y expertos reconocidos en dicho ámbito.

Por último, como una reflexión que engloba el conjunto del trabajo, se plantea la siguiente cuestión: ¿es la falta de transparencia el catalizador del fenómeno de la corrupción, o tal vez, la corrupción busca esconderse entre las sombras de los rincones donde no llega la transparencia y la publicidad?

En cuanto al ámbito geográfico o, si se quiere, el ordenamiento jurídico tomado como base, se ha hecho un doble estudio: primero desde la perspectiva de la UE, puesto que se trata de una actividad con un grado de armonización muy elevado y, posteriormente, se ha contextualizado en el marco jurídico español.

1.3.- Metodología

Con el objetivo de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas, se ha hecho un estudio mayoritariamente cualitativo, es decir, tomando un enfoque analítico. De igual manera se han recabado datos cuantitativos, esto es, datos estadísticos relevantes que puedan reflejar objetivamente los aspectos problemáticos identificados en la contratación pública.

Se ha recabado información relevante utilizando como principales fuentes revistas oficiales y con un gran peso en el ámbito del derecho administrativo, transparencia y contratación pública. Además de los artículos jurídicos, se han utilizado fuentes alternativas y material docente como manuales, estudios estadísticos realizados por investigadores y expertos, informes de órganos competentes en dicha materia y de otras instituciones de renombre, como puede ser *Transparency International*.

Es preciso mencionar que, debido a la gran cantidad de estudios e información sobre el tema elegido, se han tomado como referencia aquellos artículos y fuentes bibliográficas que han parecido más fiables y actuales según el criterio de selección subjetivo de la autora.

Adicionalmente, para evitar que el trabajo tenga un enfoque exclusivamente descriptivo, se ha utilizado jurisprudencia de Tribunales de diferentes instancias – desde el TJUE, hasta tribunales administrativos como el TARC – para reflejar la aplicación práctica de las normas a la actividad pública de contratación.

Finalmente, aplicando el método deductivo que implica la extracción de ideas y rasgos comunes, se han llegado a unas conclusiones de carácter genérico y se han intentado dar respuestas a los interrogantes enumerados en el apartado anterior.

2.- ORÍGENES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con el objetivo de ofrecer un primer acercamiento a los conceptos básicos sobre los que va a versar el presente trabajo, es preciso analizar los orígenes de la contratación pública que se encuentran en la evolución de la AP y del derecho que se le aplica.

2.1.- La Administración Pública y su evolución

El concepto de AP, que se ha consolidado hoy en día, se puede definir como un aparato organizativo a las órdenes del Gobierno, dispuesto para la satisfacción de los intereses públicos. Esos intereses vienen determinados en las normas jurídicas y se deben cumplir con absoluta neutralidad, eficacia y con sumisión al Derecho.¹ Por tanto, el elemento fundamental en el que se basa la existencia de la Administración es la preservación del interés público. De ahí que toda la actuación administrativa vaya encaminada a la satisfacción del mismo.²

No obstante, a lo largo de la historia, dicho concepto ha pasado por un complejo proceso de metamorfosis. A lo largo del siglo XVIII se perfilan los primeros rasgos de la AP, aunque en una fase embrionaria, que se caracterizaba por la concentración del poder en torno al monarca, sin que exista una efectiva relación jurídica entre la Administración y la ciudadanía. A raíz de los cambios sociales, sobre todo durante el siglo XIX, surge el denominado Estado liberal o Estado policía, que empieza a tener más atribuciones, interviniendo en la regulación del orden público, realizando determinados actos relacionados con la recaudación de tasas e impuestos y, sobre todo, encargándose de las relaciones exteriores.³

A pesar del aumento paulatino de la intervención del Estado en la sociedad, el punto de inflexión en Europa llega en el siglo XX.⁴ Teniendo en cuenta el contexto de las dos guerras mundiales y la crisis política, económica y humanitaria provocada por las mismas, el Estado empieza a tener un papel fundamental en la regulación de la vida social. Ese intervencionismo, sustentado en la teoría de Keynes, ha permitido forjar relaciones cada vez más estrechas entre el Estado y la sociedad, bien sea mediante la intervención en

¹ art. 103, CE.

² Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, (Pamplona: Civitas, 32ª edición, 2021), p. 48.

³ *Ibid.*, «LECCIÓN 1», pp. 41-69.

⁴ Joaquín Estefanía, “Keynes en su contexto y en el nuestro”, *Temas para el debate*, Nº 265 (2016): pp. 37-39.

ámbitos como el de la economía, la educación o la sanidad, bien sea mediante la asunción de un papel garantista de los derechos de la ciudadanía.⁵

Actualmente en España, con la entrada en vigor de la CE, se asientan las bases de un Estado social y democrático de Derecho.⁶ Dicho Estado se configura sobre tres pilares, que son los frutos de la evolución histórica brevemente mencionada: la división de poderes, el principio de legalidad y el respeto a los derechos humanos.⁷ Cabe hacer especial mención al principio de legalidad previsto de manera genérica en la CE.⁸ Dicho principio tiene como consecuencia el hecho de que la AP queda plenamente sometida a la Ley – en este caso entendida en su sentido amplio, es decir, norma del ordenamiento jurídico. Todo ello, viene reforzado con el principio legalidad que está concretamente atribuido a la AP: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.⁹

Respecto a dicho principio de legalidad existen dos corrientes doctrinales contrarias.¹⁰ La primera afirma que se trata de una vinculación negativa, es decir, la Administración puede realizar aquellos actos que no le estén prohibidos expresamente. Dicha postura es similar al principio de legalidad aplicado a los particulares y, objetivamente, ofrece un amplio margen de actuación. La otra corriente, que está consolidada en España y representada principalmente por García de Enterría, habla de vinculación positiva que implica que la Administración puede actuar en tanto que hay una norma que le otorga esa potestad para realizar determinados actos, siendo esta una interpretación más restrictiva. Dicha habilitación normativa, que puede emanar no sólo de normas con rango de ley, sino también de cualquier otra norma vigente en el

⁵ José Ramón García Menéndez, “La teoría de la política económica y el retorno del Keyensianismo: reflexiones ante el aniversario de la teoría general”, *Contribuciones a la Economía*, (2009).

⁶ art. 1.1, CE. Véase Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, (Madrid: Tecnos, Edición 7ª, 2001).

⁷ Marta Lorente Sariñena, *Manual de Historia del Derecho*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012).

⁸ art. 9.3, CE.

⁹ art. 103, CE.

¹⁰ La contraposición de la “*negative Bindung*” – lo que no está prohibido está permitido (*permissum videtur in omne quod non prohibitum; quae non sunt prohibita permissae intelliguntur*) y “*positive Bindung*” – lo que no está permitido está prohibido (*quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*). Hoy en día la vinculación positiva opera mediante el principio de reserva de ley, mientras que la vinculación negativa conlleva a que todas las materias que no se deben regular por ley, se regulen por reglamento. A este respecto véase Fernando Garrido Falla, “Democracia y Estado de derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley”, *Revista de Administración Pública*, Nº 128 (1992): pp. 7-22.

ordenamiento jurídico, tiene como fin asegurar que toda la acción administrativa va encaminada a la satisfacción del interés general.

Como consecuencia directa de ese principio de vinculación positiva se ha ido consolidando un conjunto de normas jurídicas, organizado de forma sistemática y cuya principal finalidad es la regulación de la actuación administrativa. Dicho conjunto es el denominado derecho administrativo que forma parte del derecho público y que se aplica fundamentalmente a las AAPP y, también, a todos los sujetos que se relacionan con las mismas.

Como bien afirma Cosculluela Montaner: “uno de los caracteres esenciales del derecho administrativo es su finalidad tuitiva de los intereses públicos, cuya satisfacción directa persigue la AP con su actividad. Dicha orientación es precisamente la que fundamenta la atribución de las prerrogativas y privilegios a la Administración (...)”.¹¹

No obstante, la idea de Estado es cada vez más compleja y las relaciones jurídicas cada vez más diversas, por lo que la AP se ve saturada en cuanto a las funciones que se le atribuyen y los servicios que debe prestar a la ciudadanía: educación, sanidad, infraestructuras, cuidado del medioambiente, entre otros tantos. No se ha tardado mucho en llegar a la conclusión de que ante la rigidez de la vinculación positiva, es necesaria la flexibilización de la prestación de servicios públicos con el fin de responder a la demanda social y satisfacer ese interés general que ha empezado a abarcar más aspectos. El derecho administrativo se ha sometido a un nuevo proceso de transformación que consiste en la entrega de ciertas funciones públicas al sector privado. Por lo que paulatinamente se está pasando de una visión intervencionista en sentido estricto a un papel garantista. Todo ello está estrechamente vinculado al principio de eficacia previsto en el art. 103, CE, ya que la actuación administrativa debe traducirse en unos resultados benéficos para la sociedad.

En palabras de Fernández Castaño y López Velástegui: “La falta de eficacia por parte de la AP en su actuación unido a las restricciones excesivas que la Ley imponía a esa actuación administrativa, provocó un movimiento legal, esto es, la aparición de nuevas leyes que se encontraban orientadas a solucionar el problema de la gestión pública introduciendo la gestión privada en la Administración, la cual otorgaba buenos resultados a los entes privados que se movían en el Mercado”.¹² Por tanto, ese fenómeno implica una mayor flexibilización mediante la aplicación parcial del derecho privado a las administraciones.¹³ El ejemplo más claro de ese binomio derecho público – derecho

¹¹ Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 65.

¹² Félix Fernández Castaño y Francisco de Asís López Velástegui, “La huida del Derecho Administrativo en la Administración Pública Española”, *Derecho y Cambio Social*, Nº 47 (2017): p. 15.

¹³ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Nº 140 (1996): pp. 25-68.

privado es la actividad de contratación llevada a cabo por los entes públicos, que surge de la necesidad de acudir al sector privado ante la falta de recursos disponibles en el sector público.

2.2.- Nociones básicas de la contratación pública

2.2.1.- Definición del contrato

Una de las características importantes de la AP, que ha surgido como fruto de su evolución, es la atribución de una personalidad jurídica, hecho que le permite ser titular de derechos y obligaciones derivadas de relaciones jurídicas que desarrolla. Dicha atribución se realiza en la LRJSP: “cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”.¹⁴ La conclusión que se puede extraer del artículo mencionado es que, a pesar de hablar de una AP en su conjunto como personificación del poder ejecutivo del Estado, cada ente administrativo tiene su personalidad de cara al Derecho.

Una de esas relaciones que pueden desarrollar los entes administrativos es la celebración de un contrato, dentro del marco normativo por supuesto. Las bases de esa contratación son las mismas que para el resto del Derecho, por lo que la definición que se toma como referencia es la genérica: acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de las que surge una relación jurídica en virtud de la cual nacen derechos y obligaciones para las partes contratantes.¹⁵ Los elementos esenciales de los que depende la validez del contrato siguen siendo los previstos en el CC: consentimiento de las partes, objeto y causa.¹⁶ No obstante, no se debe perder de vista el principio de vinculación positiva que somete el proceso de contratación a una serie de reglas estrictas.

2.2.2. - Reparto competencial: desde la armonización a nivel europeo hasta el ámbito nacional

La contratación pública tiene una gran trascendencia en la economía de nuestro país e incluso a nivel europeo. Según los estudios realizados por la Comisión Europea, la contratación pública representa aproximadamente un 14% del PIB total de la UE.¹⁷

¹⁴ el art. 3.4, LRJSP.

¹⁵ Cosculluela Montaner, «LECCIÓN 4», en *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 433 – 435.

¹⁶ art. 1261, CC.

¹⁷ Agustín García Ureta, *Temas de Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 2019): p. 130. Según la OCDE, el peso de contratación pública se situaría entre un 13 y 20% del PIB a nivel mundial.

Partiendo de la idea de espacio económico común europeo, la UE se ha visto obligada a armonizar el sector de la contratación pública y lo ha ido haciendo desde los años setenta. Es preciso destacar que la regulación comunitaria se ha desarrollado sobre el concepto de contrato público y no de contrato administrativo, puesto que algunos ordenamientos de los Estados miembros – alemán e italiano, por ejemplo, – no admiten la existencia de contratos administrativos. Es decir, desde el punto de vista de esos ordenamientos jurídicos un contrato implica la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica de las partes, presupuestos que no se dan en el caso de pactar con un ente administrativo, puesto que éste ostenta una posición privilegiada respecto al ciudadano ordinario.¹⁸ Por tanto, optando por el término de “contrato público”, se han elaborado varias Directivas que se han ido adaptando hasta llegar a configurar el marco regulatorio actual. Las principales normas de fuente europea son:

- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales;
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de adjudicación de contratos de concesión, que son los relativos a la ejecución de obras o la prestación de servicios;
- Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos.

Los principales objetivos de las mencionadas Directivas europeas, según Aymerich Cano, son: “asegurar el respeto a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad”.¹⁹ En cuanto al ámbito de aplicación de las mismas, atendiendo a la literalidad de los textos normativos, se entiende que sólo hacen referencia a los contratos sujetos a regulación armonizada.²⁰ No obstante, según la jurisprudencia del TJUE cuando se trate de contratos que no cumplen con el criterio del

¹⁸ Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 434 - 435.

¹⁹ Carlos Aymerich Cano, “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas Europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 45 (2015): p. 214.

²⁰ También denominados SARA, son los contratos que, por alcanzar un determinado umbral en su valor económico, están sujetos a unas normas especiales en cuanto al procedimiento y al criterio de publicidad. Todo ello viene justificado por su relevancia en el mercado comunitario, por lo que debe tramitarse en base a unos criterios homogéneos a nivel europeo.

umbral económico, los poderes adjudicadores no quedan exentos de respetar las normas fundamentales de adjudicación y los principios generales del TFUE.²¹ Es decir, a pesar de no formar parte del ámbito de aplicación objetivo de las Directivas, se debe respetar el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato y libertad de establecimiento y prestación de servicios.²²

Al ser España Estado miembro de la UE está obligada a proyectar en su ordenamiento jurídico el contenido de las Directivas mencionadas. A este respecto, la competencia de la regulación en materia de contratación pública corresponde exclusivamente al Estado. Concretamente es competente para la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las AAPP”.²³ En lo que respecta las CCAA, el TC ha aclarado en varias ocasiones que la competencia plena y exclusiva la ostenta el Estado, sin perjuicio de que las CCAA puedan regular procedimientos especiales para aquellas materias en las que tengan competencia, aunque siempre respetando el marco normativo estatal.²⁴ La razón de ese reparto competencial reside, tal vez, en la incidencia que tiene la contratación pública en los presupuestos del Estado, al tratarse de un porcentaje considerable del PIB nacional; mientras las CCAA pueden elaborar normas de carácter complementario atendiendo a sus competencias en cada materia.

Haciendo uso de esa reserva competencial, y con el objetivo de trasponer las Directivas, el legislador estatal ha elaborado la LCSP, siendo el pilar del ordenamiento español en dicha materia.

2.3.- La contratación pública y su régimen jurídico en España

La transposición de las Directivas anteriormente mencionadas se ha realizado mediante una serie de normas. En primer lugar, las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE se han incorporado en el ordenamiento jurídico español mediante la aprobación de LCSP, que será el núcleo duro del régimen jurídico de la contratación pública. Cabe mencionar que, de manera adicional, la Directiva 2014/25/UE ha sido traspuesta por el Decreto Ley

²¹ STJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE v. Venizeleio-Pananeio*; STJUE (Sala Décima, de 18 de diciembre de 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*; STJUE (Sala Quinta), de 16 de abril de 2015, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL v. Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*.

²² Aymerich Cano, “Corrupción y contratación pública...”, op. cit., p. 220.

²³ art. 149.1.18º, CE.

²⁴ Isabel González Ríos, “La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa”, *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, Nº 12 (2019), p. 9.

2/2020 de 4 de febrero. Para una mejor comprensión del régimen jurídico de la contratación pública se va a realizar un breve estudio de la LCSP.

2.3.1.- Breve análisis LCSP: ámbito subjetivo y ámbito objetivo

La necesidad de regular el ámbito de la contratación pública no tiene tan sólo raíces en el principio de legalidad, es decir, no persigue el único objetivo de otorgar dicha potestad de contratación a las AAPP. No se debe perder de vista la importancia que tiene esta actividad, ya que sirve como herramienta para ejecutar determinadas políticas públicas, además de ser un indicador de la calidad y el nivel de desarrollo del Estado de Bienestar.²⁵ Atendiendo al peso relativo de la contratación del sector público respecto al gasto público español, el valor de la actividad de contratación representa un 23,4% del gasto total.²⁶ Siendo ese un porcentaje considerable, la falta de una regulación normativa adecuada y completa supondría el quebrantamiento del principio de eficacia de la Administración y de la estabilidad presupuestaria.²⁷

La LCSP, que surge como fruto de todas esas necesidades, tiene un ámbito de aplicación subjetivo muy amplio, ya que no se limita a recoger a los entes que se califican como AAPP en sentido estricto.²⁸ Para una mejor representación del ámbito subjetivo se elabora la siguiente tabla que recoge a todos los sujetos que quedan vinculados a la LCSP:

El Sector Público (art. 3.1, LCSP)	<ul style="list-style-type: none"> a) Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de las Seguridad Social c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes d) Los consorcios a los que se refiere la LRJSP e) Fundaciones públicas que reúnen determinados requisitos f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la LRJSP h) Las empresas públicas i) Los fondos sin personalidad jurídica j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general; k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores l) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco
---------------------------------------	--

²⁵ Gregorio Rodríguez Cabrero, “Tendencias actuales del intervencionismo estatal y su influencia en los modos de estructuración social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Nº 31 (2005): pp. 79-104.

²⁶ OIRESCON, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, (2020): p. 17.

²⁷ Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa”, *Revista de Derecho político*, Nº 110 (2021): p. 47-78.

²⁸ Art. 3, LCSP.

Administraciones Públicas (art. 3.2, LCSP)	<ul style="list-style-type: none"> a) Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de las Seguridad Social c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes d) Los consorcios e) Otras Entidades de Derecho público que puedan ser consideradas poder adjudicador y estar vinculadas a una AP
Poderes Adjudicadores (art. 3.3, LCSP)	<ul style="list-style-type: none"> a) Todas las entidades calificadas como AAPP b) Las fundaciones públicas c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social d) Entidades con personalidad jurídica, creadas específicamente para satisfacer necesidades del interés general e) Asociaciones constituidas por entidades del sector público
Otros sujetos (art. 3.4 y 3.5, LCSP)	<ul style="list-style-type: none"> a) Los partidos políticos b) Las organizaciones sindicales c) Las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales d) Las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de las anteriores

Ámbito subjetivo de la LCSP. Elaboración propia

La ley objeto de análisis se aplica a todos los contratos onerosos celebrados por los sujetos enumerados, independientemente de su naturaleza jurídica.²⁹ No obstante, esto se debe matizar, ya que la LCSP no siempre se aplica en su totalidad a todos los aspectos contractuales.

A pesar de que los contratos se pueden clasificar en base a varios criterios, a este respecto conviene destacar la distinción esencial que permite diferenciar entre un contrato administrativo y uno privado, con sus correspondientes regímenes jurídicos.

Los primeros, que tienen naturaleza estrictamente administrativa, son los que se celebran por una AP y cuyo objetivo es la realización de una obra o una concesión de obra, suministros o servicios.³⁰ También se consideran como tales los contratos que tienden a satisfacer un interés público que es competencia de un ente administrativo o los que vengan expresamente calificados como tal por una ley. Su régimen jurídico viene configurado por las normas generales de la LCSP. De ahí que todas las fases propias de un contrato público – preparación, adjudicación, efecto, modificación y extinción – vengan reguladas por la ley específica del 2017, siendo de aplicación subsidiaria las normas de derecho administrativo y, en defecto de estas, las normas de derecho privado.³¹

²⁹ Art. 2.1, LCSP.

³⁰ art. 25, LCSP.

³¹ DF Cuarta, LCSP.

Por el contrario, los contratos privados pueden celebrarse no sólo por las AAPP. Éstos abarcan a los que se celebran por las AAPP, aunque deben tener un propósito distinto al de los contratos administrativos; también los celebrados por las entidades del Sector Público que no tengan la condición de AP y tampoco la de poder adjudicador.³² En cuanto al régimen jurídico, dichos contratos, a pesar de su nombre, entran dentro del ámbito objetivo de la LCSP, aunque solo en lo que respecta su preparación y adjudicación. Esos aspectos se regirán, en caso de laguna jurídica, por las demás normas de derecho administrativo o de derecho privado que correspondan atendiendo a la naturaleza de la entidad contratante. Mientras los efectos y la extinción vienen determinados por las normas de derecho privado.³³

Se advierte que en el presente trabajo se va a hacer especial incidencia en los contratos celebraos por las AAPP.

2.3.2.- Valoraciones críticas de la LCSP

A pesar de la intención del legislador de simplificar el procedimiento de contratación y hacerlo más flexible al mismo tiempo que más eficiente y transparente, la LCSP ha recibido fuertes críticas. Por ejemplo, según Garrido Mayol: “La nueva ley es, desde luego, extensa, un tanto farragosa, elaborada obviando las más básicas reglas de la moderna técnica normativa y son continuas y abundantes las remisiones a otros artículos de la propia ley o de otras leyes, lo que dificulta su fácil lectura, comprensión y manejo”.³⁴ De hecho, la abundancia de las cautelas previstas con el objetivo de asegurar una mayor transparencia puede inducir a un aumento excesivo de la burocracia, dotando de rigidez el procedimiento de contratación. Además, Gimeno Feliu afirma que el carácter extenso de la LCSP “ha llevado a la doctrina (J. Baño, principalmente) a reflexionar sobre si la ley cumple con su función de regulación o, por el contrario, existe sobrerregulación”.³⁵

2.3.3.- Articulación de la LCSP con las demás normas del ordenamiento jurídico

La LCSP, que es el núcleo normativo, representa la regulación específica de la contratación pública, mientras la regulación general viene formada por la LRJSP y LPAC. Citando a González Ríos, en lo que respecta la relación entre la LCSP y la LPAC: “la distribución constitucional de competencias en materia de procedimiento administrativo

³² art. 26, LCSP.

³³ Manuel Fueyo Bros, *Esquemas de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público tras el RD-ley 3/2022 y el RD-ley 6/2022*, (Madrid, Edición 17ª, 2022).

³⁴ Vicente Garrido Mayol, "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública", *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* 68, N° 2 (2020): p. 112.

³⁵ José María Gimeno Feliú, "El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro", *IUS Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, N° 62 (2021): p. 116.

común y en contratación pública y de la doctrina sentada por el TC³⁶ se deduce que la regulación del procedimiento administrativo de contratación pública obedece a una competencia estatal básica y específica que determina la aplicación de la LCSP en detrimento de la LPAC”.³⁷

Debido a la necesidad de evitar antinomias jurídicas, todas las normas del ordenamiento jurídico deben ser coherentes y en caso de contradicciones, es necesario contar con criterios para determinar la relación entre los preceptos que sean contrarios. En aplicación del principio *lex specialis derogat lex generalis*, el procedimiento de contratación pública cuenta con una regulación específica y básica del Estado en la LCSP, resultando desplazada a un segundo plano la regulación del procedimiento genérico previsto en la LPAC. A mayor abundamiento, la articulación de esas dos normas con rango de ley se realiza en base a la DF Cuarta de la LCSP, que establece la prevalencia de la LCSP y la aplicación subsidiaria de la LPAC y de sus normas complementarias.

No obstante, la DF Tercera hace referencia, en el sentido contrario, al Concierto Económico, estableciendo la aplicación de la LCSP sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 12/2022, de 23 de mayo que aprueba dicho Concierto.

Visto el análisis de la LCSP y su relación con las demás normas del ordenamiento jurídico español, en el siguiente apartado se va a profundizar sobre el concepto de transparencia y su régimen jurídico.

3.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: MÁS ALLÁ DE LA PUBLICIDAD FORMAL

3.1.- Un primer acercamiento al concepto y sus dimensiones

La transparencia es uno de los principios sobre los que se va asentando la actuación de la AP en su totalidad como institución propia de un sistema democrático. Por tanto, se puede afirmar que la transparencia es una condición, al mismo tiempo que una consecuencia de la democracia y es un principio que “comienza a vislumbrarse en el Preámbulo de la Constitución”.³⁸

Aunque pueda parecer un concepto abstracto, la transparencia lo que permite es reducir el riesgo de arbitrariedad de las instituciones del Estado. Eso es posible al amparo del deber de rendición de cuentas que se deriva de ese principio, permitiendo el

³⁶ Doctrina esclarecida recientemente en la STC 55/2018, de 24 de mayo 2018.

³⁷ González Ríos, “La transparencia como ...”, op. cit., p. 22.

³⁸ Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 50.

seguimiento y la evaluación de la actuación de los entes públicos por parte de la ciudadanía. Además, guarda una estrecha relación con la idea de “buen gobierno” y “buena administración”.³⁹ A este respecto, citando a Gimeno Feliú: “La idea de buen gobierno va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos, que favorezcan la necesaria seguridad jurídica para que pueda emerger una economía sana y competitiva”.⁴⁰

Volviendo a la obligación de rendición de cuentas frente a la sociedad de un Estado democrático, se plantea la posibilidad de ejercer una fiscalización de las actuaciones del Estado, sobre todo de las instituciones que representan el poder ejecutivo, principalmente de las AAPP. De suerte que el principio de transparencia extrapolado a la sociedad se traduce en el derecho de acceso a la información. De tal manera se “genera para las instituciones públicas una serie de obligaciones en orden a garantizar la transparencia; y desde otro ángulo, se otorga al ciudadano una «posición jurídica prestacional», en forma de derecho subjetivo a exigir que esa información facilite el conocimiento del funcionamiento y actividad de esas mismas entidades y poderes públicos”.⁴¹ De ahí se deduce que se trata de un principio que tiene dos dimensiones: por un lado, la publicidad activa que recae sobre la AP y, por otro lado, la de publicidad pasiva que no es otra cosa que el derecho de acceso a la información.

Conviene destacar que tanto la relación semántica, como la relación jurídica entre los términos “transparencia” y “publicidad” no implica una equivalencia absoluta. Dicho de otra manera, puede haber publicidad sin transparencia, pero no al revés. Por tanto, es importante no caer en la trampa de la publicidad formal, presumiendo así de cumplir con el requisito de transparencia. Éste último hace referencia a conocer lo que realmente hace la AP, no simplemente a tener acceso a los documentos publicados y resoluciones adoptadas. La conclusión principal a la que se debe llegar es que “no es suficiente publicar la información como un mero conglomerado de datos para poder aseverar que se está actuando de forma transparente, sino que debe existir un fácil acceso a aquellos”.⁴² La distinción esencial que se puede destacar es que la publicidad agota su fin en sí misma, mientras que la transparencia va dirigida a satisfacer la necesidad de los usuarios de la

³⁹ Ponce Solé distingue la idea de “buen gobierno” que es el modo en el que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción; recordando que la idea de buena administración viene recogida en el art. 103, CE. Véase Garrido Mayol, “El principio de buena administración...”, op. cit., p. 125.

⁴⁰ Gimeno Feliú, “El derecho de los contratos públicos en España...”, op. cit., p. 129.

⁴¹ Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 52.

⁴² Javier Miranzo-Díaz, “El principio de transparencia en el derecho global de la contratación pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 18 (2019): p. 282.

información que se publica, por lo que el cumplimiento de ese principio se debe hacer respetando los requisitos de utilidad, accesibilidad y claridad de la información, para lograr la comprensión efectiva de los datos publicados.⁴³

3.2.- Reparto competencial en materia de transparencia

A diferencia de la contratación pública, la UE no asume tantas competencias de armonización del principio de transparencia o del derecho de acceso a la información desde el punto de vista del ciudadano.

En primer lugar, se configura como un derecho fundamental para los ciudadanos de la UE.⁴⁴ Posteriormente, la UE lo regula de manera genérica haciendo referencia al fomento de la “buena gobernanza”, la cual se puede conseguir mediante una actuación transparente y pública de las instituciones de la UE. El núcleo de ese derecho está configurado de la siguiente manera: “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado”.⁴⁵ La UE alude fundamentalmente al funcionamiento de sus instituciones en general, por lo que “la falta de armonización y concreción en los derechos, requisitos, límites y alcances de este derecho de acceso del ciudadano en la normativa internacional y europea hacen que sus pormenores hayan debido ser desarrollados esencialmente a nivel nacional”.⁴⁶

Pasando al ordenamiento jurídico español, es importante determinar la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información, puesto que es lo que va a marcar el reparto competencial y el tipo de ley que corresponde para su regulación. A este respecto, existe un debate doctrinal que conviene mencionar. Existe una parte de la doctrina⁴⁷, si bien minoritaria, que defiende su naturaleza de derecho fundamental, al derivarse directamente del derecho a la libertad de información previsto en el art. 20, CE.⁴⁸ Se trata de un interpretación un tanto extensiva y, de ser así, la única regulación admitida tendría que

⁴³ César Nicandro Cruz-Rubio, “El derecho a entender: la comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N° 24 (2020): pp. 147-151.

⁴⁴ art. 42, CDF.

⁴⁵ art. 15, TFUE.

⁴⁶ Miranzo-Díaz, “El principio de transparencia...”, op. cit., p. 290.

⁴⁷ Esta parte de la doctrina está representada, entre otros, por Lorenzo Cotino Hueso, Andrés Boix Palop, etc.

⁴⁸ Véase Lorenzo Cotino Hueso y Andrés Boix Palop, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021). Los autores relacionan la naturaleza fundamental, no sólo con el art. 20, CE, sino también con el derecho fundamental de participación política (art. 23, CE), derecho de acceso a la justicia (art. 24, CE), así como con el derecho de acceso a la información pública previsto en el art. 42, CDF (pp. 22-24).

recogerse en una ley orgánica y la competencia correspondería exclusivamente al Estado; todo ello al amparo del art. 53.1 y art. 81, CE. La posición antagónica, representada por la mayoría de los juristas, se inclina por definirlo como un derecho constitucional de configuración legal, al tenor del art. 105.b, CE – un precepto más específico – que regula el derecho de participación de los ciudadanos, concretamente su acceso a los archivos y registros administrativos.⁴⁹

A la vista de la realidad jurídica actual, teniendo en cuenta que las CCAA han sido las pioneras en regular dicha materia, resulta más sensato tomar como punto de referencia la opinión de la doctrina mayoritaria y hablar de un derecho constitucional y no fundamental. La regulación legal a nivel estatal se recoge en la LTBG. Dicha ley prevé en su DF octava una habilitación competencial del legislador estatal fundamentada en los artículos 149.1.1º, 149.1.13º y 149.1.18º de la CE, por lo que de entrada se asume un título competencial exclusivamente estatal, pudiendo las CCAA aprobar normas complementarias.

En opinión de Velasco Rico, el único precepto que objetivamente sirve como fundamento para dicha atribución competencial es el art. 149.1.18º referente a las bases del régimen jurídico de las AAPP y al procedimiento administrativo.⁵⁰ El art. 149.1.1º abre el camino a una interpretación muy amplia que ampara la intervención del Estado con carácter genérico para asegurar la igualdad de derechos y libertades; mientras que el art. 149.1.13º reconoce la competencia al Estado para regular “las bases y la coordinación de la planificación general económica”, lo cual está vagamente relacionado con el principio de transparencia como antídoto contra la corrupción. Eso está relacionado más que nada con la actividad de contratación pública donde se maneja una importante cantidad de fondos públicos.

A pesar de tratarse de una competencia exclusiva del Estado, no se puede obviar el hecho de que las CCAA se adelantaron a la LTBG y, a la fecha de su aprobación, los legisladores autonómicos ya contaban con su propia normativa. El TC se pronunció al respecto⁵¹, indicando que mientras no se vulneren las condiciones básicas, los legisladores autonómicos pueden dictar normas, aun cuando ocupen campos propios de aquellas, siendo desplazadas sus normas cuando el legislador estatal las dicte finalmente.⁵² La propia LTBG menciona las CCAA: por un lado les permite establecer

⁴⁹ Clara Isabel Velasco Rico, "Análisis en clave competencial del Proyecto de Ley Estatal sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", *Revista D'Estudis Autonòmics i Federals*, N° 17 (2013): p. 279-328.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 320.

⁵¹ STC 61/97, de 20 de marzo de 1997; STC 178/2004, de 21 de octubre de 2004.

⁵² Joan Ridaó Martín, "La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica: un estudio comparado", *Revista general de Derecho Constitucional*, N° 19 (2014).

“un régimen más amplio en materia de publicidad” y, por otro lado, se les otorga la posibilidad de adoptar medidas “complementarias y de colaboración” que ayuden a fomentar la transparencia.⁵³

Un ejemplo sería Galicia, donde ya estaba vigente la Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública.⁵⁴ Lo mismo pasaba en Navarra que contaba con la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto.⁵⁵ Otro ejemplo de normativa autonómica, aunque posterior a la entrada en vigor de la LTBG, es la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en Cataluña.

En el caso de la CAPV, cabe mencionar el Estatuto de Autonomía del País Vasco donde se reconoce la competencia para facilitar “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del País Vasco”.⁵⁶ Al amparo de dicha previsión, el Parlamento Vasco aprobó la Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos. Más recientemente, se ha elaborado el Proyecto de Ley de Transparencia y Participación Ciudadana para el cual se ha abierto en su portal la fase de consulta pública previa hasta el 20 de mayo de 2022.⁵⁷ El principal objetivo radica en la necesidad de promover “una gobernanza transparente, participativa, inclusiva y responsable”.

Por último, las administraciones vizcaínas quedan vinculadas a la Norma Foral 1/2016, de 17 de febrero, de Transparencia de Bizkaia que desarrolla la LTBG para las instituciones forales de ese territorio.

3.3.- El régimen jurídico del principio de transparencia

Debido a la iniciativa autonómica se obtiene como resultado un régimen jurídico fraccionado de esta materia. En este trabajo el análisis se va a centrar principalmente en la LTBG, sin entrar a realizar un estudio minucioso de las particularidades de cada ley de fuente autonómica.

⁵³ art. 5.2 y 10, LTBG respectivamente.

⁵⁴ Dicha ley quedó derogada por la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

⁵⁵ Dicha ley quedó derogada por la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁵⁶ el art. 9.2.e), Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

⁵⁷ Disponible en <https://www.irekia.euskadi.eus/mobile/es/debates/1386?stage=discussion>.

3.3.1.- Aspectos generales de la LTBG

La LTBG se estructura en tres títulos: el Título I hace referencia a las dos dimensiones del principio de transparencia,⁵⁸ que se van a analizar con más detenimiento en el siguiente apartado; Título II regula el concepto de buen gobierno; Título III crea el CTBG y regula sus competencias. A pesar de tener un contenido bastante complejo, ya que incluye varios aspectos, su estructura ha sido criticada por algunos juristas. En palabras de Palomares Herrera: “teniendo en cuenta que España es el único Estado que regula conjuntamente en un mismo texto las tres materias que resume en título de la ley, saltan a la vista las críticas emitidas por una parte importante de la comunidad jurista durante la tramitación de la LTBG referente a la necesidad de modificar su estructura, defendiendo la supremacía e importancia de la transparencia y su incompatibilidad normativa o necesidad de diferenciación con el Buen Gobierno a pesar de sus vínculos”.⁵⁹

Respecto a los objetivos de la ley, de manera resumida, estos abarcan varios aspectos: ampliar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa, reconocer y garantizar el acceso a la información, y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento.⁶⁰

En cuanto al ámbito subjetivo, el mismo está recogido en varios artículos. En primer lugar, se identifican los sujetos que quedan vinculados a la LTBG, siendo estos en su mayoría exactamente los mismos que en el caso de la LCSP.⁶¹ No obstante, en materia de transparencia, el legislador va más allá y exige, ese deber de transparencia y “buen gobierno” a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y a los demás altos cargos de la AGE.⁶² De manera adicional, la ley hace referencia a otros sujetos obligados a respetar el deber de transparencia - los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que reciban subvenciones públicas respetando determinados requisitos.⁶³ Especial incidencia tiene el art. 4 que se refiere a la obligación de suministrar la información de los participantes en el proceso de contratación pública, aspecto que se va a estudiar con más detenimiento más adelante.

⁵⁸ Título I, Capítulo II – Publicidad activa y Título I, Capítulo III – Derecho de acceso a la información pública.

⁵⁹ Manuel Palomares Herrera, “Proyecto del Reglamento de Transparencia, Acceso a la información y Buen gobierno en España: estudio general y reflexiones”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Nº 12 (2016): p. 231.

⁶⁰ art. 1, LTBG.

⁶¹ art. 2, LTBG.

⁶² art. 25, LTBG.

⁶³ art. 3, LTBG.

A pesar del amplio ámbito subjetivo que fue recibido positivamente por muchos juristas, cabe destacar que algunos acentúan la ausencia de los órganos constitucionales del Estado como la Casa Real, las Cortes Generales, el TC, el CGPJ, el Banco de España, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas junto con el Consejo de Estado.⁶⁴

3.3.2.- Definición legal del principio de transparencia

Como bien indica la propia estructura de la LTBG, la transparencia está configurada por dos elementos: la publicidad activa y la publicidad pasiva que se manifiesta como el derecho de acceso a la información. Por inercia surge la siguiente cuestión: ¿cómo diferenciar entre estas dos vertientes? Tal y como indica Ruiz-Rico Ruiz: “La línea divisoria parece venir marcada por el sujeto destinatario del mandato de transparencia; mientras en la publicidad activa es la información que se genera y publicita por la propia Administración, en el derecho de acceso la iniciativa corre a cuenta del particular”.⁶⁵ Desde el punto de vista jurídico el primer elemento – publicidad activa – se configura como una obligación que recae sobre los entes administrativos de publicar y actualizar toda la información relativa a su actividad. Además, se determinan las notas características de esa información presentada: debe ser comprensible, de acceso fácil y gratuito, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.⁶⁶ Por otro lado, la LTBG regula el procedimiento para el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información, procedimiento que se inicia con la solicitud del interesado y finaliza con la resolución del órgano administrativo.⁶⁷

Dando un paso más allá, la siguiente cuestión a dilucidar es ¿qué tipo de datos forman parte del contenido material de la obligación de publicidad activa? En primer lugar, se tiene que revelar la información puramente “institucional”, eso es, datos sobre la estructura organizativa, competencias y funciones, organigrama, planes y programas anuales de actividades y medios de ejecución de esos planes.⁶⁸ En segundo lugar, se debe publicar toda la información de relevancia jurídica.⁶⁹ Se trata de un concepto que, al ser indeterminado, abre la puerta a diferentes interpretaciones y aumenta la arbitrariedad de la Administración y, con ello, la inseguridad jurídica. El contenido material estaría

⁶⁴ Palomares Herrera, “Proyecto del Reglamento...”, op. cit., p. 233. También, Concepción Barrero Rodríguez y Emilio Guichot Reina, *El derecho de acceso a la información pública*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020). Los autores destacan en su libro que las actuaciones de los poderes distintos del poder ejecutivo quedan fuera del ámbito de la LTBG, hecho que representa un motivo de críticas por parte de diversas instituciones y ONGs (p. 49).

⁶⁵ Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 50.

⁶⁶ art. 5.5, LTBG.

⁶⁷ Desde el art. 12 hasta el art. 24, LTBG.

⁶⁸ art. 6, LTBG.

⁶⁹ art. 7, LTBG.

constituido por “todos aquellos documentos que pueden tener un contenido netamente jurídico, tales como directrices, instrucciones, circulares (...)”.⁷⁰ Por último, el tercer bloque de datos se refiere a los actos administrativos que tengan incidencia económica o presupuestaria.⁷¹ Está claro que en este artículo se asientan las bases de los instrumentos de lucha contra la corrupción y, como se verá, guarda una estrecha relación con la actividad de contratación pública.

Vista la información que se debe hacer pública, es importante identificar los límites de la publicidad, o si por el contrario, se puede divulgar cualquier dato. Se adelanta que el derecho de acceso a la información pública no tiene un carácter universal, por lo que se prevén unos límites generales en base a los criterios de ponderación y perjuicio respecto de los demás derechos e intereses.⁷² De tal manera que hay límites relacionados con el interés público – como la seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores – además de los límites que protegen la integridad de los procedimientos administrativos y judiciales, incluso la protección del medioambiente.⁷³

No obstante, el foco del análisis se posiciona en el límite de la privacidad que engloba en sí el derecho fundamental al honor y a la intimidad personal⁷⁴, así como la protección de los datos personales. De manera general, se podrá acceder a determinados datos cuando una ley ponderadamente así lo prevea para la salvaguarda de otros bienes superiores – por ejemplo, como en el caso de la LCSP que prevé la publicación de una serie de datos necesarios para garantizar la transparencia del procedimiento de contratación. En los demás casos que no cuenten con una previsión legal, “resulta razonable que solo pueda accederse a los datos íntimos por vía de requerimiento judicial en el seno de un proceso”.⁷⁵

No obstante, no se trata de un límite que se debe aplicar automáticamente, sino que se debe utilizar la técnica de ponderación. A este respecto se pronunció también el CTBG diciendo que: “las excepciones al acceso a la información no pueden aplicarse de forma automática, sino que requieren un estudio caso por caso, y por tanto, una motivación y justificación por parte de la administración para su denegación, que deberá justificar el test de daño, de proporcionalidad y el interés público para ser aplicado”.⁷⁶

⁷⁰ Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 60.

⁷¹ art. 8, LTBG.

⁷² art. 5.3, LTBG.

⁷³ art. 14, LTBG.

⁷⁴ art. 18.4, CE.

⁷⁵ Barrero Rodríguez y Guichot Reina, *El derecho de acceso...*, op.cit., p. 399.

⁷⁶ CTBG, Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015, citado en Miranzo-Díaz, “El principio de transparencia ...”, op cit., p. 291.

3.3.3.- Algunas novedades: creación CTBG

Como garante del principio de transparencia la LTBG introduce una novedad que consiste en la necesidad de un órgano que vele por el efectivo cumplimiento de la transparencia. De tal manera que se crea el CTBG mediante la aprobación del RD 919/2014, de 31 de octubre.

En palabras de Ruiz-Rico Ruiz: “este organismo se erige en el instrumento decisivo para dar credibilidad y asegurar el cumplimiento del catálogo de indicaciones legales sobre información activa, el derecho de acceso a la información pública, y la correcta observancia de las normas sobre buen gobierno”.⁷⁷ El CTBG: “tiene por finalidad promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno”.⁷⁸ Dicha función la ejerce dictando resoluciones en las que se prevén medidas necesarias para asegurar la actuación transparente e, incluso, llevar a cabo actuaciones disciplinarias en caso de ser procedente.⁷⁹ De ahí se deduce que sus resoluciones no se limitan a un contenido meramente declarativo o interpretativo. Sin embargo, se debe recordar que no se trata de un órgano judicial, por lo que sus resoluciones no tienen naturaleza de sentencia y tampoco sirven de título ejecutivo. El CTBG es más bien un órgano alternativo a la vía judicial y también a los recursos administrativos.

En cuanto al ámbito de su actuación, dicho órgano ha recibido bastantes críticas, puesto que focaliza en exclusiva la función de control en la Administración del Estado. También quedan fuera de su alcance la actividad de los partidos políticos. El hecho de quedar fuera de la proyección del régimen sancionatorio que se impone a infracciones previstas en esta norma, viene a devaluar la eficacia real de las obligaciones legales de información activa.⁸⁰

Otro aspecto que ha abierto las puertas a muchos debates es su carácter autónomo e independiente.⁸¹ Ante el asombro de muchos juristas, se determina que dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda⁸², siendo esto, ni más ni menos, una antinomia jurídica entre los preceptos del mismo artículo. Tampoco se puede obviar la politización del Presidente del CTBG, cuya elección tiene lugar en el Congreso por mayoría absoluta,

⁷⁷ Ruiz-Rico Ruiz, “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 61.

⁷⁸ art. 34, LTBG.

⁷⁹ art. 9.2, LTBG.

⁸⁰ Ruiz-Rico Ruiz. “La dimensión constitucional...”, op. cit., p. 62.

⁸¹ art. 33.2, LTBG.

⁸² art. 33.1, LTBG.

a propuesta del Ministerio de Hacienda, siendo esto reprobado por la doctrina académica.⁸³

Por último, es preciso mencionar que el CTBG no es el único órgano que ejerce el control sobre los sujetos vinculados a la ley. Debido a la iniciativa previa de las CCAA, se ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de crear órganos similares a nivel autonómico⁸⁴, como puede ser el ejemplo de la CAPV que cuenta con la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, creada por el Decreto 128/2016, de 13 de septiembre de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública.

3.3.4.- Relación con otras normas del ordenamiento jurídico

La actual ley no está desarrollada por ningún reglamento, aunque sí que contempla esa necesidad.⁸⁵ Hoy en día se ha publicado en el Portal de la Transparencia el Proyecto del Real Decreto de desarrollo de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.⁸⁶

Respecto a las iniciativas legislativas de origen autonómico, la propia LTBG reconoce el hecho de que las CCAA tienen competencia para regular esta materia, aunque con carácter subsidiario y dentro de sus competencias.⁸⁷ La relación entre la LTBG y las leyes autonómicas, sean de creación anterior o posterior, se resume a que el legislador autonómico debe respetar las bases de la LTBG, sin poder fijar un criterio distinto para el derecho de acceso a la información. A este respecto es preciso mencionar que González Ríos cita al TC que se pronuncia sobre el silencio administrativo en un proceso de acceso a la información.⁸⁸ Como la LTBG determina el silencio negativo con carácter general frente a las solicitudes de acceso a la información, el TC afirma que “se produce la inconstitucionalidad mediata de una ley autonómica que establecía el silencio positivo en

⁸³ Varios juristas y catedráticos se han pronunciado al respecto: Severiano Fernández Ramos; Gerardo Ruiz Rico-Ruiz; Lucía Casado Casado; Emilio Guichot Reina.

⁸⁴ Consultar el mapa de los órganos autonómico en la página oficial del CTBG: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/transparencia/transparencia-en-espanya.html.

⁸⁵ La LTBG hace referencia al desarrollo reglamentario en varios preceptos. Por ejemplo, en el art. 9.2 determina que el CTBG “de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar (...)”. Otra previsión de ese desarrollo está contemplada en el art. 10.2: “El Portal de la Transparencia incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente (...)”. Lo mismo sucede en el art. 11 y art. 24. En definitiva, más que una posibilidad, se trata de un necesario desarrollo reglamentario para la precisión jurídica de determinados procedimientos.

⁸⁶ Disponible en: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:328f1e5f-86de-4f59-83f9-fad26b902649/proyecto-reglamento-ley-de-transparencia.pdf>.

⁸⁷ Lo hace precisamente en el art. 12, segundo apartado, reconociendo la posibilidad de aplicar la correspondiente normativa autonómica.

⁸⁸ González Ríos, “La transparencia como...”, op. cit., p. 12.

tal tipo de procedimiento”.⁸⁹ Aunque es un aspecto muy concreto sobre el que se pronuncia el alto tribunal, deja claro cuál es su punto de vista sobre la relación entre la LTBG y las normas autonómicas.

Otro aspecto importante a tener en cuenta son las demás leyes estatales que regulan la actuación de la AP. Tal es el caso de la LPAC que contiene una previsión del derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública; lo hace sin mayor detenimiento, ya que se remite directamente a la LTBG.⁹⁰

Especial trascendencia tiene la DA Primera, LTBG que hace referencia a una cuestión básica, al determinar la aplicación supletoria de esta ley en aquellas materias que cuenten con una normativa específica de acceso a la información. “Del carácter básico de la LTBG, de las interpretaciones que vienen realizando el CTBG y los Consejos autonómicos podemos concluir que las solicitudes de acceso a la información pública se rigen por la LTBG, sin que sea de aplicación prioritaria la legislación de procedimiento administrativo común ni ninguna otra; salvo en el caso de que la materia sobre la que versa la solicitud esté regulada en normativa específica en materia de acceso”.⁹¹

4.- LA TRANSPARENCIA EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1.- La interpretación del principio de transparencia desde la perspectiva de la contratación pública

El derecho administrativo actualmente se caracteriza por un alto nivel de armonización. Según explica Gimeno Feliú: “en el derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea”.⁹²

Ese proceso de armonización del derecho administrativo, si se lleva al ámbito concreto de la contratación pública, tiene una gran importancia y encuentra su razón de

⁸⁹ STC 104/2018, de 1 de noviembre de 2018.

⁹⁰ art. 13.d), LPAC.

⁹¹ González Ríos, “La transparencia como ...”, op. cit., p. 13.

⁹² José María Gimeno Feliú, “Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación”, *Cuadernos de Derecho Local*, Nº 52 (2020): p. 14.

ser en el mercado único que se preserva desde la creación de la propia UE. Como la contratación pública implica una actividad económica, esta tiene una incidencia directa en el desarrollo del mercado. Con la intención de resaltar la relevancia de la unidad de mercado, el legislador comunitario determina que “la adjudicación de contratos públicos (...) ha de respetar los principios del TFUE y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios”.⁹³ Solo después de mencionar esos principios que son los pilares del funcionamiento del libre mercado, pasa a enumerar otros principios como “igualdad de trato, no discriminación” etc. Tomando esa perspectiva, el principio de transparencia en el seno de la contratación pública europea se configura más bien como una garantía para la igualdad de trato, que es clave de bóveda para una competencia sana en una economía de libre mercado. Eso justifica la previsión de que “los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada”.⁹⁴

Ese significado viene reforzado por la doctrina del TJUE. El principio de transparencia, en este contexto, representa “el corolario del principio de igualdad de trato” y “tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate”.⁹⁵

Como no podía ser de otra manera, a nivel nacional se sigue el mismo criterio interpretativo. Según CNMC “el principal instrumento de racionalidad económica para optimizar el empleo del dinero público en los procedimientos de aprovisionamiento es, y debe seguir siendo, la introducción y salvaguarda de la libre competencia”.⁹⁶ Al mismo

⁹³ Considerando 1, Directiva 2014/24/UE.

⁹⁴ art. 18.1, Directiva 2014/24/UE.

⁹⁵ STJUE (Sala Sexta), de 29 de abril de 2004, C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, apartado 111. Se pronuncia en el mismo sentido en la STJUE (Sala Sexta), de 2 de junio de 2016, C-27/15, *Cartiera Dell'Adda* y STJUE (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, C-196/08, *Acoset*.

⁹⁶ CNMC, Departamento de Promoción de la Competencia, *PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia* (2015): p. 4. Según los estudios de CNMC, la ausencia de una competencia sana y equilibrada representa la principal causa de la mala gestión de los fondos públicos que, en media, genera una pérdida o desviación del 25% del presupuesto per contrato.

tiempo que la transparencia se complementa con el deber de publicidad. Todo ello se hace con la finalidad de conseguir el concepto de “*open government*” o de “contratación abierta”.⁹⁷ La necesidad de publicar una gran cantidad de información relativa a los contratos representa un leitmotiv en la LCSP y es un requisito para asegurar el libre acceso a la información, no sólo de los adjudicatarios, sino de cualquier persona que ostente interés legítimo.

Además de lo que establece la LTBG en cuanto a la información que hay que publicar para lograr una actuación administrativa transparente, la LCSP cuenta con sus previsiones específicas en cuanto al contenido material, pero también a las características de los datos publicados. En ese sentido, la JCCPE hace una importante distinción: por un lado está el requisito cuantitativo compuesto por los aspectos concretos que se deben divulgar;⁹⁸ pero, además, no se debe olvidar el requisito cualitativo que va más allá de la publicidad formal, persiguiendo una transparencia efectiva. Ese requisito cualitativo se compone de dos características, y es que los datos publicados deben estar en formatos abiertos y reutilizables.⁹⁹ Para una mejor comprensión del significado práctico de dichas características, la JCCPE las define: “los formatos reutilizables son formatos de datos debidamente estructurados y que pueden ser interpretados por una máquina de forma automática. Si además, el formato es de uso libre y no está sujeto a propiedad o derechos de uso, estaríamos en presencia de un formato abierto”.¹⁰⁰ Sin lugar a duda esas exigencias persiguen un único fin: asegurar, por un lado, la publicación de oficio por parte de las AAPP y, por otro lado, que dicha información sea accesible y comprensible por parte de todos los sujetos interesados. Tan importante es el deber de publicación, que su incumplimiento comporta la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho.¹⁰¹

4.2.- La transparencia junto con los demás principios de la contratación pública¹⁰²

De manera genérica, la LCSP prevé en su preámbulo III, primer párrafo los principios sobre los que se asienta su esqueleto normativo. Entre ellos se encuentran: la

⁹⁷ Sobre estos conceptos véase Instituto del Banco Mundial, *Guía sobre Gobierno Abierto* (2013), elaborada para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*.

⁹⁸ art. 63.3, LCSP.

⁹⁹ Art. 63.1, 2º párrafo, LCSP.

¹⁰⁰ JCCPE, Recomendación de 21 de octubre de 2019, p. 5-6.

¹⁰¹ art. 39.2.c), LCSP.

¹⁰² Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N° 66 (2011): pp. 29-54.

transparencia, la igualdad de trato y no discriminación, la eficiencia en la gestión del gasto público, la proporcionalidad y la integridad.

Se puede afirmar que la contratación pública no plantea un escenario clásico, con igualdad de posiciones y libre voluntad de las partes.¹⁰³ Mediante esa actividad la AP interviene en mayor o menor medida en la economía. Teniendo en cuenta que España opta por desarrollar una economía de libre mercado,¹⁰⁴ eso implica una necesidad de articular la contratación pública con el respeto a la libre competencia, para evitar distorsionarla y pasar al extremo de una economía planificada.¹⁰⁵ Además, desde una perspectiva monetaria la falta de competencia tiene sus desventajas. Tal y como afirma Gimeno Feliú: “sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos”.¹⁰⁶

Pero además del respeto de la libre competencia, el legislador introduce el principio de necesidad e idoneidad del contrato.¹⁰⁷ Como ya se ha indicado, la contratación pública implica el manejo de una importante proporción de fondos públicos. Por lo tanto, además de garantizar que la información llega en pie de igualdad a todos los sujetos interesados, también se debe justificar y motivar la necesidad de formalizar un determinado contrato, así como el procedimiento elegido. Es decir, los contratos públicos deben encontrar sus raíces en las necesidades de la sociedad, siendo ésta la única razón legítima para su celebración. De ahí que la LCSP exige la publicación de una memoria justificativa y motivar el procedimiento elegido.¹⁰⁸ Ese deber de justificación tiene un nexo directo con el deber de rendición de cuentas y la posibilidad de llevar una fiscalización de la actuación administrativa. Consecuentemente, esos deberes se cumplen mediante la publicidad de los actos y de las decisiones adoptadas, por lo que la transparencia formal funciona como garante para los demás principios.

Junto a los demás principios, se encuentra el de la integridad que, según la OCDE, se refiere a que “el uso de los fondos, recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se

¹⁰³ García Ureta, *Temas de ...*, op. cit., p. 432. El autor destaca el hecho de que los contratos públicos recogen en los pliegos todas las condiciones y criterios para la adjudicación. De tal modo que se pueden encontrar similitudes con los contratos de adhesión, donde una de las partes apenas tiene poder de negociación respecto a las cláusulas contractuales; de ahí que no se puede hablar de una plena igualdad entre las partes contratantes.

¹⁰⁴ art. 38, CE.

¹⁰⁵ Mauricio Enrique Fau, *Principales teorías en economía*, (La Bisagra, 2013).

¹⁰⁶ Gimeno Feliú, "El derecho de los contratos públicos en España...", op. cit., p. 116.

¹⁰⁷ art. 28, LCSP.

¹⁰⁸ art. 63.3.a) y 116.4, LCSP.

informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno”.¹⁰⁹

Asimismo, la proporcionalidad de los medios empleados en la contratación guarda una estrecha relación con los principios anteriores. La Carta Magna hace una mención muy importante al respecto: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.¹¹⁰ Se puede decir que está en juego la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera del Estado. Dicho de otra manera, se trata de un principio de carácter instrumental que persigue evitar el despilfarro de los recursos públicos.¹¹¹

En cuanto a la utilización de los recursos públicos, muchos juristas y expertos se detienen en analizar la contratación desde una perspectiva teleológica. Es decir, se plantea la siguiente pregunta: ¿la contratación se define como un mero gasto público necesario o se puede interpretar como una inversión que tendrá como resultado la mejora del bienestar social?¹¹² La respuesta la da Gimeno Feliu: “Tradicionalmente la contratación pública en España se ha caracterizado por una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. Con el nuevo marco normativo europeo y español esa visión ha evolucionado hacia la idea de la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»”.¹¹³

En resumen, atendiendo a las afirmaciones de Rodríguez-Arana Muñoz: “Estos principios son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos (...) de actuar con transparencia”.¹¹⁴ De todo lo anterior se puede deducir que la transparencia representa el fundamento sobre el que descansan los demás principios inspiradores de la contratación pública.

4.3.- Fases de la contratación y la incidencia de la transparencia en cada una de ellas

La contratación pública cuenta con sus particularidades y se realiza siguiendo un procedimiento formalizado. “Este (procedimiento) constituye una garantía básica que

¹⁰⁹ OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*, (2015): p. 6.

¹¹⁰ art. 31.2, CE.

¹¹¹ Sobre el principio de necesidad y proporcionalidad véase CNMC, G-2021-01, *Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva*, 2021.

¹¹² Mercedes Ortiz García y Adriana Bessa, *Política públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021).

¹¹³ José María Gimeno Feliú, "La visión estratégica en la contratación pública en la ley de contratos del sector público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad", *Economía Industrial*, N° 15 (2020): p. 89.

¹¹⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, “Los principios del Derecho...”, op. cit., p. 31.

pretende asegurar la racionalidad de la actuación contratante y servir a finalidades también esenciales (...).¹¹⁵ Invocando de nuevo los principios de eficiencia y estabilidad presupuestaria, la LCSP diseña el procedimiento de contratación en atención a los mismos.

4.3.1.- Consultas preliminares al mercado

Previamente se deben realizar unas consultas al mercado con el objetivo de identificar las necesidades o, dicho de otra manera, la demanda de servicios o productos que nace del interés general.¹¹⁶ Dichas consultas deben realizarse sin falsear la competencia o vulnerar los principios de no discriminación y de transparencia. El principal riesgo en esta fase representa la tentación de iniciar contratos que sean innecesarios o perjudiciales, cuya ejecución resulte posible o que limite indebidamente la competencia. Por lo que la transparencia rige la actuación administrativa incluso antes de la apertura del procedimiento en sentido estricto.¹¹⁷

4.3.2.- Apertura del expediente

Una vez identificados los servicios requeridos por el interés general, se abre un expediente de oficio que va acompañado de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.¹¹⁸ Dicho expediente debe recoger, además, la justificación de la necesidad de apertura del procedimiento, así como otros datos importantes, todo ello con la finalidad de que sea lo más abierto posible.

En esta fase de la contratación cabe mencionar el riesgo o, tal vez, la tentación de fraccionar el objeto del contrato y tratarlo como un contrato menor.¹¹⁹ El empleo de esta modalidad se puede justificar por la necesidad que a veces tienen las entidades administrativas locales para contratar de manera ágil y sencilla.¹²⁰ ¿Y en qué consiste el riesgo? Pues como se ha visto en la práctica esto entraña el uso abusivo de la adjudicación directa. A pesar de las ventajas que implica esta forma de adjudicación – tales como agilidad en la contratación, reducción de costes administrativos, entre otros – la adjudicación directa deja poco margen para una evaluación detenida de las ofertas presentadas. Por consiguiente aumenta el riesgo, porque al faltar la presión compensatoria

¹¹⁵ García Ureta, *Temas de ...*, op. cit., p. 156.

¹¹⁶ art. 115, LCSP.

¹¹⁷ Juan Carlos García Melián, “Las consultas preliminares de mercado un año después”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº Extraordinario (2019): pp. 271-288.

¹¹⁸ art. 116, LCSP.

¹¹⁹ Roberto Carrodegua Méndez, “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, Nº 10 (2018): pp. 56-79.

¹²⁰ Vicente Furió Durán, “Las entidades locales menores y la Ley de Contratos del Sector Público, un año tras su publicación. De dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos con la LCSP”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº Extraordinario (2019): pp. 403-424.

entre los oferente aumenta la probabilidad del quebrantamiento de la libre competencia y, con ello, del principio de transparencia. Se trata de un riesgo tan importante que el legislador comunitario ha destacado este aspecto en la Directiva 2014/24/UE.¹²¹ Por su parte, la LCSP exige un informe motivado que justifique la necesidad del contrato menor y que, efectivamente, no se ha producido un fraccionamiento artificial del objeto contractual para recurrir a esta modalidad.¹²²

Sobre el uso abusivo de los contratos menores se ha pronunciado también el TJUE en un caso en el que la Comisión Europea reducía la financiación de determinadas obras hidráulicas contratadas en España (Junta de Andalucía), concretamente por no respetar el principio de transparencia y por dividir de manera artificial y no argumentada el objeto del contrato, con la intención de excluirlos de la aplicación directa de las Directivas de la cuarta generación.¹²³ Además, el TJUE determina un importante criterio para la calificación del uso del contrato menor como ilícito; y es que no es necesario que se demuestre la concurrencia de un ánimo fraudulento, sino que basta con la acción objetiva de fraccionamiento injustificado del objeto contractual. En palabras del Tribunal: “basta señalar que la constatación de que se ha fraccionado un contrato contraviniendo la normativa de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos no presupone la demostración de una intención subjetiva de eludir la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha normativa (...). Cuando, (...), tal constatación ha quedado probada, carece de relevancia que la infracción resulte o no de la voluntad del Estado miembro al que le sea imputable (...)”.¹²⁴

En definitiva, la agilidad en la contratación no puede servir como excusa para eludir el principio de transparencia y de buena administración.¹²⁵ A pesar de ello, en la práctica la AP siempre está inmersa en el eterno debate entre la transparencia con sus complejos trámites y la agilidad necesaria para una contratación eficiente.¹²⁶ Con lo cual, la realidad exige encontrar un equilibrio entre esos dos extremos.

¹²¹ art. 18, segundo apartado, Directiva 2014/24/UE: “La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia”.

¹²² art. 118.2, LCSP.

¹²³ Aymerich Cano, “Corrupción y contratación pública...”, op. cit., p. 218-219.

¹²⁴ STJUE (Sala Primera), de 29 de mayo de 2013, T-384/10, *Reino de España v. Comisión Europea*, párrafo 95.

¹²⁵ José María Gimeno Feliú, “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, Nº 7 (2017): p. 60.

¹²⁶ Teresa Medina Arnaiz, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, Nº 7382 (2010): p. 219; Fernando Garrido Falla, “Las administraciones públicas y la burocracia ante el siglo XXI”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 77 (2000): pp. 579-602.

4.3.3.- Pliegos

Pasando a los pliegos que acompañan el expediente, estos tienen una gran importancia al marcar los criterios tanto para el acceso de los potenciales adjudicatarios, como para la decisión de adjudicación por parte del órgano de contratación. Por lo tanto, el hecho de cómo se redactan y qué tipo de requisitos se incluyen, puede frustrar la competencia en mayor o menor medida.¹²⁷ Antes de entrar a analizar las peculiaridades de dichos pliegos, es preciso establecer su naturaleza jurídica. Aunque generalmente se suele referir a ellos como la “ley del contrato”, realmente no tienen naturaleza normativa.¹²⁸ Este término, que puede inducir a confusión, hace referencia al papel primordial que juegan los pliegos en el desarrollo posterior del procedimiento de contratación.¹²⁹

Sin entrar a analizar la tipología de los pliegos, conviene recordar que estos nacen de la discrecionalidad del órgano de contratación. Por lo tanto, deben reunir determinadas características. En cuanto a los requisitos formales, los pliegos se deben redactar de manera clara, legible y accesible para cualquier interesado, siendo absolutamente imprescindible su publicación en el Perfil Contratante.¹³⁰ La exactitud de los pliegos es indispensable, para luego facilitar la ponderación de los criterios y asegurar que la adjudicación se hace en base a criterios objetivos.¹³¹ De ahí que los pliegos deben guardar una estrecha relación con el objeto del contrato, sin desviarse y generar lagunas interpretativas.¹³² Por otro lado, su espíritu debe estar orientado a un trato igualitario que permita una competencia sana en el marco del procedimiento.¹³³ En relación a este aspecto se pronuncia el TS: “Sobre este punto, es de tener en cuenta que el procedimiento de selección de contratistas ha de estar orientado en la legislación para garantizar un trato igual a todos los que siendo capaces y no estando incurso en causas de prohibición, aspiren a ser contratistas, puesto que los principios y procedimientos de contratación han de suscitar la libre competencia, basada en el presupuesto de la publicidad, lo que

¹²⁷ Gimeno Feliú, “Medidas de prevención de corrupción...”, op. cit., p. 45-67. A este respecto el autor introduce el concepto de “*soft-corruption*”. Un ejemplo práctico sería la configuración de los requisitos y criterios de los pliegos de tal manera que el acceso sea muy difícil y que favorezca sólo a una determinada empresa.

¹²⁸ Esto es importante porque a la hora de determinar su régimen de impugnación, no se pueden utilizar los instrumentos previstos en la LJCA como si de una norma jurídica se tratara. Contra los pliegos se debe interponer el recurso en base a lo previsto en el art. 44, LCSP.

¹²⁹ STS 6570/1997 (Sala de lo Contencioso), de 4 de noviembre de 1997, rec. 1298/1992, fdo. jdco. 2º.

¹³⁰ art. 138.1, LCSP.

¹³¹ Sobre la inclusión de criterios de selección imprecisos se pronuncia la STJUE (Sala Quinta), de 25 de febrero de 2003, T-4/01, *Renco SpA v. Consejo de la Unión Europea*.

¹³² STJUE (Sala Tercera), de 27 de octubre de 2005, C-234/03, *Contse, Vivisol y Oxigen Salud v. INGESA*.

¹³³ art. 126.1, LCSP. En este sentido, el legislador nacional se ha limitado a transponer literalmente el art. 42.2, Directiva 2014/24/UE.

constituye la máxima garantía para los intereses públicos”.¹³⁴ Para resaltar la magnitud del falseamiento de la competencia que emana de la forma de redactar los pliegos, el legislador lo califica como causa de anulabilidad del procedimiento de contratación.¹³⁵

Además, no se debe olvidar que tanto la Directiva 2014/24/UE como LCSP hacen referencia a la importancia de ofrecer, en pie de igualdad, la posibilidad de contratar con las PYMES que son unos sujetos a menudo excluidos de estos procedimientos.¹³⁶ Concretamente, la Directiva prevé que “la imposición de unos requisitos de capacidad económica y financiera demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYMES en la contratación pública”.¹³⁷ Además, la AP debe incluir en dichos pliegos aspectos que fomenten “la protección medioambiental, la prohibición del trabajo infantil, los postulados del comercio justo, la lucha contra la discriminación, la promoción del empleo y un sinnúmero de especificaciones que en cada momento materializan las exigencias nada menos que del Estado social y democrático de Derecho”.¹³⁸ Todo ello en atención a esa concepción estratégica de la contratación, explicada anteriormente.¹³⁹

Por poner un ejemplo de un caso en el que los pliegos resultaron discriminatorios respecto de determinados agentes económicos, el TARC de Castilla y León estimó el recurso interpuesto por la Asociación General de Empresas de Publicidad contra los pliegos redactados para la contratación de la compra de espacios en medios de comunicación. En esos pliegos el órgano de contratación exigía que los adjudicatarios ostentaran la condición de empresas propietarias de medios de comunicación. Dicha exigencia excluía la posibilidad de acceder al procedimiento para aquellas empresas que tenían condición de agencias de publicidad.¹⁴⁰

Volviendo a las fases del procedimiento, en la siguiente etapa el órgano de contratación dicta una resolución motivada y, en ese momento, se abre la fase de adjudicación. En la misma resolución se aprueba el gasto.

¹³⁴ STS 6548/2000 (Sala de lo Contencioso), 19 de septiembre de 2000, rec. 632/1993, fdto. jdco. 4º.

¹³⁵ art. 40, párrafo segundo, letra b), LCSP.

¹³⁶ Beatriz Vázquez Fernández, “La contratación pública al servicio de las pequeñas y medianas empresas”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 229-246.

¹³⁷ Considerando 83, Directiva 2014/24/UE.

¹³⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “La Directiva Europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción”, *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, Vol. 8, N° 1 (2017): p. 39.

¹³⁹ Véase apartado 4.2. *La transparencia junto con los demás principios de la contratación pública*.

¹⁴⁰ TARC de Castilla y León, Resolución 1/2020, de 9 de enero de 2020, rec. 190/2019.

4.3.4.- Adjudicación

Esta fase implica la selección de la oferta que mejor pueda satisfacer el interés general. Una vez publicado el anuncio de licitación y determinados los plazos para la presentación de las ofertas, todos los interesados pueden presentar las propuestas acompañadas de la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos recogidos en los pliegos. En este caso otra amenaza a la competencia y transparencia son las ofertas anormalmente bajas.¹⁴¹ Como se ha ido viendo en la práctica, muchas empresas diseñaban una oferta a un precio muy reducido, intentando desplazar a sus competidores en cuanto al coste del contrato. Para evitar esas prácticas abusivas, la LCSP establece un procedimiento que se debe seguir para llegar a la conclusión de que efectivamente esa oferta debe excluirse por no entorpecer la participación de otros licitadores.¹⁴² A modo de resumen, cuando se aprecie el riesgo de una oferta anormalmente baja que perjudique a los demás participantes en el procedimiento, el órgano de contratación debe solicitar una justificación detallada de su oferta, y solo después de analizar la estructura de los costes podrá decidir su anormalidad y excluirla. Todo ello es necesario para evitar la admisión o exclusión de determinadas empresas de forma sesgada.¹⁴³

A modo de ejemplo, el TACRC se pronuncia sobre un caso en el que el Ministerio de Hacienda y Función Pública convocó una licitación, siguiendo el procedimiento ordinario, para la adjudicación de un contrato de “Servicios de mantenimiento informático con destino a la Intervención General de la Administración del Estado”. En el marco de dicho procedimiento, tramitado en el expediente 20/2019, la junta de contratación decide excluir a uno de los licitadores – COS Mantenimientos S.A. – por presentar una oferta que, según los criterios de los pliegos del contrato, se califica como anormalmente baja.¹⁴⁴ Otro caso similar, en la licitación de la contratación del servicio de generación y mantenimiento de contenidos formativos virtualizados publicado por Activa Mutua 2008, la entidad contratante excluye el 18 de julio de 2019 a la mercantil Grupo Open Plus Mind S.L. La empresa intenta justificar que algunos de sus precios unitarios estaban más rebajados, pero que éstos quedarían compensados con el precio de otros productos y que por esa razón el precio medio agregado no se puede calificar como temerario. No obstante, el criterio para la valoración de las ofertas era el precio unitario de cada producto y no el precio de la oferta global, lo cual estaba previsto expresamente

¹⁴¹ María Antonia Narváez Jusado, “La apreciación del carácter desproporcionado o anormal de la oferta en la contratación pública española”, *Anuario Aragonés del Gobierno local*, (2013): pp. 421-438.

¹⁴² art. 149, LCSP. Para un mejor entendimiento de cómo se debe llevar a cabo la identificación de ofertas anormalmente bajas, véase JCCPE, Expedientes 113/2018 y 119/2018, de 21 de octubre de 2019.

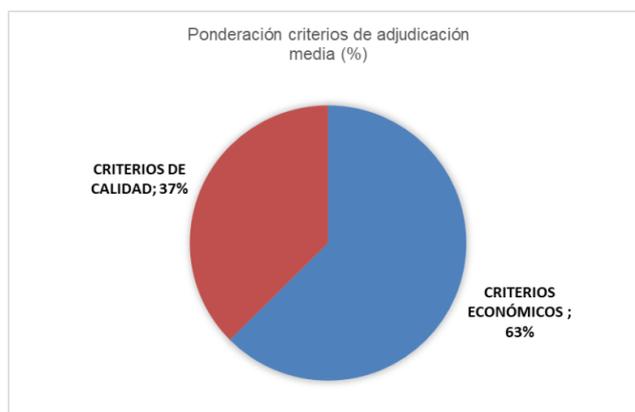
¹⁴³ Lara Baena García, “La gestión de riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la contratación pública”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, N° 28 (2019): p. 100.

¹⁴⁴ TACRC, Resolución 789/2020, de 10 de julio de 2020, rec. 550/2020.

en los pliegos. Por todo ello, el TACRC acaba dando la razón al órgano de contratación, manteniendo su clasificación de la oferta como anormalmente baja.¹⁴⁵

Donde mayor incidencia tiene el principio de transparencia es en la fase de clasificación y decisión de adjudicación del contrato. Desde este punto de vista, el principal riesgo en esta fase tiene sus orígenes en no detectar los posibles conflictos de interés, no evitar prácticas anticompetitivas o, por el contrario, fomentarlas.

Con el objetivo de tomar una decisión que asegure un servicio o producto de calidad es necesario que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación.¹⁴⁶ Dentro de esos criterios, es preferible que se dé mayor importancia a los que tienen naturaleza cualitativa,¹⁴⁷ puesto que ya se abandona la visión de elegir la oferta más económicamente rentable, tomándose como base la búsqueda de la mejor relación calidad-precio.¹⁴⁸ “La verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica, mientras que la adjudicación del contrato se fundamenta en una pluralidad de criterios en función de la «mejor relación calidad-precio»”.¹⁴⁹ La distinción que se acaba de mencionar es muy importante, ya que a menudo se interpreta como si de lo mismo se tratara. De hecho, en el informe de OIRESCON¹⁵⁰ se constata que, en efecto, los poderes adjudicadores suelen dar preferencia a los criterios económicos en la adjudicación:



Fuente: OIRESCON. *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, (2020): p. 202

¹⁴⁵ TACRC, Resolución 1092/2019, de 30 de septiembre de 2019, rec. 989/2019.

¹⁴⁶ art. 145.1, LCSP.

¹⁴⁷ art. 146.2, LCSP.

¹⁴⁸ María Rosario Delgado Fernández, “La necesidad de la planificación de la contratación como garantía de transparencia del uso estratégico de la contratación pública y del uso adecuado de los procedimientos de contratación”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 545 – 567. La autora destaca que la LCSP, deja ver el abandono del concepto economicista que había sido prevalente durante la crisis económica en favor del concepto de mejor calidad-precio, y el propio concepto de calidad se ve ampliado incluyéndose en el mismo aspectos relativos a las adecuadas condiciones laborales y medioambientales e incluso de innovación.

¹⁴⁹ García Ureta, *Temas de ...*, op. cit., p. 162.

¹⁵⁰ OIRESCON, *Informe anual...*, op.cit.

En la práctica no es nada sencillo seguir unas pautas concretas a la hora de emplear la técnica de ponderación de los criterios de adjudicación. Esa dificultad se deriva de una doble finalidad: por un lado, adjudicar el contrato respetando los principios de transparencia e igualdad, valorando objetivamente a todos los licitadores y sin discriminar a nadie; por otro lado, conseguir elegir la mejor oferta, cumpliendo con el principio de eficiencia y de estabilidad presupuestaria. La ponderación entre la calidad y el coste consiste en que los criterios cualitativos tendrán que estar respaldados o acompañados por otro criterio económico – el precio o la rentabilidad. Además, de todas las características cualitativas es necesario otorgar mayor peso a aquellas que se puedan medir de alguna manera (estimaciones, porcentajes, valores atribuidos), para conseguir una decisión objetiva.¹⁵¹

Cumplimentada la tarea de ponderación, el órgano de contratación procederá a clasificar las ofertas en orden decreciente.¹⁵² Esto también es importante a la hora de ofrecer una decisión transparente y motivada, ya que como señala el TJUE no es suficiente con declarar el sujeto adjudicatario.¹⁵³ De igual manera se debe publicar el listado con la valoración de todos los candidatos para que éstos, a su vez, conozcan su puntuación, la justificación de su valoración y para que puedan defenderse ante esa resolución.¹⁵⁴ Estas reglas comunes se aplican prácticamente a todos los procedimientos de contratación que se prevén en la LCSP.

4.3.5.- Ejecución

El adjudicatario debe ejecutar el contrato en los términos previstos, pudiendo ejercer el órgano adjudicador la potestad inspectora para asegurar el cumplimiento efectivo del contrato. No obstante, se advierte que “en cualquier caso, las potestades administrativas en la fase de ejecución no pueden convertirse en cargas desmesuradas para el particular, ni mucho menos ejercitarse con exceso o desviación de poder”.¹⁵⁵ En cualquier caso, tal y como indica Baena García, la potestad inspectora se debe llevar a cabo de manera proporcionada, para detectar los incumplimientos en la ejecución de la prestación o incluso de las condiciones relativas a la subcontratación.¹⁵⁶

¹⁵¹ José Miguel Carbonero Gallardo, “El test de los criterios de adjudicación”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 621-642.

¹⁵² art. 150, LCSP.

¹⁵³ STJUE (Sala Décima), de 14 de octubre de 2020, C-447/19P, *SA Close y Cegelec v. Parlamento Europeo*, en la que se pronuncia sobre el alcance de la obligación del poder adjudicador de informar al licitador que no haya obtenido el contrato, haciendo especial incidencia en la motivación.

¹⁵⁴ art. 151.2, LCSP.

¹⁵⁵ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): p. 49.

¹⁵⁶ Baena García. “La gestión de riesgos...”, op. cit., p. 101.

Cabe señalar que a veces, sobre todo en los contratos de concesión, la duración es muy larga, por lo que las circunstancias en las que se formaliza el contrato pueden cambiar. Si lo que se busca es ofrecer un servicio eficiente, la AP debe contar con la posibilidad de ajustar los términos contractuales en tiempo real. Ese *ius variandi*,¹⁵⁷ que encuentra su razón de ser en el interés público y la duración del contrato, puede representar una tentación de alterar las condiciones de tal manera que se consiga el beneficio para alguna de las partes contratantes. De ahí que el legislador otorga ese *ius variandi*, pero, al mismo tiempo, lo sujeta a un listado taxativo de supuestos en los que procede.¹⁵⁸ “En este sentido, el TJUE ha afirmado que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación cuando prestan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. La modificación de un contrato puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”.¹⁵⁹

A modo de conclusión, alterar la condiciones una vez adjudicado el contrato implica directamente la modificación de las condiciones de admisión de los licitadores, distorsionando la competencia y denotando una actuación opaca por parte del órgano de contratación. En el intento de evitar el uso abusivo del *ius variandi*, la LCSP califica como supuesto de anulabilidad del procedimiento de contratación, el hecho de incumplir con los requisitos para la modificación del contrato.¹⁶⁰

Para finalizar, reflexionando sobre la importancia del principio de transparencia, no cabe duda de que está presente a lo largo de todas y cada una de las fases del procedimiento de contratación pública. Citando a González Ríos: “Las concretas exigencias que impone la LCSP sirven para reducir la discrecionalidad, dificultan la

¹⁵⁷ art. 190, párrafo primero y art. 203, LCSP. Sobre la potestad de modificar el contrato véase Kevin Arney Albán Guato, *Derecho Administrativo y el IUS Variandi en contratación pública*, (Corporación de Estudios y Publicaciones 2020).

¹⁵⁸ art. 203.2, LCPS. A pesar del listado previsto en la LCSP, según los datos del 2014 del Eurobarómetro de la Comisión Europea *Businesses attitudes towards corruption in EU*, España es el país con la mayor percepción de que la modificación de los contratos públicos es muy extendida (un 69% de las empresas licitadoras), siendo la media europea de un 44%. Véase Elisenda Malaret García, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 15 (2016): pp. 21-60.

¹⁵⁹ García Ureta, *Temas de ...*, op. cit., p. 174. A este respecto, véase STJUE (Sala Tercera), de 19 de junio de 2008, C-454/06, *Nachrichtenagentur* y STJUE (Gran Sala), de 13 de abril de 2010, C-91/08, *Wall AG*.

¹⁶⁰ art. 40, párrafo segundo, letra a), LCSP.

desviación de poder y, a la postre, la arbitrariedad y la corrupción en la contratación pública como ha apreciado un destacado sector doctrinal”.¹⁶¹

4.4.- La transparencia al margen de la distorsión de la competencia en el mercado¹⁶²

Como ya se adelantaba, el derecho de acceso a la información pública encuentra un límite en el honor y en la intimidad personal que es un derecho fundamental de cada persona. Aunque las personas jurídicas no tienen *per se* derecho al honor o a la intimidad, los límites previstos se pueden aplicar por analogía a aquellos que participen en un procedimiento de contratación pública.

De igual manera que la opacidad en la contratación puede limitar o discriminar a las empresas, la excesiva publicación de determinados datos puede perjudicar a los participantes, generando un desajuste en la competencia del mercado. En palabras de Schmidt-Assman: “Desde un punto de vista crítico, es necesario preguntarse si esa mayor información sirve realmente para mejorar el procedimiento o más bien para bloquearlo”.¹⁶³ Por tanto, el alcance del principio de transparencia se tiene que ponderar con el límite impuesto por la confidencialidad de los datos, basado en la salvaguardia del interés público y del interés de la competencia.¹⁶⁴

En cuanto a las previsiones normativas al respecto, la LCSP indica que los órganos adjudicadores pueden divulgar cualquier dato de su actuación, es decir, las decisiones adoptadas, criterios aplicados, actos emitidos, etc.¹⁶⁵ No obstante, no se aplica la misma regla respecto a los adjudicatarios. La publicidad de la información encuentra su límite en aquellos datos que los operadores económicos califican como confidenciales, por ejemplo, se trataría de los secretos técnicos o comerciales, así como otros aspectos que los propios adjudicatarios los incluya en esta categoría.¹⁶⁶ Sobre este aspecto se ha pronunciado la jurisprudencia europea, estableciendo que “los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinadas informaciones sobre la adjudicación de los contratos (...) cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley o ser contraria al interés público, o perjudicar los intereses comerciales legítimos de

¹⁶¹ González Ríos, “La transparencia como ...”, op. cit., p. 16.

¹⁶² Johannes San Miguel-Giralt, “Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo”, *Vniversitas*, Vol. 35, (2017): pp. 277-420.

¹⁶³ Eberhard Schmidt-Assmann, Antonio López Pina y Mariano Bacigalupo, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons 2003): p. 337.

¹⁶⁴ Aymerich Cano, “Corrupción y contratación pública...”, op. cit., p. 216.

¹⁶⁵ art. 63.2, LCSP.

¹⁶⁶ art. 113.1, LCSP y art. 21, Directiva 2014/24/UE. Sobre la confidencialidad de los datos véase Roberto Mayor Gómez, “La protección de datos personales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público”. *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): 673-688.

determinadas empresas públicas o privadas, o perjudicar la competencia leal entre proveedores”.¹⁶⁷ Asimismo, el TJUE afirma que “es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores”.¹⁶⁸

Por otro lado, se advierte que la confidencialidad no puede abarcar la totalidad de los datos, impidiendo su publicación.¹⁶⁹ Se trata exclusivamente de la información que tenga importancia estratégica para el desarrollo de la actividad económica. El TACRC define concretamente el concepto de secretos técnicos o comerciales, siendo éstos el “conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesario para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”.¹⁷⁰

En base a esta definición general hay que realizar una ponderación y un análisis individualizado en cada caso de lo que entra bajo el paraguas del concepto de información confidencial. Antes de publicar los datos se deben tener presentes tres preguntas: ¿A quién está destinada la información? ¿Por qué el receptor puede considerarla una información de interés? ¿Para qué, o cómo, podría usar ese destinatario la información?¹⁷¹ Al fin y al cabo, lo que se debe valorar es la posibilidad de alterar la competencia y el riesgo que se deriva de la divulgación de los datos. Cuando se trata de información esencial que se incluye dentro del contenido mínimo exigido por ley, la publicación queda justificada por la transparencia necesaria para el procedimiento. Por el contrario, cuando la utilidad de la información no es tan evidente, el principio de competencia deberá aplicarse con prioridad.

Según afirma Miranzo Díaz: “De esta forma, para toda información cuya publicación no es exigida por ley, el principio de integridad y el de proporcionalidad deben servir de

¹⁶⁷ STJUE (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008, C-450/06, *Varec SA y État belge*, párrafo 6.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

¹⁶⁹ art. 133.1, párrafo segundo, LCSP.

¹⁷⁰ TACRC, Resolución 196/2016, de 11 de marzo de 2016, rec. 114/2016, p. 6.

¹⁷¹ Miranzo Díaz, “El principio...”, op. cit., p. 285.

referentes interpretativos para dictaminar la procedencia o no del acceso a una información determinada”.¹⁷²

5.- LA SOMBRA DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

5.1.- Estudio de la corrupción como amenaza a la buena administración

5.1.1. Definición del fenómeno de la corrupción

La corrupción, en un sentido amplio, tiene varias facetas: política, administrativa, judicial, a nivel empresarial, incluso moral. En este trabajo se toma la perspectiva de la corrupción administrativa en el seno de la contratación pública. Según Medina Arnáiz: “La reiteración de escándalos relacionados con la adjudicación de contratos públicos pone de manifiesto que ésta es una de las áreas más fértiles para la proliferación de prácticas corruptas, puesto que pocas actividades económicas crean mayores tentaciones y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público”.¹⁷³

Según numerosos estudios de la ONU, se trata de un problema a nivel mundial que genera una pérdida de 2,6 billones de dólares, lo cual equivale a un 5% del PIB mundial.¹⁷⁴ La comunidad europea también manifiesta su preocupación por éste fenómeno que cada vez deja más grietas en la faceta del principio de eficiencia y buena administración: “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción, y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la UE”.¹⁷⁵

Sin lugar a duda, se trata de un problema cuya magnitud genera a su vez grandes pérdidas, tanto monetarias, como en términos democráticos. Pero antes de analizar su

¹⁷² Miranzo Díaz, "El principio...", op. cit., p. 286.

¹⁷³ Teresa Medina Arnáiz, “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, Vol. 104 (2016): p. 77.

¹⁷⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Noticias ONU: Derecho y prevención del delito*, (2018). Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/09/1441292>. A este respecto, la ONU elaboró en 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, la cual está ratificada por un total de 187 Estados. La Convención es fruto de la labor de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

¹⁷⁵ Parlamento Europeo, Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, apartado 27. Asimismo, véase Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

impacto, es preciso definir este concepto y contextualizarlo en el marco de la contratación pública.

Son muchas las definiciones que ofrecen los autores para este fenómeno y cada una de ellas hace incidencia en un aspecto concreto. Por ejemplo, Betancor entiende este concepto como una práctica que consiste en utilizar los medios y privilegios de la función pública para el provecho personal, bien sea económico, bien sea de otra naturaleza.¹⁷⁶ Quizá una definición más desarrollada se puede extraer de Leal-Hernández: “La corrupción administrativa, está relacionada con la desviación del cumplimiento de las exigencias legales del cargo hacia el beneficio propio del funcionario respectivo, cuyo deber es obrar de acuerdo con dichos cánones teniendo como objetivo la satisfacción de los intereses generales, porque maneja recursos públicos y no puede apropiárselos”.¹⁷⁷ Sin presentar una recopilación exhaustiva de las definiciones que existen, en el desarrollo de la presente investigación se han identificado unos elementos comunes a todas ellas. Y es que la corrupción implica por un lado el abuso de poder para la persecución de un beneficio personal, en detrimento del interés general y, por otro lado, la desviación de los principios generales del Estado de Derecho.¹⁷⁸

En términos de competencia, se entiende que la potestad para determinar el régimen jurídico corresponde a los mismos órganos que en el caso de la contratación pública.¹⁷⁹ El legislador comunitario se pronuncia sobre la corrupción en la Directiva 2014/24/UE y, el legislador nacional lo transpone literalmente en la LCSP, estableciendo un nexo directo entre la corrupción y el concepto de conflicto de intereses. ¿Y en qué consiste ese nexo? Pues como bien se ha mencionado, la corrupción siempre implica el ánimo de obtener un beneficio individual, anteponiendo el interés personal frente al interés general que es el pilar de la actuación administrativa. De ahí el conflicto de intereses no es más que la otra cara de la moneda o, si se quiere, un presupuesto de la corrupción.

La definición de “conflicto de intereses” se puede calificar como poco concreta. Ello se debe a la intención de abarcar todos los posibles riesgos que puedan fomentar las prácticas corruptas. Por tanto, se hace referencia a “cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, (...), tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación”.¹⁸⁰ De la

¹⁷⁶ Andrés Betancor Rodríguez, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, (Pamplona: Civitas, 2017).

¹⁷⁷ Abelardo Leal-Hernández, “Corrupción administrativa en la contratación pública”, *Criterio Libre Jurídico*, Vol. 13, Nº 2 (2016): p.98.

¹⁷⁸ Manuel Villoria Mendieta y Fernando Jiménez Sánchez, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Nº 138 (2012): p. 114.

¹⁷⁹ Véase apartado 2.2.2. *Reparto competencial: desde la armonización a nivel europeo hasta el ámbito nacional*.

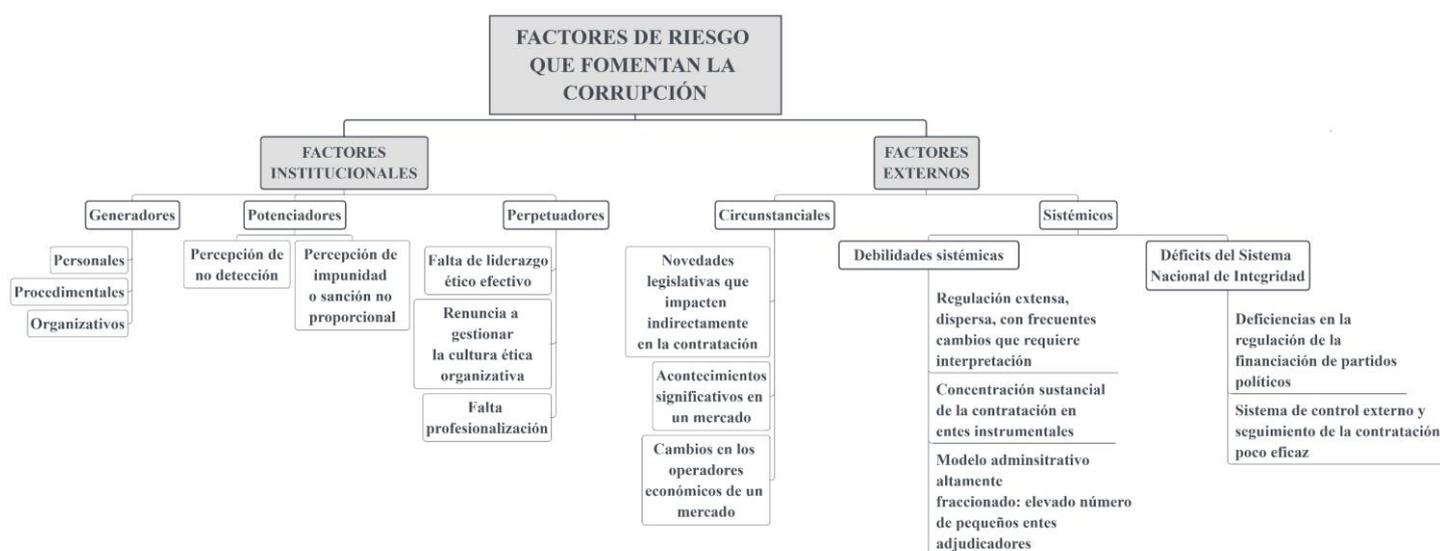
¹⁸⁰ art. 24, Directiva 2014/24/UE y art. 64.2, LCSP.

literalidad de este precepto se deduce el designio de anticiparse y prevenir que esas situaciones ocurran, al emplear términos como: “indirectamente” o “pudiera parecer”. Aunque es cierto que el uso de esos vocablos deja un amplio margen de interpretación.¹⁸¹

5.1.2. - Causas y rasgos de la corrupción

Además de la tentación genérica de aprovecharse en beneficio propio de los grandes recursos que se vierten en la contratación pública, existen una serie de causas particulares que sirven como caldo de cultivo para la corrupción.

En la siguiente figura se representan esos factores de riesgo clasificados en institucionales y externos:



Fuente: Elaboración propia a partir de Baena García

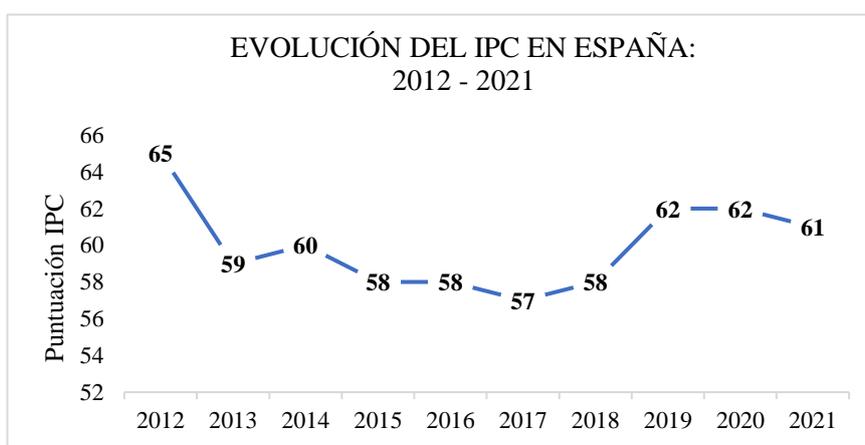
Destacando algunos de ellos, cabe hacer hincapié en la importancia de la percepción de los funcionarios de impunidad o de sanción no proporcional. Este factor sirve también como indicio sobre la calidad de la administración de justicia y de la labor de fiscalización y de control efectivo. Como consecuencia, en la práctica se generan precedentes de impunidad, abriendo la puerta a nuevas oportunidades para la proliferación de la corrupción.

Otro factor importante, aunque de naturaleza ética, es la cultura organizativa deficiente y la falta de la promoción de los valores y principios explicados: transparencia, rendición de cuentas, eficiencia, etc. La conducta de los propios funcionario y su conciencia acerca del riesgo que entraña la corrupción tiene una importante trascendencia en la proliferación de este fenómeno.

¹⁸¹ Baena García, “La gestión de riesgos...”, op. cit., p. 104.

Por último, pero no por su importancia, los factores de mayor riesgo son los sistémicos, ya que son los más difíciles de evitar. Como bien indica su nombre, éstos derivan de la confluencia de varios elementos e instituciones: desde el poder legislativo que elabora las normas, hasta el modelo institucional del Estado que se caracteriza por ser altamente fraccionado. Como resultado se obtiene una sobrerregulación y un excesivo número de normas diseñadas que generan duplicidades y lagunas interpretativas.¹⁸²

En cuanto a los rasgos de este fenómeno en España, se debe hacer una breve mención de la evolución que ha tenido el nivel de corrupción en España que se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Transparency International

La organización *Transparency International* elabora anualmente un informe sobre el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)¹⁸³, el cual sirve como un criterio para evaluar la situación general del país en cuanto a su nivel de transparencia, respeto a los derechos humanos y la eficiencia de las instituciones del Estado. Los valores del IPC se interpretan de la siguiente manera: cuanto más alto es su valor, más alto es el nivel de transparencia; y, por el contrario, cuando tiene un valor muy bajo, apunta hacia un alto nivel de corrupción. España, en los últimos 10 años, está por encima de la media – 50 puntos – aunque tampoco cuenta con una puntuación muy elevada, presentando sus peores resultados entre los años 2015 y 2018. Además, según el estudio del CIS de abril de 2022 sobre el ranking de los problemas, los españoles sitúan la corrupción y el fraude en la undécima posición, siendo las principales preocupaciones: la crisis económica, el paro y la sanidad.¹⁸⁴

¹⁸² Rodríguez-Arana Muñoz, "La Directiva Europea...", op. cit., p. 27.

¹⁸³ *Transparency International*, *Índice de percepción de la corrupción*, (2021).

¹⁸⁴ Centro de Investigaciones Sociológicas, *Barómetro de Abril 2022*, Estudio N° 3359 (2022).

Vista su percepción en la sociedad, una de las principales características de la corrupción en España es que, a diferencia de otros países, se trata de un fenómeno intensivo en ciertos sectores, en vez de un problema expansivo que afecta a la totalidad de las instituciones.¹⁸⁵ Unos de los sectores donde la corrupción tiene especial incidencia es en la planificación y contratación urbanística, afectando sobre todo a los entes administrativos locales y autonómicos, seguida de la contratación pública local.¹⁸⁶

5.2.- Consecuencias prácticas de la corrupción

Más allá de las pérdidas en términos monetarios, *Transparency International* acentúa que “la corrupción socava la capacidad de los gobiernos de garantizar los derechos humanos de la ciudadanía, ya que afecta a la provisión de servicios públicos, el desempeño del poder judicial y la seguridad de la población”.¹⁸⁷

Los impactos negativos de la corrupción en la contratación pública se manifiestan a distintos niveles: jurídico, institucional, económico y social. Con el objetivo de ofrecer una representación visual de las consecuencias en sus diferentes dimensiones, se presenta la siguiente tabla:

Consecuencias jurídicas e institucionales	<ul style="list-style-type: none"> - Deterioro del Estado de Derecho y de la democracia en sí; - Pérdida de la fiabilidad de las instituciones del Estado y el deterioro de su imagen; - Ineficacia y opacidad de la AP; - Vulneración de los derechos: derecho a la libre empresa, derecho de acceso a la información, derecho a una buena administración, etc.;
Consecuencias sociales	<ul style="list-style-type: none"> - Recortes en las políticas públicas características del Estado Social – educación, sanidad, servicios sociales, entre otros; - Empeoramiento de la calidad de los servicios que se siguen ofreciendo;
Consecuencias económicas	<ul style="list-style-type: none"> - Alto porcentaje del PIB que se pierde; - Distorsión de la libre competencia en el mercado; - Aumento del factor riesgo para la inversión; - Estancamiento del desarrollo económico.

Fuente: Elaboración propia a partir de Gimeno Feliú

¹⁸⁵ Manuel Villoria Mendieta., «Principales rasgos y características de la corrupción en España» en *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, (Barcelona: Atelier, 2016): pp.47-56. Manuel Villoria Mendieta, “La corrupción en España y en el mundo: estudio comparativo”, *Temas para el debate: la reforma de la Administración Pública*, N° 261-262 (2016): pp. 19-22.

¹⁸⁶ Villoria Mendieta y Jiménez Sánchez, “La corrupción en España...”, op. cit., p. 115. Los autores indican que en los años 2009 y 2010, según los encuestados, el porcentaje de sobornos en el área urbanísticas y de permisos de construcción suben hasta el 3-6 %; Pilar Sorribas-Navarro, “Corrupción y confianza en los políticos en España”, *Papeles de Economía Española: La calidad de las instituciones y la economía española*, N° 168 (2021): pp.157-170. A este respecto, véase STS 1682/2016 (Sala de lo Penal), de 21 de abril de 2016, rec. 1899/2015 y STS 8937/2007 (Sala de lo Contencioso), de 27 de diciembre de 2007, rec. 381/2004.

¹⁸⁷ *Transparency International, Índice de percepción...*, op. cit, p. 8.

En cuanto a la primera categoría, el daño genérico que produce la corrupción a la democracia lo describe muy bien Gimeno Feliú: “La corrupción afecta a la credibilidad política del sistema y, por ello, a la propia democracia, en tanto, especialmente en tiempos de crisis como los actuales, provocan una evidente (y muy justificada) desafección ciudadana”.¹⁸⁸ Esta es, quizá, la consecuencia más compleja y difícil de superar, puesto que la confianza de la ciudadanía es muy frágil y costoso de mantener prolongado en el tiempo.¹⁸⁹ Consecuentemente, puede aparecer un fenómeno incluso más peligroso que es la corrupción en su vertiente “sistémica”, puesto que supone una relación encadenada que desemboca en una “amenaza para la seguridad nacional pues a su vera florece el crimen organizado, el terrorismo o el narcotráfico”.¹⁹⁰

Respecto a las repercusiones sociales, es evidente que el despilfarro de los recursos públicos obliga, tarde o temprano, a recortes en las políticas públicas, lo cual a su vez marca y agrava las desigualdades sociales. Además, también la calidad de los servicios que se mantienen tiende a bajar, puesto que las condiciones contractuales no se diseñan en base al interés general y la satisfacción de los ciudadanos, sino siguiendo unos criterios subjetivos e incluso perversos.¹⁹¹

Por último, las consecuencias económicas entrañan la pérdida de la libre competencia en el mercado, hecho que afecta tanto a la actividad empresarial, como al consumidor. Asimismo, no se debe obviar que el alto nivel de corrupción implica un factor de riesgo para la captación de nuevos inversores, con lo cual las empresas se ven propensas a alejarse de aquellos mercados nacionales dominados por este fenómeno. Todo ello conlleva al estancamiento del desarrollo económico, al poner en riesgo la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera del Estado.

Además de las repercusiones generales que se proyectan sobre el conjunto de la sociedad y de las instituciones del Estado, cabe mencionar también las consecuencias que se derivan de la responsabilidad individual de los que cometen hechos corruptos. El CP tipifica varias conductas como delitos contra la AP que están relacionados con prácticas corruptas. Los más destacados en el marco de la contratación pública se consideran los siguientes:¹⁹²

¹⁸⁸ Gimeno Feliú, “Medidas de prevención de corrupción...”, op. cit., p. 46.

¹⁸⁹ Aymerich Cano, “Corrupción y contratación pública...”, op. cit., p. 210.

¹⁹⁰ Rodríguez-Arana Muñoz, “La Directiva Europea...”, op. cit., pp. 28-29.

¹⁹¹ José María Gimeno Feliú, “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, Vol. 22, Nº 65 (2019): p. 2.

¹⁹² Leal-Hernández, “Corrupción administrativa...”, op. cit., (2016).

- El cohecho.¹⁹³ Este delito se da sobre todo en las decisiones de adjudicación, ya que implica la concesión del contrato a una empresa a cambio de dádivas o sobornos. El bien jurídico que se protege con la tipificación de esta conducta es el correcto funcionamiento de la AP y la eficacia del servicio público.¹⁹⁴ La tipificación busca dar una respuesta de carácter preventivo, puesto que la conducta típica no requiere la consumación del acto. Es decir, con la mera intención, es decir, con solicitar, aceptar ofrecimiento o promesa, ya se incurre en una infracción penal.

- La prevaricación.¹⁹⁵ Este delito se puede dar en cualquier fase del procedimiento de contratación y consiste en dictar una resolución o acto arbitrario, siendo consciente de que se actúa sin objetividad y cometiendo así una injusticia.

- De cara a la presente investigación, tienen gran importancia los delitos relacionados con el tratamiento de la información y, por consiguiente, con la transparencia. Por ejemplo, el CP determina unas penas para aquellos funcionarios que revelan la información secreta o los datos sensibles o que, incluso, por razón de su cargo aprovechan o utilizan esa información en beneficio propio.¹⁹⁶ La conducta comporta un mayor desvalor y, consecuentemente un mayor castigo, cuando el funcionario hace uso del secreto o de la información privilegiada con ánimo de obtener un beneficio económico.¹⁹⁷

- Por último, un importante delito relacionado con la transparencia como garante de la libre competencia, es el denominado delito de aprovechamiento de funciones para facilitar la participación.¹⁹⁸ En este caso, la conducta típica implica intervenir en el proceso de contratación y aprovechar la posición de funcionario para forzar o facilitar la participación de una persona. Un ejemplo de conducta activa sería diseñar unos pliegos incluyendo unas condiciones distorsionantes de la competencia, facilitando el acceso de determinadas empresas. Otro ejemplo, en este caso de conducta pasiva, sería facilitar el acceso a la adjudicación al no identificar y no excluir una empresa que presente una oferta anormalmente baja.¹⁹⁹

¹⁹³ art. 419, CP.

¹⁹⁴ STS 1335/2001 (Sala de lo Penal), de 19 de julio de 2001, rec. 1052/2000; STS 77/2007 (Sala de lo Penal), de 7 de febrero de 2007, rec. 586/2006.

¹⁹⁵ art. 404, CP.

¹⁹⁶ art. 417 y 418, CP.

¹⁹⁷ art. 442, CP.

¹⁹⁸ art. 439, CP.

¹⁹⁹ Agustí Cerrillo i Martínez, “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nº 15 (2016): pp. 7-22.

5.3.- Posibles soluciones: combatir la corrupción fomentando la transparencia

Son muchos y variados los estudios sobre las posibles medidas para combatir la corrupción. Para conseguir unos resultados eficientes, las iniciativas en este ámbito y las estrategias que se diseñan deben tomar un enfoque preventivo. Como bien afirma Kaufmann: “Uno no lucha contra la corrupción luchando contra ella”.²⁰⁰ Lo que se quiere subrayar es que de nada sirve luchar *a posteriori* y evitar las consecuencias que ya se han producido y han generado un daño a las instituciones del Estado y a la sociedad en general. Como se ha explicado anteriormente, la corrupción atenta contra el sistema democrático en su totalidad. Mientras el dinero defraudado se puede recuperar de alguna manera u otra, el daño reputacional y la creciente desconfianza hacia las autoridades públicas, las consecuencias sociales y las repercusiones en el mercado a largo plazo son difíciles de paliar. Como bien indica Gimeno Feliú: “La lógica de un Derecho Público garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido”.²⁰¹ Por muy esperanzador y optimista que pueda sonar, el camino de la teoría a la práctica es muy largo y complejo.

No por ello se debe renunciar a la lucha contra éste fenómeno tan perjudicial. Los expertos en este ámbito han desarrollado propuestas exhaustivas.²⁰² En este apartado se van a analizar las más debatidas en la comunidad de juristas y expertos en contratación pública. Los instrumentos que se presentan no pretenden paliar las consecuencias, sino combatir las causas de la corrupción.

5.3.1.- Instrumento ético: profesionalización

Como respuesta frente a los factores de riesgos institucionales, muchos autores proponen el impulso de la profesionalización de los sujetos inmersos en el proceso de contratación pública. Aunque pueda parecer altruista, la profesionalización consiste en una tarea concreta, esto es, la formación y especialización de los responsables de los actos de contratación. Como afirma Malaret García: “para reforzar la integridad e incrementar el profesionalismo, hay que rediseñar las estructuras organizativas y adecuar la tipología de los órganos a sus respectivos cometidos”.²⁰³

²⁰⁰ Daniel Kaufmann, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas & Desarrollo*, (2005): pp. 41-43.

²⁰¹ Gimeno Feliú, “Medidas de prevención de corrupción...”, op. cit., p 46.

²⁰² Algunos autores destacados que han estudiado el tema son: José Manuel Martínez Fernández, Alejandro Nieto García, José María Gimeno Feliú, Juli Ponce Solé, Iván Ochensius Robinson, entre otros tantos.

²⁰³ Malaret García, “El nuevo reto de...”, op.cit., p. 37.

Esto permitiría reducir los conflictos de intereses, sobre todo la intromisión de los jugadores políticos. Como bien destaca Gimeno Feliú, además de la mayor cualificación de los funcionarios, también se debe llevar a cabo una delimitación clara de las funciones de los políticos y de la función pública. Es decir, los primeros diseñan las políticas públicas, se encargan de establecer los objetivos y tienen la competencia para controlar el resultado y la efectiva ejecución, mientras que los entes administrativos son los que llevan a cabo ese proceso de contratación y se ocupan de la organización y ejecución de esas políticas públicas. Asimismo, se exige cierta responsabilidad y compromiso con la profesionalización por parte del sector empresarial. Todo ello se debe articular en un Código de conducta, como en el caso pionero de Guipúzcoa que en septiembre de 2017 aprobó un Código de conducta y marco de integridad institucional aplicable concretamente a la contratación pública.²⁰⁴

Otro instrumento contra los conflictos de intereses, con un enfoque un tanto pragmático, lo propone Martínez Fernández: “Es necesario extremar las cautelas para que se respete adecuadamente el deber de abstención, elemental garantía del principio de objetividad de la Administración. Por ello, se plantea como medida para contribuir a su cumplimiento crear un archivo de declaraciones de intereses del personal con responsabilidades en la contratación pública.”²⁰⁵ Dicho archivo podría incluir datos sobre los integrantes de las Mesas, los nombres de los expertos y asesores técnicos, lo cual permitiría llevar un seguimiento y destacar posibles incompatibilidades y restricciones de participar en un contrato público.

Siguiendo el mismo hilo argumental, la CNMC incluye esta medida en su guía para la contratación pública, defendiendo la necesidad de configurar “equipos multidisciplinares con conocimientos legales, económicos y técnicos, que dispongan, a su vez, de recursos humanos y las herramientas necesarias para enfrentarse a mercados cada vez más complejos”.²⁰⁶ Asimismo, es necesaria la interacción y colaboración con los expertos y asesores técnicos sobre el funcionamiento del mercado.

²⁰⁴ Disponible en: https://www.gipuzkoa.eus/documents/20933/923643/Kontratazio_kodea-es.pdf/e014801b-3e70-fd79-8ac2-d63ea19aa374

²⁰⁵ José Manuel Martínez Fernández, “Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública”, *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 41 (2017): p. 29.

²⁰⁶ CNMC, *Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva*, G-2021-01 (2021): p. 34.

5.3.2.- Instrumento innovador: hacia una contratación pública electrónica

Cuando la CNMC defiende la profesionalización, hace hincapié en la necesidad de invertir en las competencias digitales de los empleados públicos, adelantando así la reconfiguración de la contratación en clave digital.²⁰⁷

La contratación pública, sobre todo a raíz de la crisis pandémica, empieza a cobrar importancia no sólo de cara a la eficacia y la rapidez en la tramitación de los expedientes de contratación, sino también como remedio frente a la arbitrariedad, falta de información y restricción de la libre competencia. “No olvidemos que, desde que en Octubre de 2005 obtuvimos la primera licitación plenamente electrónica, hemos tramitado expedientes de licitación electrónica por valor de 130 millones de euros”.²⁰⁸

Está claro que la contratación electrónica *per se* no puede acabar con la corrupción, pero sin lugar a duda la extensión del uso de los medios electrónicos puede contribuir decididamente a este proceso, facilitando el acceso a la información y aumentando el nivel de transparencia.²⁰⁹

Se parte de la base de que la AP está atravesando por un proceso de digitalización de sus actividades. La regulación genérica, que se concentra en la LPAC y la LRJSP, consagra a las personas físicas el derecho a relacionarse por medios electrónicos con las AAPP. Dicha previsión persigue la simplificación de los trámites administrativos, así como fomentar el uso de las tecnologías que sin duda permitirá reforzar la cooperación entre los entes administrativos.²¹⁰ Más allá del derecho de los individuos a relacionarse electrónicamente con la AP, en el caso de las personas jurídicas esto se configura como una obligación.²¹¹ Esta obligación ha venido reafirmada por la jurisprudencia que considera que el acceso a los medios electrónicos – a los meros efectos de recibir notificaciones – está al alcance de cualquier entidad jurídica. Al mismo tiempo se rechaza que las dimensiones reducidas sea un impedimento que justifica las notificaciones en papel.²¹² Como contrapartida a esa obligación de las personas jurídicas, la AP cuenta con

²⁰⁷ CNMC, *Recomendaciones a los poderes...*, op. cit.

²⁰⁸ Jaime Domínguez-Macaya Larnaga, “La contratación pública en la LCSP. Análisis y una pregunta: ¿en posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº Extra 10 (2008): p. 186.

²⁰⁹ Agustí Cerrillo i Martínez, “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local*, Nº 1 (2011): p. 301.

²¹⁰ Véase Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

²¹¹ art. 14.2, LPAC.

²¹² STJS de Madrid 244/2015 (Sala de lo Contencioso), de 18 de febrero de 2015, rec. 1887/2012.

el deber de garantizar los canales y los soportes informáticos que permitan en la práctica la comunicación por medios electrónicos.²¹³

En cuanto a la regulación específica, la LCSP, al imponer las obligaciones de divulgación de información, determina que los medios de publicación deben ser exclusivamente electrónicos y se debe hacer precisamente en el Perfil Contratante de cada ente contratante. No obstante, recordando la fragmentación administrativa de la que ya se ha hablado, los juristas proponen unificar el sistema de contratación electrónica. Con ese objetivo se crea la Plataforma de Contratos del Sector Público²¹⁴ que pretende acabar con la barrera a la competencia que supone *de facto* la existencia de más de 18.000 Perfiles de Contratante en España, hecho que induce, a su vez, a la fragmentación de la información y del mercado.²¹⁵

En este caso, ¿a quién correspondería la competencia para unificar y regular la contratación electrónica? Según el TC: “el Estado puede sin duda promover válidamente al amparo del artículo 149.1.18 CE la implantación generalizada, al menor coste posible, de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en los procedimientos y servicios administrativos, siempre y cuando el modo de hacerlo no vulnere la autonomía constitucionalmente reconocida a las CCAA y a los entes locales (...). El diseño, creación y mantenimiento de servicios de administración electrónica es un aspecto central de la potestad de autoorganización inherente a la autonomía”.²¹⁶

Como se puede comprobar, existe una necesidad inminente de unificar las bases de datos que se generan en cada Perfil Contratante. No obstante, esa unificación plantea un debate doctrinal importante. Y es que algunos juristas – como Fondevila Antolín – consideran que “el establecimiento de la necesidad de que las CCAA debieran acudir a la utilización de soluciones de administración electrónica estatal atentaría contra el principio básico competencial de la autoorganización de las Administraciones autonómicas”.²¹⁷ Por lo tanto, se plantea una contradicción entre los que defienden el derecho de autoorganización de las Administraciones autonómicas y locales y los que se decantan por el acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos en todo el territorio nacional y en la unificación de los principios de libre competencia. Sobre este aspecto se pronuncia el TC, pero no lo hace de una manera contundente. Tal y como explica Martín Delgado: “el TC ha dejado claro en su Sentencia 55/2018, de 24 de mayo, que no es

²¹³ art. 12.1, LPAC.

²¹⁴ art. 334, LCSP.

²¹⁵ Martínez Fernández, “Medidas de transparencia...”, op. cit.

²¹⁶ STC 111/2016, de 9 de junio de 2016, fdto. jdco. 11.

²¹⁷ Alfonso Sánchez García, “Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica”, *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, Nº 25 (2021): p. 61

posible, vía disposición adicional segunda de la LPAC, imponer forzosamente la adhesión a las plataformas estatales de administración electrónica a comunidades autónomas y entes locales; de este modo, una base de datos común a nivel estatal solo podrá funcionar como punto único de encuentro para los órganos autonómicos y locales en la medida en que exista adhesión voluntaria a la misma”.²¹⁸ Por lo tanto, además del desarrollo de las infraestructuras digitales, es necesario fomentar la cooperación interadministrativa, tanto a nivel horizontal, como a nivel vertical.

Con el objetivo de aprovechar las nuevas tecnologías, algunos autores proponen la implantación de la inteligencia artificial.²¹⁹ Como destaca Ponce Solé: “ello permitiría generar una verdadera automatización del procesamiento de datos y extracción de información relevante, construyendo una verdadera actividad administrativa automatizada y liberando a los pequeños municipios de una tarea que ahora mismo se configura como el principal desafío de las pequeñas entidades adjudicadoras”.²²⁰

La CNMC destaca como principales ventajas de esta iniciativa las siguientes:

- Permite aumentar la eficiencia administrativa;
- Ahorro de costes innecesarios a empresas, ciudadanos y a la propia administración;
- Posibilita obtener datos para conocer o incluso prever el comportamiento del mercado ante determinadas técnicas de compra;
- En base a patrones de comportamiento diseñados, permite detectar potenciales acuerdos de colusión.

No obstante, también se deben tener en cuenta los aspectos relacionados con la ciberseguridad y protección de datos personales que se desprenden de la realidad virtual tan compleja y frágil.²²¹

²¹⁸ Isaac Martín Delgado, “La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa”, *Cuadernos de Derecho local*, Nº 48 (2018): p. 189.

²¹⁹ Iván Ochsenius Robinson, “Transparencia en la contratación pública electrónica”, *Revista española de la transparencia*, Nº 2 (2016): p. 36-43; Isabel Gallego Córcoles, “Contratación pública e innovación tecnológica”, *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 184 (2017): pp. 193-219.

²²⁰ Juli Ponce Solé, “La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y derecho a una buena administración”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (2018): p. 12.

²²¹ Sánchez García, “Posibilidades y límites de las medidas...”, op. cit.

6.- REFLEXIONES FINALES

Analizados todos los aspectos que se han querido incluir en el objeto del presente trabajo, es el momento oportuno de extraer unas ideas comunes y llegar a unas conclusiones generales.

Es evidente que la contratación pública, a diferencia de la privada, no es un actividad encaminada al principio de lucro o ganancia, a pesar de su naturaleza onerosa. Se trata de una actividad que, como todas las demás actuaciones administrativas, se asienta sobre las bases del principio de eficacia. El único objetivo, por tanto, es la satisfacción del interés general.

Lo más destacable es que el concepto de contratación cambia raíz de la LCSP, buscando el legislador el acercamiento a una visión estratégica. Dicha visión se refleja desde el diseño de los pliegos que deben incluir criterios sociales, medioambientales, y buscar la participación equitativa de cuantos más operadores económicos, hasta el criterio de precio-calidad que se debe emplear con preferencia para la decisión de adjudicación. Aunque su materialización en la práctica no es nada fácil, todos los esfuerzos deben ir encaminados hacia esa nueva configuración, lo cual permite convertir la contratación en un verdadero instrumento de implementación de políticas públicas.

Esa visión estratégica encuentra su origen en unas decisiones administrativas objetivas, eficientes y por supuesto transparentes. La transparencia que rige toda la actividad pública de los entes administrativos persigue un objetivo de vital importancia: quitar el velo de la publicidad formal para lograr acabar con la opacidad en la contratación pública. Debido a su doble dimensión, además de impulsar el comportamiento responsable y abierto de la AP, también fomenta la cultura y el interés de la sociedad por conocer y verificar la actuación administrativa. Esa interacción entre la AP y la sociedad es imprescindible para lograr la transparencia, ya que ante la falta de una fuerte demanda social es difícil esperar que la AP, por su propia iniciativa, va a justificar sus actuaciones.

Si bien es cierto que la publicidad activa, como un fin en sí misma, puede ser un mandato exigido por ley, la transparencia va más allá y los beneficios que se desprenden de una contratación abierta y transparente son numerosos, tanto para el Estado en general, como para las empresas y los ciudadanos en particular. Por enumerar algunos:

- Facilita la apertura de los mercados y, con ello, permite la entrada de nuevas empresas fomentando así la competencia y el desarrollo económico;
- Como consecuencia de la anterior, el principal beneficio a extraer es en términos de ahorros, ya que a mayor concurrencia de ofertas, menor será el coste. Además, ante una oferta variada crece la probabilidad de que aumente la calidad de los servicios;

- Otro aspecto muy importante es la comunicación tanto a nivel interadministrativo, como con la ciudadanía. Ese deber de rendición de cuentas puede servir como lenguaje para la comunicación con la sociedad, hecho que debería fortalecer la confianza en la AP.

Por lo tanto, en atención a todas las ventajas destacadas, se entiende que la transparencia no debe percibirse como una carga administrativa que aumenta los trámites burocráticos y frenan la agilidad, sino que puede servir como instrumento de mejora. En definitiva, permitiría hacer un seguimiento de los errores y, una vez identificadas las causas, corregir o eliminar aquellas prácticas que inducen a la pérdida de eficiencia y reducen la calidad de los servicios públicos.

Por último, justificada la simbiosis que existe entre la contratación pública y la transparencia, es preciso volver al debate planteado al principio de este trabajo que gira en torno a la relación entre la transparencia y la corrupción. ¿Cuál es el desencadenante? Es decir, ¿es la falta de transparencia la que genera el fenómeno de la corrupción o, por el contrario, nace la intención de corromper y, como instrumentos, se utilizan velos para ocultar la información? Teniendo en cuenta que no es un planteamiento sencillo y que sobre el mismo se han escrito diversos libros, artículos y se han elaborado numerosos estudios, de la lectura de varios autores y juristas se deduce una opinión común al respecto. Y es que primero nace el ánimo de actuar de mala fe, de defraudar o de aprovecharse en beneficio propio, para impulsar posteriormente la necesidad de evadir la luz del principio de transparencia.

Las medidas que se deben diseñar en esta lucha contra la corrupción deben tener naturaleza proactiva y no retroactiva, con lo cual se acentúa la necesidad de combatir las causas y actuar de manera preventiva. En este caso, “el castigo” posterior de las conductas corruptas, que se materializa mediante la intervención del derecho penal, no sirve como un instrumento para combatir la corrupción. En todo caso se trata de una reacción ante la vulneración de un bien jurídico protegido. Además, cabe recordar el principio de última ratio que caracteriza el derecho penal, que implica la intervención en última instancia.

De suerte que no se puede hablar de un proceso de contratación pública transparente, ni disfrutar de sus beneficios, hasta que no exista la firme voluntad de todos por entregar una información completa tanto en términos materiales, como en términos formales. Por esa razón muchos autores inciden especialmente en la necesidad de la profesionalización y de la promoción de la cultura de “*open government*”. Se pueden tener las mejores y más modernas herramientas tecnológicas y de gestión, pero el sentido y la dirección de cómo se utilicen éstas son decisiones de personas, y son ellas quienes tienen que aplicar la transparencia en toda su capacidad.

7.- BIBLIOGRAFIA

- Albán Guato, Kevin Arney. *Derecho Administrativo y el IUS Variandi En Contratación Pública*. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020.
- Aymerich Cano, Carlos. "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas Europeas de contratos y concesiones públicas". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°45 (2015): pp. 209- 239.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5444233.pdf>.
- Baena García, Lara. "La gestión de riesgos de corrupción, fraude y otras irregularidades en la contratación pública." *Revista de Contabilidad y Dirección*, N° 28, (2019): pp. 91-106.
- Barrero Rodríguez, Concepción y Emilio Guichot Reina. *El derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Betancor Rodríguez, Andrés. *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*. Pamplona: Civitas, 2017.
- Carbonero Gallardo, José Miguel. "El test de los criterios de adjudicación." *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 621-642.
- Carrodeaguas Méndez, Roberto. "Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público." *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, N°10 (2018): pp. 56-79.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. "Las compras abiertas y la prevención de la corrupción." *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N°15 (2016): pp. 7-22.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. "Contratación electrónica y transparencia: fundamentos necesarios de la contratación abierta." *Cuadernos de Derecho local*, N°48 (2018): pp. 121-149.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6799073&orden=0&info=link>.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local." *Anuario del Gobierno Local*, N°1 (2011): pp. 277-313.
- Coscolluela Montaner, Luis. *Manual De Derecho Administrativo. Parte General*. Pamplona: Civitas, 32ª Edición, 2021.
- Cotino Hueso, Lorenzo y Andrés Boix Palop. *Los límites al derecho de acceso a la información pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

- Delgado Fernández, María Rosario. "La necesidad de la planificación de la contratación como garantía de transparencia del uso estratégico de la contratación pública y del uso adecuado de los procedimientos de contratación." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 545-566. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6902909.pdf> <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=6902909>.
- Domínguez-Macaya Larnaga, Jaime. "La contratación electrónica en la LCSP.: análisis y una respuesta: ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N°10 (2008): pp. 185-210. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5573369.pdf>.
- Enrique Fau, Mauricio. *Principales teorías en economía*. La Bisagra, 2013.
- Estefanía, Joaquín. "Keynes en su contexto y en el nuestro". *Temas para el debate*, N°265 (2016): pp. 37-39. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5737627>.
- Fernández Castaño, Félix y Francisco de Asís López Velástegui. "La huida del derecho administrativo en la administración pública española" (2017): pp.1-59. https://www.derechocambiosocial.com/revista047/LA_HUIDA_DEL_DERECHO_ADMINISTRATIVO.pdf.
- Fueyo Bros, Manuel. *Esquemas de la Ley de Contratos Del Sector Público. Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público tras el RD-Ley 3/2022 y el RD-Ley 6/2022*. Madrid: 17ª Edición, 2022.
- Furió Durán, Vicente. "Las entidades locales menores y la Ley de Contratos del Sector Público, un año tras su publicación. De dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos con la LCSP." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 403-424.
- Gallego Córcoles, Isabel. "Contratación pública e innovación tecnológica." *Revista Española de Derecho Administrativo*, N°184 (2017): pp. 193-219.
- García Melián, Juan Carlos. "Las consultas preliminares de mercado un año después." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 271-288.
- García Menéndez, José Ramón. "La teoría de la política económica y el retorno del Keynesianismo: reflexiones ante el aniversario de la teoría general." *Contribuciones a la economía* (2009).
- García Ureta, Agustín. *Temas De Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

- Garrido Falla, Fernando. "Las administraciones públicas y la burocracia ante el siglo XXI." *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N°77 (2000): pp. 579-602.
- Garrido Falla, Fernando. "Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley." *Revista de Administración Pública*, N°128 (1992): pp. 7-22.
- Garrido Mayol, Vicente. "El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública". *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público* Vol. 68, N°2 (2020): pp. 115-140. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7692052.pdf>.
- Garrorena Morales, Ángel. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 7ª Edición, 2001.
- Gimeno Feliú, José María. " Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación", *Cuadernos de Derecho Local*, N°52 (2020): pp. 12-103. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8011837&orden=0&info=link>.
- Gimeno Feliú, José María. "Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia". *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, Vol. 22, N°65 (2019): pp. 1-17. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7919474&orden=0&info=link>.
- Gimeno Feliú, José María. " El derecho de los contratos públicos en España: novedades y propuestas de futuro." *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, N°62 (2021): pp. 111-130. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8027684&orden=0&info=link>.
- Gimeno Feliú, José María. "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública". *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, N°7 (2017): pp. 45-67. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6090063&orden=0&info=link>.
- Gimeno Feliú, José María. "La visión estratégica en la contratación pública en la ley de contratos del sector público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad". *Economía Industrial*, N°15 (2020): pp. 89-97. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8013807&orden=0&info=link>.

- González Ríos, Isabel. "La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa", *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, N°12 (2019): pp. 6-25.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7077333&orden=0&info=link>.
- Leal-Hernández, Abelardo. "Corrupción administrativa en la contratación pública." *Criterio Libre Jurídico* 13, N°2 (2016): pp. 97-101.
- Lorente Sariñena, Marta. *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Malaret i García, Elisenda. "el nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia." *Revista digital de Derecho Administrativo*, N°15 (2016): pp. 21-60.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5640672.pdf>.
- Martín Delgado, Isaac. "La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa". *Cuadernos de Derecho local*, N° 48 (2018): pp. 178-220.
[https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1888/08 MARTIN P179 P221 QDL 48.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1888/08_MARTIN_P179_P221_QDL_48.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Martínez Fernández, José Manuel. "Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública." *Revista jurídica de Castilla y León*, N°41 (2017): pp. 1-46.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5816102&orden=0&info=link>.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. "Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo." *Revista de Administración Pública*, N°140 (1996): pp. 25-68. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17310.pdf>.
- Mayor Gómez, Roberto. "la protección de datos personales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 673-688.
- Medina Arnaiz, Teresa. "La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa." *Revista Vasca de Administración Pública*, N°104, (2016).
- Medina Arnaiz, Teresa. "Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la Contratación Pública." *Diario La Ley*, N°7382 (2019): pp. 210-223.

- Miranzo Díaz, Javier. "El principio de transparencia en el derecho global de la Contratación Pública." *Revista de Derecho Administrativo*, N°18 (2019): 276-302. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7810868.pdf>.
- Moreno Molina, José Antonio. "Los principios generales de la LCSP 2017". *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 21-34. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6901989.pdf>.
- Narváez Jurdado, María Antonia. "La apreciación del carácter desproporcionado o anormal de la oferta en la contratación pública española." *Anuario Aragonés del gobierno local* (2013): pp. 421-438.
- Nicandro Cruz-Rubio, César. "El derecho a entender: la comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía." *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N°24 (2020): pp. 147-151.
- Ochsenius Robinson, Iván. "Transparencia en la contratación pública electrónica." *Revista española de la transparencia*, N°2 (2016): pp. 36-43. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6130345&orden=0&info=link>
- Ortega Carballo, Carlos. "Los registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública." *Documentación Administrativa*, N°274 (2006): pp. 93-114. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2866706&orden=1&info=link>
- Ortiz García, Mercedes y Adriana Bessa. *Políticas públicas para fomentar una economía y sostenibilidad participativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2021.
- Palomares Herrera, Manuel. "Proyecto del Reglamento de Transparencia, Acceso a la información y Buen gobierno en España: estudio general y reflexiones". *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N°12 (2016): pp. 229 – 241. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5796620.pdf> <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5796620>.
- Ponce Solé, Juli. "La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y derecho a una buena administración." *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (2018).
- Ridao Martín, Joan. "La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica: un estudio comparado." *Revista General de Derecho Constitucional*, N°19 (2014): pp. 1-31. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5516539>.

- Rodríguez Cabrero, Gregorio. "Tendencias actuales del intervencionismo estatal y su influencia en los modos de estructuración social." *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N°31 (2006): pp. 79-104.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250685>.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. "La Directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción." *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* Vol. 8, N°1 (2017): pp. 24-56. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6172753.pdf>.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime. "Los principios del derecho global de la contratación pública." *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N°66 (2011): pp. 29-54.
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo José. "La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa." *Revista de Derecho Político*, N°110 (2021): pp. 47-78.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7824421&orden=0&info=link>.
- San Miguel-Giralt, Johannes. "Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo." *Vniversitas*, N°35 (2017): pp. 277-420.
- Sánchez García, Alfonso. "Posibilidades y límites de las medidas de cooperación y coordinación interadministrativa en materia de contratación pública electrónica." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico De Castilla-La Mancha*, N°25 (2021): pp. 15-112. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/8040775.pdf>.
- Schmidt-Assmann, Eberhard, López Pina Antonio y Mariano Bacigalupo. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Marcial Pons, 2003.
- Sobrino García, Itziar. "Desafíos y limitaciones en la contratación pública: el impacto de la protección de datos tras los últimos cambios legislativos". *Revista general de Derecho Administrativo*, N° 56 (2021).
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=7742721>.
- Sorribas-Navarro, Pilar. "Corrupción y confianza en los políticos en España." *Papeles de economía española: la calidad de las instituciones y la economía española*, N°168 (2021): pp. 157-170.
- Vázquez Fernández, Beatriz. "La contratación pública al servicio de las pequeñas y medianas empresas." *Gabilex: Revista del gabinete jurídico de Castilla-La Mancha*, N° Extraordinario (2019): pp. 229-246.

Velasco Rico, Clara Isabel. "Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno." *Revista D'Estudis Autonòmics i Federals*, N°17 (2013): pp- 279-328.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4251149.pdf>

Villoria Mendieta, Manuel. "La corrupción en España y en el mundo: estudio comparativo." *Temas para el debate: la reforma de la administración pública*, N°261-262 (2016): pp. 19-22.

Villoria Mendieta, Manuel. "La sociedad española frente a la corrupción." *Claves de razón práctica*, N°246 (2016): pp. 9-17.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5476461>.

Villoria Mendieta, Manuel y Fernando Jiménez Sánchez. "La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos." *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N°138 (2012): pp. 109-134.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3886620>.

Villoria Mendieta, Manuel. *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona: Atelier, 1ª Edición, 2016.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5441301>.

8.- NORMATIVA

Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014, p. 65).

Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014, p. 243).

Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de adjudicación de contratos de concesión, que son los relativos a la ejecución de obras o la prestación de servicios (DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014, p. 1).

Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos (DOUE L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 33).

Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE L 198, de 28 de julio de 2017, p. 29).

Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979).

Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega (DOG núm. 136, de 14 de julio de 2006, BOE núm. 198, de 19 de agosto de 2006).

Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto (BON núm. 125, de 28 de junio de 2012, BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012).

Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (DOGC, núm. 6780, de 31 de diciembre de 2014, BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015).

Ley 1/2014, de 26 de junio, Reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos (BOPV núm. 145, de 1 de agosto de 2014, BOE núm. 193, de 9 de agosto de 2014).

Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

Decreto 128/2016, de 13 de septiembre de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública (BOPV núm. 177, 3956, de 16 de septiembre de 2016).

Norma Foral 1/2016, de 17 de febrero, de Transparencia de Bizkaia (BOB núm. 73, de 24 de febrero de 2016).

9.- JURISPRUDENCIA

STJUE (Sala Primera), de 14 de junio de 2007, C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE v. Venizeleio-Pananeio*

STJUE (Sala Décima, de 18 de diciembre de 2014, C-470/13, *Generali-Providencia Biztosító Zrt v Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottsá*

STJUE (Sala Quinta), de 16 de abril de 2015, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL v. Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia*

STJUE (Sala Sexta), de 29 de abril de 2004, C-496/99 P, *Succhi di Frutta*

STJUE (Sala Sexta), de 2 de junio de 2016, C-27/15, *Cartiera Dell'Adda*

STJUE (Sala Tercera), de 15 de octubre de 2009, C-196/08, *Acoset*

STJUE (Sala Primera), de 29 de mayo de 2013, T-384/10, *Reino de España v. Comisión Europea*

STJUE (Sala Quinta), de 25 de febrero de 2003, T-4/01, *Renco SpA v. Consejo de la Unión Europea*

STJUE (Sala Tercera), de 27 de octubre de 2005, C-234/03, *Contse, Vivisol y Oxigen Salud v. INGESA*

STJUE (Sala Décima), de 14 de octubre de 2020, C-447/19P, *SA Close y Cegelec v. Parlamento Europeo*

STJUE (Sala Tercera), de 19 de junio de 2008, C-454/06, *Nachrichtenagentur.*

STJUE (Gran Sala), de 13 de abril de 2010, C-91/08, *Wall AG*

STJUE (Sala Tercera), de 14 de febrero de 2008, C-450/06, *Varec SA y État belge*

STC 55/2018, de 24 de mayo 2018

STC 61/97, de 20 de marzo de 1997

STC 178/2004, de 21 de octubre de 2004

STC 104/2018, de 1 de noviembre de 2018

STC 111/2016, de 9 de junio de 2016

STS 6570/1997(Sala de lo Contencioso), de 4 de noviembre de 1997, rec. 1298/1992

STS 6548/2000 (Sala de lo Contencioso), 19 de septiembre de 2000, rec. 632/1993

STS 1682/2016 (Sala de lo Penal), de 21 de abril de 2016, rec. 1899/2015

STS 8937/2007 (Sala de lo Contencioso), de 27 de diciembre de 2007, rec. 381/2004

STS 1335/2001 (Sala de lo Penal), de 19 de julio de 2001, rec. 1052/2000

STS 77/2007 (Sala de lo Penal), de 7 de febrero de 2007, rec. 586/2006

10.- INFORMES Y RESOLUCIONES

Centro de Investigaciones Sociológicas. Barómetro de Abril 2022. Estudio N° 3359 (2022). https://datos.cis.es/pdf/Es3359mar_A.pdf.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Departamento de promoción de la Competencia. PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia (2015). <https://www.cnmc.es/file/123729/download>.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Recomendaciones a los poderes públicas para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva. G-2021-01 (2021) <https://www.cnmc.es/expedientes/g-2021-01>.

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, Criterio Interpretativo 2/2015, de 24 de junio de 2015: Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información (2015). https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:77d11404-2f9a-45e6-be70-d6c96409acd5/C2_2015_limites_derecho_de_informacion.pdf.

Instituto del Banco Mundial. Guía sobre Gobierno Abierto (2013). https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/06/open-gov-guide_summary_cross-cutting-topics_ES.pdf.

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Identificación de oferta anormalmente bajas cuando existen criterios de adjudicación sometidos a un juicio de valor. Expediente 113/2018, de 21 de octubre de 2019. <https://www.hacienda.gob.es/Lists/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2019/2018-113sanmart%C3%ADn.pdf>.

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Identificación de ofertas anormalmente bajas cuando existen varios criterios de adjudicación, en relación con los previsto en el artículo 149.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Expediente 119/2018, de 21 de octubre de 2019. <https://www.hacienda.gob.es/Lists/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2019/2018-119%20ofertasanormales.pdf>.

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Recomendación de 21 de octubre de 2019 a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores. Informe: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares (2019). <https://www.hacienda.gob.es/Lists/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2019/recomendacion%20publicidad%20menores.pdf>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública, (2015). <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Informe anual de supervisión de la contratación pública de España, (2020). <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2020/ias-2020.pdf>.

TACRC, Resolución 1092/2019, de 30 de septiembre de 2019, rec. 989/2019.

TACRC, Resolución 196/2016, de 11 de marzo de 2016, rec. 114/2016

TACRC, Resolución 789/2020, de 10 de julio de 2020, rec. 550/2020.

TARC de Castilla y León, Resolución 1/2020, de 9 de enero de 2020, rec. 190/2019.

Transparency International, Índice de percepción de la corrupción, (2021)
https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf.