



■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

La prevención de la corrupción en la contratación pública

*Javier
Miranzo Díaz*

La prevención de la corrupción en la contratación pública

Javier Miranzo Díaz

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© **Javier Miranzo Díaz**, 2019

© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Septiembre 2019

Depósito Legal: M-30429-2019

ISBN versión impresa: 978-84-7052-498-1

ISBN versión electrónica: 978-84-7052-570-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

En este mismo sentido, según el Eurobarómetro, en la Unión Europea, ante la pregunta *en los últimos tres años, ¿piensa que la corrupción ha impedido a su empresa ganar una licitación o concurso público?*, un 32% de los operadores económicos encuestados afirmaron que, efectivamente, casos de corrupción les han impedido ganar concursos o licitaciones públicas. En España la estadística se sitúa ligeramente por encima de la media, con un 37% de respuestas afirmativas, lejos de Bulgaria (56%), el peor valorado, o de Bélgica, que es el país que mejor parado sale de esta encuesta con sólo un 6% de contestaciones afirmativas⁽²⁵⁾.

ESCRIHUELA MORALES, por su parte, se aventura a dar una cifra a nivel nacional cuando afirma que podría considerarse que alrededor del 20% de los responsables de la contratación pública en los diferentes órganos adjudicadores actúan en la ilegalidad, procurando encubrir sus acciones a través de complicados mecanismos financieros⁽²⁶⁾.

Según la CNMC, la corrupción y la ausencia de concurrencia efectiva originan un 25% de sobrecoste —de media— en los contratos públicos españoles, lo que implicaría un 4,6% del PIB anual, es decir, 47.500 millones de euros al año⁽²⁷⁾, y se considera que este coste puede llegar al 50% del valor en determinados contratos⁽²⁸⁾.

En todo caso, y dejando de lado las diferencias existentes entre unas y otras apreciaciones, lo cierto es que es evidente que la corrupción supone grandes pérdidas económicas en la contratación pública e incluso en relación con el total del PIB.

1.2. Localizando la corrupción: un diagnóstico

1.2.1. Sectores de contratación expuestos a la corrupción

Cuando se trata de determinar dónde tiene lugar la corrupción, la OCDE afirma que, si bien la corrupción se encuentra presente en todos los sectores económicos en los que actúa la contratación pública, lo cierto es que determi-

(25) EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*. European Commission. (Eurobarómetro) Flash Eurobarometer 374. Febrero 2014 p. 54.

(26) ESCRIHUELA MORALES, F.J. «La contratación del sector público y la corrupción». *Práctica Contratación Administrativa: revista de contratación administrativa y de los contratistas*. Editorial Wolters Kluwer La Ley, n.º 135, enero-febrero 2015, p. 16-21 en p. 17.

(27) CNMC. PRO/CNMC/001/15: Análisis... op. cit. en p. 6; Conviene resaltar aquí que la cifra otorgada por la CNMC no parece referirse únicamente a las pérdidas generadas por la corrupción, sino que incluye también todas aquellas pérdidas generadas por la falta de competencia efectiva, que no tienen por qué estar ligadas a casos de corrupción.

(28) MEDINA ARNÁIZ, T. *Las prohibiciones de...* op. cit. en p. 316.

nados sectores, como el energético, la explotación minera, los grandes proyectos de infraestructura y construcción, las telecomunicaciones o la adquisición de material militar, son especialmente vulnerables a este tipo de irregularidades⁽²⁹⁾. Por otro lado, un estudio de la Universidad de Utrecht, mencionado anteriormente, afirma que dentro de los contratos que son objeto de corrupción, las pérdidas ligadas a dichas prácticas supondrían alrededor de un 44% en los contratos de servicios, un 29% en urbanismo y servicios de construcción, un 20% en el ferrocarril, un 16% en el sector de gestión de aguas residuales, y de un 5% en el sector de investigación y desarrollo⁽³⁰⁾. De esta forma, en términos relativos —el porcentaje de dinero perdido por la corrupción en relación al dinero invertido— el sector que presenta mayores corruptelas es el de los contratos y concesiones de servicios, ya que ofrece mayores facilidades a la hora de inflar artificialmente los contratos, debido en parte a la dificultad de probar, en muchas ocasiones, la correcta o no prestación del servicio⁽³¹⁾.

No obstante, en cifras absolutas, el sector urbanístico, seguido del de carreteras y ferrocarril, suponen las mayores pérdidas económicas fruto principalmente al manejo de grandes presupuestos y otros aspectos que incrementan su complejidad y los hacen especialmente atractivos para abusos y manipulaciones⁽³²⁾.

Así, mientras que en los contratos de obras (especialmente urbanismo, carreteras y ferrocarril) la corrupción se materializa de manera puntual —aunque con un impacto trágico sobre el presupuesto público—, en otros contratos, como los de servicios o los de concesión de servicios, se sufre una corrupción con un mayor carácter endémico, si bien con efectos relativamente inferiores en cuanto al sobrecoste resultante de los sobornos y manipulaciones contractuales.

1.2.2. *Los tipos de contratos más propensos a la corrupción*

Si separamos las licitaciones según hayan sido promovidas por un poder adjudicador nacional, regional o local, las empresas tienden a tener la percepción de que la corrupción se encuentra más extendida a nivel regional y local que nacional. Así, de media, el 56% de las empresas de la UE creen que la corrupción está extendida en los procedimientos de contratos públicos a nivel de la administración nacional, mientras que este porcentaje asciende al 60% en el ámbito de las administraciones locales y regionales. Las empresas españolas son, por su parte, las que más desconfían de los procesos de contratación impulsados por las instituciones estatales, siendo un 83% las empresas que creen

(29) OCDE. *Corruption dans les marchés publics. Méthodes, acteurs et contre mesures*. Paris: OCDE, 2007 en pp. 27-28.

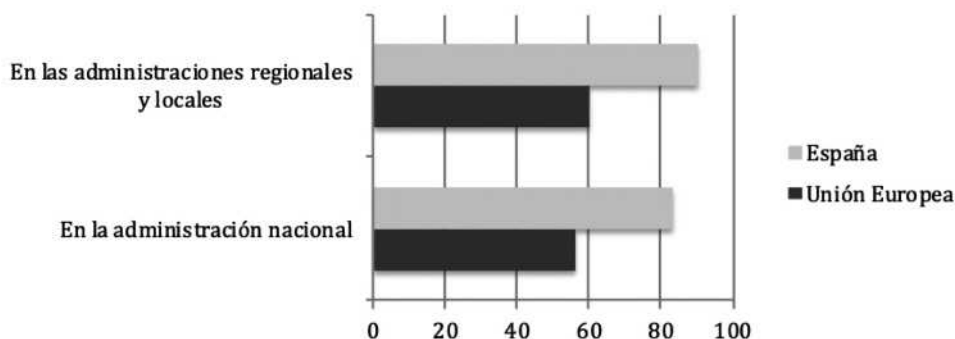
(30) PWC. *Marchés publics: Le coût...* op. cit. en p. 5.

(31) OCDE. *Corruption dans les...* op. cit. en p. 28.

(32) OCDE. *Corruption dans les...* op. cit. en p. 28.

que la corrupción está extendida en esta esfera; cifra que progresa hasta el 90% si hablamos de entidades locales y regionales —situándonos en este aspecto únicamente por detrás de Grecia, donde el porcentaje de los encuestados que creen que la corrupción se encuentra extendida en el ámbito local y regional llega hasta el 94% de los operadores económicos⁽³³⁾—. En la siguiente gráfica se ilustran los datos mencionados:

Gráfica: Porcentaje de los operadores económicos encuestados que afirman que la corrupción está extendida en la contratación pública



Fuente: EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en pp. 74-75.

La misma tendencia ha sido señalada por otros informes e investigadores en la materia, como es el caso de la Fundación ¿Hay Derecho?, que en sus estudios ilustran cómo el 48,5% de las condenas por corrupción en España entre los años 2011 y 2014 lo fueron en el ámbito local⁽³⁴⁾, llegando a representar el 58% en 2013. Y la situación es aún más dramática si centramos nuestra atención en el sector de la contratación pública, donde respecto a los casos de corrupción condenados en el período señalado, el 100% lo fueron en los ámbitos regional (42,7%) y local (57,3%)⁽³⁵⁾.

En este sentido LIZCANO ÁLVAREZ, presidente de Transparencia Internacional España y catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, ya advertía en 2010 del mayor número de casos de corrupción, no sólo en España sino a nivel global, en los Ayuntamientos y entidades locales⁽³⁶⁾. Además, se debe tener en cuenta que, a pesar del gran número de casos destapados por los órganos auditores y fiscalizadores nacionales, la dificultad en la identificación de anomalías

(33) EUROPEAN COMMISSION. *Businesses' attitudes towards...* op. cit. en pp. 74-75.

(34) FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? *Corrupción institucional y...* op. cit. en p. 42.

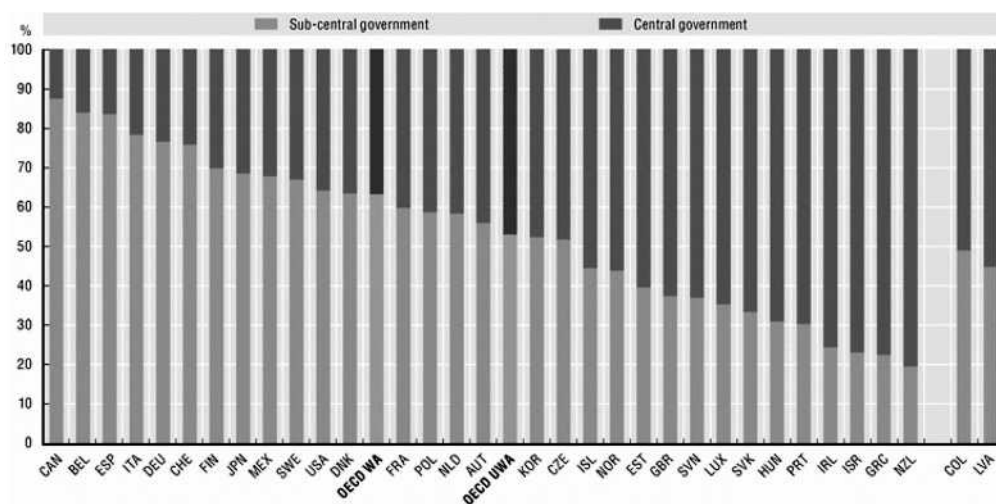
(35) *Ibidem* en p. 44.

(36) LIZCANO ÁLVAREZ, J. «El horizonte internacional de la corrupción». *Temas para el Debate*, n.º 183, 2010, pp. 42-44 en p. 44.

en los niveles regionales se incrementa debido, por un lado, al carácter marcadamente descentralizado de nuestra organización administrativa y el fenómeno de la huida del Derecho administrativo, y por otro, al mayor uso en estos niveles de los contratos de escasa cuantía, lo que implica que en ocasiones sean de aplicación normas procedimentales y de publicidad limitadas, y que por tanto los controles fiscalizadores encuentren mayores dificultades.

En este sentido, España presenta, como se ha mencionado, una organización administrativa descentralizada, y la mayoría de los contratos públicos celebrados en nuestro país lo son precisamente por estas Administraciones regionales, tal y como pone de manifiesto la OCDE:

Porcentaje de la contratación pública total llevada a cabo por el gobierno central (central government) y el subcentral (Sub-central government) en 2013



Fuente: Government at glance 2015, Figure 9.2 General government procurement by level of government, 2013. En OECD National Account Statistics (database).

Disponibile en: <https://bit.ly/30X758k>

Podemos observar cómo en España más del 80% (83,5%) de los contratos públicos celebrados corresponden al ámbito regional o local, mientras que menos del 20% pertenecen al gobierno central. Sólo Canadá y Bélgica nos superan en este aspecto dentro de los países de la OCDE.

Nosotros consideramos que si bien la percepción de la corrupción es alta referida a cualquiera de las esferas de lo público, es a estos niveles donde se deben redoblar los esfuerzos hacia la integridad, pues en este medio es en el que (1) los controles tienden a ser más laxos y existe una mayor participación política en la gestión de los contratos (2) los favoritismos, las relaciones entre

licitador y licitante, los conflictos de intereses y las situaciones de riesgo de corrupción son más comunes debido a la proximidad geográfica y (3) existen menos exigencias de publicidad y transparencia debido a la menor cuantía de los contratos o a la naturaleza jurídica del sujeto contratante. Esta misma postura mantiene ROSE-ACKERMAN, quien afirma que los contratos con una menor magnitud económica se presentan como los campos más propensos a que se den casos de corrupción⁽³⁷⁾, y VILLORIA MENDIETA, que sostiene que *de los datos objetivos de corrupción existentes (causas abiertas, escritos de acusación, sentencias) la inmensa mayoría son imputables a representantes locales. En el ámbito local, de los 110 municipios con más habitantes y/o capitales de provincia, en más de 40 de ellos ha habido casos investigados en estos años. A ellos, se pueden añadir más de 550 municipios medianos y pequeños con casos también investigados. No hay que olvidar, por otra parte, que el 90% de los municipios españoles tienen menos de 10.000 habitantes. En suma, que probablemente estemos hablando de casi 300 municipios con alguna causa abierta de entre un número total de municipios con posibilidades de generar corrupción altamente rentable no superior a los 1000 (750 mayores de 10.000 habitantes y otros costeros)*⁽³⁸⁾.

Esto no implica que la situación española sea peor que la de los países con más contratos impulsados por el gobierno central, sino simplemente que nuestra realidad administrativa es distinta. Más gobierno central no quiere decir necesariamente menos corrupción. De hecho, vemos que países como Grecia o Portugal, con unos índices de corrupción similares e incluso superiores a los de España, se encuentran en la situación opuesta, en la que casi el 80% de los contratos son llevados a cabo por el gobierno central. No queremos insinuar por tanto que deba iniciarse un proceso de recentralización de los contratos administrativos, ni mucho menos. Pero sí queremos poner el acento sobre la situación de la contratación española e incidir sobre la necesidad de dotar de homogeneidad al sistema de contratos y adaptar la legislación de contratos a una realidad innegable, a la que no podemos dar más la espalda. Las legislaciones y los esfuerzos de los últimos años en materia de transparencia y publicidad han venido regulando generalmente garantías que únicamente se aplicaban a contratos de elevado coste, que en la mayoría de los casos únicamente el gobierno central podía llevar a cabo, con una distinción añadida en cuanto a las normas

(37) ROSE-ACKERMAN, S. «Corruption and the Global Economy». En: *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries*. United Nations Development Programme. Part 1.2. 1998. Disponible en: <http://www.pogar.org/publications/other/undp/fc/corruption97e.pdf>, en p. 27. Así lo considera también VILLORIA MENDIETA, M. «La transparencia como política pública en el nivel local». *Revista Democracia y Gobierno Local*, 26/27, 2014, pp. 4-16.

(38) VILLORIA MENDIETA, M. «La transparencia como política pública en el nivel local». *Revista Democracia y Gobierno Local*, 26/27, 2014, pp. 4-16.

aplicables en función de si el poder adjudicador es Administración Pública o no. Esta situación deja «desregularizados» en materia de transparencia un gran número de contratos que, si bien individualmente no suponen un gasto excesivo, en su conjunto conforman la inmensa mayoría de los contratos celebrados en nuestro país, que además son los más vulnerables a la corrupción.

1.2.3. *Las prácticas corruptas más comunes*

En lo que se refiere a qué medios de llevan a cabo en las actuaciones corruptas, el del Tribunal de Cuentas Europeo 2015⁽³⁹⁾ realiza un análisis sobre los errores que se cometen en los procedimientos de licitación de contratos en los diferentes países miembros de la Unión Europea. De entre los contratos objeto de estudio, se detectaron un número total de 587 errores, siendo las siguientes las actividades que, de cometerse, tienen una mayor probabilidad de envolver un caso de corrupción:

- División artificial de obras o servicios en licitaciones de menor envergadura para eludir los umbrales (88,4%).
- Adjudicación directa injustificada de un contrato (91,3%).
- Utilización de procedimientos de licitación inadecuados (71%).
- Problemas con los requisitos de publicación y transparencia y en los pliegos de condiciones (5,9%).
- Especificación de criterios de selección y adjudicación ilícitos y aplicación incorrecta de dichos criterios (19,8%).
- Deficiencias procedimentales, incluida la falta de documentación pertinente (30,1%).
- Modificación o ampliación del ámbito de los contratos sin utilizar el procedimiento de contratación (42%).

En todo caso, los resultados del informe del TCuE deben analizarse de manera crítica, entendiendo que aquellas irregularidades que en el mismo presentan un menor porcentaje de relación con la corrupción no son necesariamente benignas, sino más difíciles de relacionar de manera directa con un caso de corrupción. Por ello, estos datos deben complementarse con otros estudios como el

(39) TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. Informe especial: la necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión. Tribunal de Cuentas Europeo. Luxemburgo, 2015. Disponible en: http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_10/SR_PROCUREMENT_ES.pdf.



El nuevo derecho de la contratación pública ha hecho de la lucha contra la corrupción uno de los principales objetivos del desarrollo y aplicación de la Ley 9/2017 y de las Directivas europeas que la inspiran. Los principios de transparencia, integridad y buena administración vertebran la legislación de compra pública e incluyen nuevas obligaciones y disposiciones que sirven directamente a estos fines. En la presente obra se acomete una aproximación integral al sistema de prevención de la corrupción que pretende dotar de coherencia y homogeneidad las diferentes medidas disponibles en la materia, de forma que sea posible diseñar una estrategia o mapa de actuaciones con aspiraciones holísticas. A partir de un análisis de las características del fenómeno y necesidades de la estrategia —por un lado, la corrupción como fenómeno escurridizo, y por el otro, la necesaria funcionalidad de las medidas y su viabilidad práctica en un entorno descentralizado—, se dibuja una ruta de actuación a diferentes niveles que descansa sobre una nueva distribución de responsabilidades entre los actores intervinientes en el proceso, lo cual requiere, a su vez, de la generación de nuevos mecanismos que los habiliten como supervisores. La obra ofrece, en definitiva, las necesarias directrices para la correcta interpretación de las disposiciones anticorrupción en la normativa actual, identificando bondades y limitaciones, al tiempo que proporciona una serie de herramientas para la mejora y extensión de las garantías hacia la creación de un entorno íntegro por parte de los poderes adjudicadores y los operadores jurídicos y económicos.

