

X SEMINARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Nuevos retos de la contratación pública: discusión práctica

*“La transparencia en la contratación pública.
Cuestiones clave: la fase de ejecución”*

Panticosa (Huesca) 19 de septiembre de 2019

Rafael Fernández Acevedo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo
racevedo@uvigo.es

INTRODUCCIÓN

1. Razones para la reivindicación social de mayor transparencia
 - a) Malestar, decepción, indignación y desconfianza por la corrupción
 - b) Objetivos de la transparencia:
 - a. Mejorar la calidad democrática
 - b. Fomentar la participación ciudadana en la gestión pública
 - c. Moderar a AAPP ejercicio de sus funciones y manejo fondos públicos
 - c) Conexión con el derecho constitucional a participar en los asuntos públicos, art. 23 CE: la ciudadanía, sujeto político y titular de este derecho, debe contar con información suficiente y de calidad
 - d) Motor de cambio de las AAPP (apertura procedimientos, acceso información pública) y en sus relaciones con la ciudadanía: “Gobierno Abierto”
 - f) Transparencia antídoto de la corrupción
 - a. “La luz del sol es el mejor desinfectante”
 - b. Una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada
2. Mantra de la transparencia; límites: confidencialidad, protección de datos, abusos

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN: SU NECESIDAD (I)

1. La ejecución de los contratos públicos es la fase quizá más importante, pues de ella depende el correcto cumplimiento de la necesidad pública a satisfacer con el contrato. El éxito de la nueva gobernanza de la contratación pública radica en el **correcto y efectivo cumplimiento** de las previsiones del contrato
 2. OCDE (2009): *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*
 - a) p. 40: “Al contrario que la fase de licitación, que se halla estrictamente regulada, las fases previa y posterior a esta están mucho menos sujetas a la transparencia”
 - b) p. 47: “La fase de post-concurso se considera un **proceso de gestión interna** entre la Administración y el suministrador, sujeto a requisitos menos estrictos de transparencia. En ella no existen leyes administrativas o normas aplicables, sino más bien las derivadas del Código civil. Muy pocos países, como Dinamarca y Suecia, indicaron que el **contrato habría de ser abierto** con la única restricción de que no revele información secreta que pudiera ser perjudicial para los intereses del contratista o del Estado”
 3. De qué sirve el escrupuloso respeto de los principios y, en particular, de la obligación de transparencia, durante las fases previas, si después durante la ejecución del contrato puede alterarse lo pactado: modificados, revisión de precios, prórrogas, incumplimientos no sancionados, subcontrataciones fraudulentas
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN: SU NECESIDAD (II)

4. La integridad del proceso quiebra si no se cumplen las obligaciones del contrato, se modifica ilegalmente, se prorroga por un retraso imputable al contratista, si no se imponen las correspondientes penalizaciones o no se exigen las indemnizaciones procedentes
5. ARROWSMITH: el concepto de transparencia en la contratación pública tiene cuatro objetivos principales:
 - a) garantizar una publicidad adecuada de las licitaciones
 - b) garantizar la disponibilidad pública y el conocimiento de las normas que rigen los procedimientos de adjudicación
 - c) limitar el poder discrecional de los órganos de contratación; y
 - d) brindar a los interesados la oportunidad de verificar que se han respetado las normas y de hacerlas cumplir
6. El cumplimiento de estos dos últimos objetivos exige someter la fase de ejecución también a las exigencias del principio de transparencia
7. Aún hoy los notables avances (art. 63 LCSP) en materia de transparencia en la fase precontractual contrastan con la timidez de las disposiciones atinentes a la ejecución de los contratos: solo modificados

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN: OBLIGACIÓN JURÍDICA

1. Las obligaciones de transparencia alcanzan a todos los entes del sector público y en todos los contratos, con independencia de su cuantía
 2. DCP/2014, nueva ubicación de los principios de transparencia y confidencialidad (arts. 18 y 21 DCP): ahora son principios generales aplicables a todas las fases de la contratación pública, no solo a los procedimientos de adjudicación (arts. 48 y ss. DCP, transparencia y publicidad de los procedimientos)
 3. Art. 3.2 DC, “Principio de igualdad, no discriminación y transparencia”: “Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo **garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato**, respetando al mismo tiempo el artículo 28” (Confidencialidad)
 4. Recomendación 1/2014, de 1 de octubre de la JCCA Aragón: “... principio estructurante, y como tal alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas, y abarca, además, todas las fases del contrato: preparación, licitación, adjudicación, ejecución y extinción”
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN: OBLIGACIÓN JURÍDICA

5. La LCSP, no obstante proclamar en su preámbulo que su primer objetivo es “*lograr una mayor transparencia en la contratación pública*”, es menos clara
 - a) Art. 1: proclama el principio en el precepto que inaugura el título relativo a las disposiciones generales, pero parece querer limitar a las fases de preparación y adjudicación mediante una referencia expresa a “*los procedimientos*”
 - b) Art. 63: Perfil de Contratante como instrumento para “*asegurar la transparencia*”, no contiene exigencias de publicidad activa relativas a la fase de ejecución, salvo modificados. Carácter básico: puerta abierta a las CCAA
 - c) Art. 132: contiene la siguiente referencia al principio, pero aplicable solo a los procedimientos como denota su ubicación sistemática
 6. Pero es indiscutible la voluntad del legislador de impregnar de transparencia toda la contratación aunque en la LCSP la gestión haya quedado algo descuidada
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN: OBLIGACIÓN JURÍDICA

7. Art. 346.3 LCSP, exige que los poderes adjudicadores comuniquen al Registro, los datos básicos de los contratos que adjudiquen, a los que añade *“las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción”*
 8. Pero no se trata de un supuesto de publicidad activa: el RCSP no permite la consulta pública de la información; sí publicidad pasiva
 9. El Dictamen del CESE de 14.2.2018-15.2.2018, *“se declara favorable a la creación de un registro de la UE de contratos accesible al público y plenamente interoperable con los nacionales, en aras de una mayor transparencia sobre los contratos adjudicados y sus modificaciones, y ello salvaguardando plenamente los datos sensibles y la protección de los datos personales, mediante la transformación digital y con la introducción antes de 2018 de la obligatoriedad de los contratos electrónicos”*
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA

1. LTBG: art. 8, antes que la LCSP, pero solo menciona los modificados: paso importante pero tímido
 2. Legislación autonómica: mucho más sensible
 - a) Baleares y Navarra exigen publicación exclusivamente en el Perfil, las demás en el Portal
 - b) Casos País Vasco (no tiene LT), Castilla y León (no contempla obligación alguna relacionada con la contratación) y La Rioja (se limita a copiar la LTBG)
 - c) Todas las demás han ampliado mucho la información de la fase ejecutiva que debe publicarse
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA

- a. Prórrogas: todas las demás salvo Asturias y Baleares
 - b. Ampliaciones del plazo de ejecución: Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura y Madrid
 - c. Contratos complementarios: Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Navarra
 - d. Revisión de precios: Andalucía, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, Navarra y Valencia
 - e. Cesión y subcontratación: todas salvo Cataluña y Madrid
 - f. Penalidades: Cantabria, Castilla-La Mancha, Madrid y Navarra
 - g. Resolución anticipada: todas salvo Baleares, Extremadura y Galicia
 - h. Importe de la liquidación practicada a la finalización: Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha y Navarra
 - i. Asturias: cualesquiera otros actos y resoluciones que afecten a la validez o vigencia de los contratos
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA

3. Siguiente paso corresponde a la LTBG
 - a) Las mismas razones que aconsejaron incluir los modificados justifican la publicación de prórrogas y ampliaciones de plazos de ejecución, los contratos complementarios o las revisiones de precios: materialmente suponen variaciones del contenido del contrato
 - b) Deberían publicarse, entre otros aspectos, los acuerdos de cesión y los subcontratos, con indicación de las personas cesionarias y subcontratistas, la fecha de inicio real de la ejecución y la de recepción de la prestación, las penalidades impuestas o la resolución
 4. Se lograrían dos objetivos importantes:
 - a) Lograr que obligaciones de transparencia en el ámbito estatal no sean menores que en el autonómico
 - b) Lograr una necesaria armonización de modo que las obligaciones de transparencia sean similares en todas las CCAA pues las diferencias no se justifican en modo alguno
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

1. La LCSP: reducido a modificados porque la perspectiva de esta ley mira únicamente a los licitadores, a la garantía de los principios de igualdad y no discriminación, competencia
 2. Consecuencias de que la LCSP no imponga obligaciones de publicidad activa en fase de ejecución, más allá del incumplimiento del derecho a la buena administración: puede afectar al derecho al recurso especial
 - a) Art. 44.2.f): impugnabilidad de los rescates incoherente con la falta de publicidad; art. 50.1 no incluye reglas para cómputo del plazo para recurrir, por tanto, cláusula de cierre: “comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación”; consecuencia: solo el concesionario podrá realmente recurrir, cuando los afectados (y legitimados) pueden ser también otros
 - b) No inclusión en el objeto del recurso especial de la subcontratación y resolución queda reforzada por la falta de publicidad.
 - c) Efecto útil de la DR exige admitir recurso y requerir la previa publicidad para que todo potencial interesado pueda ejercer su derecho al recurso:
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

- a. Los arts. 1.1 y 2.1.a) y b) DR tienen efecto directo (STJ 268/2017, de 5 de abril, *Marina del Mediterráneo*, apartados 39 y 40), por ser incondicionales y suficientemente precisos para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar frente a una entidad adjudicadora
 - b. El art. 1.1 DR implica, por el uso de los términos «*en lo relativo a los contratos*», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el art. 2.1.a) y b) DR (STJ 268/2017, apartado 26)
 - c. Tras la modificación operada por la DC, el precepto mencionado (art. 1 DR) se remite a las nuevas directivas de 2014, DCP y DC, que regulan ahora también la fase de ejecución
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

3. Obligaciones de **transparencia activa** en fase de ejecución

a) **Contrato:**

- a. Art. 154.1 LCSP
- b. Permite verificar que el contrato recoge fielmente el resultado de la adjudicación
- c. Publicación en el PC
- d. Plazo no superior a 15 días (naturales) tras perfeccionamiento (formalización)

b) **Modificados:** MHFP ha publicado un documento denominado “*Síntesis relativa a la publicidad de los contratos en el DOUE según las Directivas...*” en el que olvida por completo la publicidad de los modificados

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

- b) **Modificados:** elemento de control, garantizar adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto en el contrato, de lo licitado
 - a. Contenido del anuncio de modificación
 - i. Todos: anuncio de modificación y su justificación [art. 63.3.c) LCSP]
 - ii. Todos, SARA y no SARA, y todas las modificaciones (tb. previstas): anuncio de modificación junto con alegaciones del contratista y todos los informes recabados antes de su aprobación (art. 207.3,2º, LCSP)
 - iii. Contratos SARA y modificados imprevistos, causas a) -prestaciones adicionales- y b) -causas sobrevenidas e imprevisibles- [pero no la c) -modificaciones no sustanciales-]; DA5ª LCSP
 - Contenido: descripción prestación antes y después; incremento precio; descripción circunstancias; organismo de supervisión; órgano de recurso; plazo presentación recursos; fecha envío del anuncio [anexo III.A) sección 10]
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

b. Sujetos obligados:

- i. AAPP
- ii. ¿PANAP?: arts. 319.1 y 203.1; arts. 63.3.c) y 207.3, pfo. 1º
- iii. ¿Resto de ESP?: art. 63

c. Plazo: 5 días (naturales) desde su aprobación

d. Recurso especial contra modificados:

- i. Limitado, solo por vulneraciones de los arts. 204 y 205 por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación
 - ii. Resto: recursos ordinarios LPA
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

- iii. Falta de publicación del modificado
 - ✓ ¿No cabe recurso? Art. 50.1.e) LCSP: cómputo desde día siguiente a la publicación en PC; en este caso el cómputo no comienza para terceros no notificados en aplicación de la teoría general (arts. 45.2 y 40.3 LPA)
 - ✓ Necesidad de reconocer derecho de acceso al expediente más allá de la condición de interesado (art. 52 LCSP)
 - ✓ Modificaciones de *facto*, sin procedimiento: solo informar o denunciar ante la OIRSC (cometido: velar por la correcta aplicación de la legislación y combatir las ilegalidades; velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos y por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración y de verificar que se aplican con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia)

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

- iv. ¿El incumplimiento de la obligación de publicar no tiene consecuencias jurídicas?
- ✓ Solo la falta de publicación del anuncio de licitación en el Perfil de Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público determina la nulidad del contrato celebrado por un poder adjudicador
 - ✓ El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los arts. 204 y 205 se califica de mera anulabilidad, art. 40.a) LCSP
 - Un sorprendente efecto positivo del carácter potestativo del recurso especial
 - ✓ Si no se publica el anuncio de modificación y hubo incumplimiento del 204-205 porque debió haber una nueva adjudicación: ¿no se trata de un supuesto asimilable al de una nueva adjudicación con falta de previa publicación del anuncio de licitación?
-

LA TRANSPARENCIA EN LA FASE DE EJECUCIÓN. OBLIGACIONES CONCRETAS DE PUBLICIDAD ACTIVA: LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS

c) Subcontratación:

- a. Considerando 72 DC y 105 DCP: “Es preciso velar por que haya cierta *transparencia en la cadena de subcontratación*, pues así se facilitará a los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras información sobre quién está presente en las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión. Es necesario aclarar que la obligación de dar la información necesaria debe corresponder en cualquier caso al concesionario...”
 - b. Art. 215.2.b): obligación de comunicar al OC; ¿es suficiente?
 - c. Art. 215.6: deber de informar a los representantes de los trabajadores
 - d. Art. 133.1, pfo. 3º: “El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como... las empresas con las que se ha contratado y subcontratado...”
-

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- En la fase de ejecución resulta imprescindible aumentar los controles para asegurar la efectiva ejecución de las prestaciones contratadas en plazo, calidad y coste
- Mejorar la transparencia material y formal con medidas que garanticen la efectividad de los principios de igualdad y objetividad en todas las fases para asegurar la eficiencia en el gasto público y como antídoto de la corrupción resulta imperativo
- Medidas:
 - Responsable del contrato (art. 62)
 - Asistencia preceptiva (no meramente eventual, art. 210.2) de la Intervención al acto de recepción o conformidad
 - Posibilidad de controles externos de calidad
 - Aumentar la capacidad de control de los OCEX
 - Incrementar las exigencias de transparencia en fase de ejecución para permitir el control por los interesados y la ciudadanía
 - Que el recurso especial deje de ser definitivamente precontractual

MUCHAS GRACIAS POR LA ATENCIÓN

Rafael Fernández Acevedo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Vigo
racevedo@uvigo.es