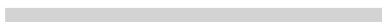

ARTÍCULOS



Una nueva normativa contractual pública: un fin en sí mismo o un paso para el cambio

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo

RESUMEN

El presente trabajo trata de situar la reforma de la normativa de contratos en el contexto general de la reforma de la gestión pública y del estatuto al que están sometidas las Administraciones Públicas. Se trata de intentar concretar algunos de los elementos novedosos de la reforma y de apuntar el desarrollo posterior en otros trabajos más específicos.

PALABRAS CLAVE: contratación administrativa, gestión pública, objetivos sociales, modificaciones contractuales, legalidad presupuestaria, plurianualidad de gasto.

ABSTRACT

The present work tries to situate the reform of the regulations of contracts in the general context of the reform of the public management and of the statute to which the Public Administrations are subject. The aim is to try to specify some of the novel elements of the reform and to point out the subsequent development in other more specific works.

KEY WORDS: *Administrative hiring, public management, social objectives, contractual modifications, budgetary legality, multiannual spending.*

ÍNDICE

1. Planteamiento general.—2. Asegurar una eficiente utilización de los fondos para conseguir un mejor control del gasto público. —3. Vinculación con los fines institucionales.—4. La lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación administrativa.—5. Una problemática recurrente que gira sobre la necesidad de programación y planificación de la gestión pública.—6. Un marco jurídico complejo que exigirá tiempo para su acoplamiento y ajustes.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La publicación de la 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 (LCSP) supone una nueva regulación de los contratos públicos. Casi podríamos decir que la modificación de esta normativa se ha convertido en un clásico en la ordenación jurídico administrativa del Sector Público, al menos, desde 1995 que se vienen encadenando un conjunto de normas con diferente justificación y, también, con diferente alcance.

El número de reformas no es, en sí mismo, un elemento peyorativo ni condicionante pero es claro que refleja una inquietud del legislador (nacional y europeo) por dotar a la Administración de un régimen de provisión de bienes y servicios que cumpla los objetivos generales de funcionamiento de la Administración. No cabe negar que muchas, o algunas, de las referencias se han hecho siempre desde la patología que supone la corrupción que, claro está, ha puesto en la contratación administrativa uno de sus objetivos más preciados hasta llegar, realmente, a convertirse en una de las justificaciones de las medidas o las soluciones impuestas.

Adicionalmente es cierto que la incidencia del Derecho comunitario es, igualmente, perceptible. Se trata de una incidencia que procede o encuentra su justificación en otro ámbito: la libre circulación de bienes y servicios y el evitar las restricciones en el marco de la competencia. En último término esta es la justificación última de la propia presencia comunitaria en una regulación que, de otra forma, podría quedar en el ámbito de la organización interna de los Estados y de su propia dirección de los asuntos públicos.

Enlazando con esta segunda idea podemos indicar que la reforma actual encuentra en ella una justificación más que notable. De hecho, la propia denominación del Texto establece la justificación más relevante y la propia razón de ser de la misma: cumplir las determinaciones del Derecho Comunitario.

En el Preámbulo de la norma se establece su propia justificación en la forma siguiente:

«... En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Con este fin, aparecen las tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa, ya que carece de precedente en la normativa comunitaria, como es la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Estas Directivas constituyen la culminación de un proceso iniciado en el seno de la Unión Europea en el año 2010, que después de diversas propuestas y negociaciones primero en la Comisión, luego en el Consejo de la Unión Europea y finalmente, entre el Parlamento y el Consejo, fue finalmente aprobado por aquel, el 15 de enero de 2014, siendo publicadas estas normas en el DOUE el 28 de marzo de 2014....».

Como consecuencia de esto se añade, en el plano de la justificación la indicación siguiente: «... Con esta normativa, la Unión Europea ha dado por concluido un proceso de revisión y modernización de las vigentes normas sobre contratación pública, que permitan incrementar la eficiencia del gasto público y facilitar, en particular, la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública, así como permitir que los poderes públicos empleen la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, se hacía preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar diversos aspectos resaltados por la Jurispru-

dencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública, lo que también ha sido un logro de estas Directivas».

De esta forma podríamos decir que el Derecho comunitario cumple el círculo virtuoso de, históricamente, relegar a la normativa nacional para posteriormente asegurar algunos elementos centrales como la concurrencia de cara a la preservación del derecho de la competencia y, finalmente, acabar en una regulación prácticamente completa que afecta no solo a las Administraciones Públicas tradicionales sino también al Sector Público e, incluso, en otra norma específica a aquellos sectores especiales de clara relevancia pública y, en gran medida, gestionados por entes privados.

Siendo éste el objetivo central es claro que no es el único y que el propio apartado II del Preámbulo aclara que se trata de lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, adicionalmente, conseguir una mejor relación calidad-precio.

Finalmente en un tercer plano (no jerárquico) de definición de los objetivos a cumplir por la LCSP se añaden otros objetivos, socialmente muy interesantes, pero adelantemos que complejos de insertar en el marco convencional clásico de la contratación administrativa. En concreto, se alude a la simplificación administrativa, mayor acceso de las PYMES, el cumplimiento de los objetivos sociales (discapacitados, etc....).

No obstante esto, la LCSP lo que ha querido es establecerlos de una forma positivada y ordenada. Sobre esta base podemos indicar que estos principios, son, en esencia, tres cuyo mínimo alcance pasamos a analizar:

- a) Garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Moreno Molina ha señalado, desde el principio, que «en un marco interpuesto por el Derecho comunitario europeo, la nueva Ley española reconoce desde su artículo 1.º que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto a los principios generales de la contratación pública...»¹ y, específicamente, dentro del mismo el de concurrencia y publicidad.

¹ Moreno Molina, J.A. Ob. cit. Pág. 53.

La importancia de estos principios venía siendo recogida y admitida por la jurisprudencia. Así lo reconoce la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 17 octubre 2000 Recurso de Casación núm. 3171/1995. (RJ 2000\8917) cuando señala que «...a) Entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación, como ya reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1976 (RJ 1976\4068), tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de la licitación, que en la cuestión examinada aparecen vulnerados: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades...»

Es cierto que, además, se contenían formulaciones del mismo tenor en otros precedentes judiciales. A modo de ejemplo, la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 22 junio 2005 (RJ 2005\9388) en la que se afirma que «...La sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y ausencia de discriminación establecidos en el art. 11 de la LCAP son requisitos ineludibles en la contratación de las administraciones públicas. Pero, además de respetar tales principios un elemento esencial para la celebración de contratos administrativos, al igual que en el ámbito de derecho privado (Art. 1544 CC) es la existencia de un precio cierto, tal cual estatuye el Art. 14 LCAP (de igual número en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP y similar al precedente art. 12 Ley Contratos del Estado de 1965 que, además, determina que se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido....».

Antes de cualquier otra consideración es necesario indicar que se incluyen en este apartado dos referencias que aunque se pueden presentar juntas tienen, también, un cierto componente susceptible de ser diferenciado. Desde esta perspectiva la libertad de acceso a las licitaciones tiene un contenido nítidamente ligado con la contratación administrativa mientras que la publicidad y la transparencia constituyen una plasmación específica de una formulación más amplia y ambiciosa que alcanza al con-

junto de la actuación administrativa de la que la contratación es, por tanto, una mera manifestación.

En este punto podemos indicar que la libertad de acceso a las licitaciones y la publicidad de las mismas constituyen un elemento que forma parte indisoluble de la contratación administrativa en cuanto se trata del vehículo para conseguir el cumplimiento de principios que forman parte del propio Estatuto de la Administración ex artículo 103.1 de la CE y dentro de los mismos en ejecución del principio de imparcialidad y de servicio al interés general.

b) Adaptación al derecho y a las exigencias comunitarias

Es cierto, sin embargo, que la propia reformulación de la LCSP —como en general de las leyes sobre contratación administrativa de los últimos años— tiene un objetivo adicional de carácter comunitario y que se centra, precisamente, en conseguir que pueda crearse un marco esencial en el que todos los interesados de la Unión europea puedan participar en la contratación administrativa dando con ello cumplimiento sui generis al principio de libertad de circulación de bienes y servicios.

A partir de estas referencias se establecen otras que enlazan con la objetividad del funcionamiento administrativo y con su proyección instrumental que no es otra que la transparencia que pasamos a analizar.

c) Mejor adaptación a los principios constitucionales de funcionamiento de la Administración.

Con carácter general podemos señalar que el principio de funcionamiento objetivo de la Administración es de aquellos que se encuentran en el ámbito del artículo 103 de la Constitución. Las dificultades de su concreción han sido reiteradamente denunciadas por la doctrina (Nieto)². Sin embargo, como resaltó, desde el principio, Garrido Falla «no es una frase que haya aparecido casualmente al redactar el Proyecto; está puesta con

² Nieto García, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». Estudios sobre la Constitución Española. Tomo III. Pág. 2227. En este trabajo cita el de Frierich, C. J.: «El hombre y el Gobierno». Traducción española 1968. Págs. 505 y ss. en las que define la objetividad como «aquella cualidad que permite a una persona superar sus opiniones personales y sus prejuicios, de modo vea el objeto o la situación tal como es...».

toda intención...»³. Sin perjuicio de esta intención es lo cierto que su incorporación fue cuestionada en sus efectos prácticos. Así Nieto indicó que «la bienintencionada declaración constitucional no podrá oponerse nunca a esta realidad; pero no por ello debe infravalorarse su importancia...»⁴. No obstante el perfil general, es lo cierto que su proyección en este ámbito es más modesta ya que se enlaza como el principio de transparencia que es claramente instrumental en el ámbito de la Administración Pública.

Es lo cierto que una forma de control de la actuación administrativa es, precisamente, la transparencia, esto es, la capacidad de los interesados y de los ciudadanos en general de conocer el funcionamiento de la Administración en general y de los expedientes, en particular⁵.

En este sentido es necesario indicar que algunos de los derechos contemplados en el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicables a todas las personas y no sólo a los interesados concretos en los expedientes administrativos, pueden contribuir a establecer unas pautas de comportamiento y funcionamiento de la Administración Pública abierta a los ciudadanos y en los que los intereses y derechos de éstos se antepongan a los de la propia Administración.

Su formulación real exige concreción en las distintas normas sectoriales que irán recogiendo las diferentes formas de plasmar la transparencia bien sea mediante la creación de órganos de control y participación en los que participen los agentes sociales representantes de los intereses generales.

En lo que se refiere a la transparencia, y como instrumental de la misma la publicidad, debemos insistir en que se trata de una manifestación específica de un principio más amplio.

³ Garrido Falla, E.: «Comentarios a la Constitución». Madrid. 1985. Págs. 1425.

⁴ Nieto García, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales». Estudios sobre la Constitución Española. Tomo III. Pág. 2230.

⁵ Este tema ha sido analizado por Sánchez Morón, M. en diversos trabajos:
— «El principio de participación en la Constitución española». Revista de Administración Pública núm. 89. Madrid. 1989.

— La participación del ciudadano en la Administración pública. Madrid 1980.

— Participación, neocorporativismo y Administración económica. Estudios sobre la Constitución Española. Tomo V. Madrid. 1991. Págs. 3943- 3977.

La transparencia de la Administración Pública no es sólo una exigencia constitucional y administrativa sino, además, una nueva forma de ver la actuación administrativa. La funcionalidad y la operatividad que para este supuesto pueden aportar las nuevas tecnologías son sumamente importantes y, de hecho, algunas de las nuevas leyes que se han publicado recientemente y que ponen énfasis, precisamente, en la utilización de la tecnología como elemento de facilitar la transparencia y el conocimiento de la actuación de las Administraciones Públicas. Señala Piñar, sobre este punto, que «la transparencia hace referencia a tres elementos: el proceso de elaboración de decisiones por los entes públicos ha de ser abierto y participado, las decisiones tienen que ser motivadas y razonables; la información que sirve de base a las decisiones debe ser, en la medida de lo posible, accesible al público. En su Rapport 1995 sobre La transparence et le secret, el Consejo de Estado francés señala que la transparencia hace referencia a realidades diferentes: por un lado, la voluntad de informar a los ciudadanos sobre las medidas que les afecten y más en general sobre sus actividades, pero también al medio de evitar que la opacidad en la adopción de las decisiones haga saltar las sospechas de favoritismo, corrupción o arbitrariedad...»⁶

Al tema, desde otra perspectiva, se refiere Prats i Catalá cuando ubica la gobernanza como nueva forma de gestión de lo público como la gestión de redes. Así señala que «frente a estas amenazas, las redes de gobernanza presentan aspectos positivos que están justificando su uso y extensión: * la formulación e implementación de políticas se enriquece con la información, el conocimiento y la colaboración aportados por los diversos actores sociales; * Las políticas y su implementación pueden alcanzar una mayor aceptación y legitimación social, consiguiendo una ejecución menos costosa y más efectiva; * La participación interactiva y simétrica supone que una amplia variedad de intereses y valores serán tenidos igualmente en cuenta, lo que favorece el principio democrático; * las redes incrementan las capacidades unilaterales de los gobiernos para orientar la definición y solución de las cuestiones sociales, incrementándose así su efectividad y eficacia...»⁷.

⁶ Piñar Mañas, J.L.: «Revolución» (Ob. cit.) Pág. 66 y 67.

⁷ Prats i Catala, J.: «De la Burocracia al Management, del Management a la Gobernanza». Madrid. 2005. Pág. 145.

2. ASEGURAR UNA EFICIENTE UTILIZACIÓN DE LOS FONDOS PARA CONSEGUIR UN MEJOR CONTROL DEL GASTO PÚBLICO⁸

Establece el artículo 31.2 de la CE que «...2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía...». Respecto de este precepto ha señalado Cazorla que «la norma determina el “telos” del gasto público: la asignación equitativa de los recursos públicos. Esta es la directriz que debe guiar la actuación de los poderes públicos en la materia. Se trata del verdadero principio de justicia material en el gasto público. A continuación, la norma proclama dos exigencias económico-financieras de buena administración, que completan la regulación del gasto público. Tales exigencias son que «su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»⁹.

⁸ En relación con esta conexión puede verse la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 17 octubre 2000, Recurso de Casación núm. 3171/1995 (RJ 2000\8917), en la que se afirma que «...El segundo de los motivos de casación se fundamenta en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, citándose al efecto la vulneración de los artículos 2, 128 y 138 de la Constitución Española, 3 y 63 de la Ley de Contratos del Estado, 197 y 198 del Reglamento General de Contratación del Estado y el artículo primero de la Ley 16/1989, de 17 de julio, así como la jurisprudencia aplicable.

En primer lugar, la sentencia recurrida no causa vulneración del artículo 128 de la Constitución, que permite, en el párrafo segundo, a la Ley, reservar al sector público recursos o servicios especiales y una interpretación literal y sistemática del precepto obliga a entender que dichos servicios esenciales de una Comunidad, no tienen por qué ser recursos naturales o económicos, pues se puede abarcar a servicios de indudable importancia o esencialidad, como sucede en la cuestión examinada, y reconoce la sentencia impugnada, al haberse operado una actuación pública substrayendo al sector privado, por bloques propuestos en el pliego de las condiciones, de una serie de servicios que limitan la concurrencia, razones que determinan la ausencia de vulneración del artículo 128 de la Constitución.

Además, no estamos ante un caso de exclusión del régimen jurídico de la gestión de un servicio público, puesto que tal régimen se erigió como punto fundamental en el contrato que había de suscribirse, en donde el concesionario aparece como gestor de servicio público y surge la concesión administrativa, actuando la potestad accesoria del concesionario para posibilitar el objeto principal, que es la realización del servicio por el empresario gestor, y que se concreta en el alquiler de vehículos de motor.

En consecuencia, estamos ante un contrato de gestión de servicio público, que se sujeta a los artículos 62 y siguientes de la Ley de Contratos del Estado y 196 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado, preceptos que pese a la invocación que realiza la parte recurrente, no aparecen infringidos en la cuestión examinada y no estamos ante un contrato administrativo especial que la parte actora pretende encuadrar dentro del artículo cuarto de la Ley de Contratos del Estado...».

⁹ Cazorla Prieto, L.M.: «Comentarios a la Constitución». 3.^a Ed. Madrid. 2001.

Esta simple referencia nos sitúa en un entorno ciertamente claro en el que el gasto público debe estar directamente conectado con el cumplimiento del principio de eficiencia que, a estos efectos, es un trasunto legal del principio de economía constitucionalmente formulado. En este sentido insiste Cazorla en que «para la doctrina económica la eficacia muestra la relación ente los objetivos a satisfacer previamente el logro efectivo de los mismos. Por el contrario la eficiencia apunta hacia la relación entre los resultados obtenidos y los factores o medios necesarios para tal fin...»¹⁰.

Desde esta perspectiva podemos señalar que lo que intenta la LCSP es proyectar la idea de eficiencia y su versión económica —la eficiencia— sobre las decisiones de gasto que supone la contratación administrativa que solo está justificada cuando forme parte de las necesidades ineludibles de la Administración y que, además, debe estar presidida en el conjunto de decisiones alternativas que puede orientar la contratación administrativa. De esta forma podemos indicar que el principio de eficiencia se proyecta sobre el conjunto de las decisiones administrativas en materia de contratación para conseguir que la satisfacción de las necesidades se haga con la menor utilización de fondos públicos.

Es cierto que el principio de eficiencia está asegurado por el sometimiento de la actividad administrativa a un conjunto de controles que tienden a asegurar el mismo. Recordemos, en este punto, que es a este principio al que responde el conjunto de la actuación interventora¹¹ (téngase en cuenta lo que dispone el artículo 142 de la LGP cuando señala los objetivos de la misma e incluye el de «...c) Evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realiza de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria...») y la propia función que corresponde al Tribunal de Cuentas (Ley Orgánica 2/1982, de 12 mayo según el artículo 9 de su Ley cuando señala que «...1. La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía...»).

¹⁰ Cazorla Prieto, L.M.: Comentarios... Ob. cit. Pág. 743.

¹¹ La Exposición de Motivos de la LGP señala sobre este punto que «...Se establecen a su vez en dicho capítulo las modalidades, que son la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública, los principios de actuación y los deberes y facultades del personal controlador, regulándose por último los informes generales de control a remitir al Consejo de Ministros, y las especialidades normativas del control de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social...».

3. VINCULACIÓN CON LOS FINES INSTITUCIONALES

Finalmente nos encontramos en este punto con uno de los principios que pueden identificarse como más obvios en la conformación del régimen público del funcionamiento administrativo. Se trata de conectar la actividad contractual con el propio funcionamiento del órgano administrativo y de las necesidades de éste.

El principio, como se indica, no puede ser más obvio. Si la contratación administrativa responde, en esencia, a la cobertura de necesidades que la misma no puede atender con sus propios medios es evidente que la conformación de la actividad que trata de obtener los mismos en el exterior solo está justificada cuando realmente se trate de una necesidad real y cuando esté directamente con los fines y competencias de la propia organización contratante.

En el ámbito concreto de la LCSP es el artículo 28 de la misma el que establece que «...1. 1. Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación....».

Es cierto que la idoneidad y la conexión con los fines institucionales debe tener un reflejo especial en el ámbito de la gestión pública y, en concreto, debe ser uno de los elementos que nucleen el control de eficacia de las Administraciones Públicas que, aun hoy, sigue siendo una auténtica asignatura pendiente ya que aunque prevista en la LOFAGE y, actualmente, en la Ley 40/2105, de 1 de octubre (art. 3) no ha encontrado su hueco natural y sigue preterida por los controles de carácter económico que realmente son los únicos que tienen tradición e implantación.

4. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Adicionalmente a lo que acaba de indicarse el evidente e, incluso, explícito que gran parte de la sociedad española ha puesto en la contratación administrativa sus ojos para la prevención de la corrupción.

Los acontecimientos vividos en los últimos años en la vida social española han hecho que sea la figura del contrato administrativo uno de los objetos de control esencial porque es cierto que la patología de la actuación pública que, ahora, se analiza en los juzgados penales ha tenido, en un número importante de supuestos, a la contratación administrativa como objeto central. Realmente las dos únicas «salidas» de dinero público hacia los particulares se producen con la contratación administrativa y con el régimen de subvenciones, cuestiones ambas que están claramente en el foco de la atención mediática actual por estar dilucidándose en el ámbito penal algunos de los casos más representativos del mal funcionamiento de ambas instituciones.

La cuestión central en la prevención de la corrupción, que, sin duda, constituye un objetivo compartido por todos, es la solución adoptada. Tal y como se está enfocando, parece que la esencia de la solución es la reducción de los márgenes de libertad de los órganos de contratación. Para ser exactos, de los márgenes de apreciación y valoración que son los que pueden llevar a la adjudicación de un contrato. Esta reducción o, cuando menos, matización de los márgenes de apreciación es una constante y demuestra el daño institucional que ha propiciado la corrupción porque esta reducción del margen de apreciación no es siempre una buena noticia.

La Administración, sus fines y sus actividades se han vuelto actividades complejas en las que la solución única y sin matices no es, precisamente, la solución más idónea. Los matices ligan con la mejor provisión de bienes y, por ende, con el ajuste a las necesidades de la organización pública. No es el momento de incidir en esta cuestión de una forma más compleja pero sí de indicar que la histórica subasta o el criterio único —en la terminología actual— supone una limitación que, necesariamente redundará en contra de la propia eficacia.

El problema es cómo devolver la confianza en el funcionamiento administrativo y, por supuesto, cómo establecer sistemas de control que hagan posible el debate y el cuestionamiento de los márgenes de apreciación que legítimamente deben corresponder a los órganos administrativos. Sin embargo, la inexistencia de controles no debe conducir, como en gran medida está ocurriendo, a limitar la apreciación. El control tiene su esencia y su funcionamiento y su inexistencia o su falta de operatividad no debe conducir a la reformulación del esquema de apreciación sino a la implantación de los

controles necesarios y suficientes para justificar una actuación correcta de dicha potestad.

El control y la necesidad de encontrar una línea clara en su introducción nos permite algunas consideraciones específicas en función del tipo de control y de la finalidad que se busque con el mismo:

a) Jurídico. El control de carácter jurídico tiene como objetivo esencial asegurar el procedimiento y la elección de la oferta considerada como más ajustada a los criterios y normativa que delimita el propio contrato.

En este punto puede decirse que la introducción del denominado recurso especial y la creación de los tribunales de contratos han transformado los límites y la percepción del control jurídico que, esencialmente, era, hasta ese momento, un control cuya esencia era, finalmente, indemnizatorio. Ahora tanto por los tiempos de resolución como por la posibilidad de adopción de medidas cautelares las resoluciones de los tribunales de contratos llegan a tiempo y, por tanto, pueden producir efectos tanto en el ámbito de la adjudicación como de la ejecución del contrato.

b) Económico. El control económico tiene una doble dimensión. De un lado, la interna, que consiste en el control por la intervención respectiva del crédito y de las características del gasto y el cumplimiento de los requisitos esenciales en relación con la adjudicación.

En esencia podríamos indicar que este tipo de control no ha funcionado, históricamente, de forma negativa porque demuestra que, formalmente, las cosas se han hecho bien desde la perspectiva del cumplimiento de los requisitos de tal carácter que establecen las normas.

Es cierto, sin embargo, que la realidad ha cuestionado seriamente la efectividad de este tipo de control ya que la mayor parte de los casos que ahora se reparten en la geografía española demuestran que la legalidad formal no es suficiente en el ámbito del control porque haciendo los «papeles» correctamente puede estarse cometiendo una infracción administrativa o, incluso, un delito. Esto demuestra que los problemas están en una fase diferente a la conexión con la línea de gasto público y presupuestación que es a la que corresponde el control económico de carácter interno.

Esta perspectiva ha de completarse, sin embargo, con la existencia de órganos de control externo y en esencia con la labor del Tribunal de Cuentas. Respecto de este órgano sería muy injusto no indicar que en su funcionamiento y operatividad ha habido un cambio sustantivo en los últimos años y que su capacidad de detectar problemas de funcionamiento o patologías complejas en el funcionamiento de los órganos administrativos es, ahora, mucho más elevada que en otros tiempos.

Es cierto, sin embargo, que aunque dicho cambio y dicha reflexión es claramente perceptible no lo es, en esencia, la obligación de implementación de las medidas o de corrección de las irregularidades detectadas. Si no existe responsabilidad contable, las recomendaciones y las circunstancias detectadas tiene un alcance ciertamente limitado y, en muchos casos, no sirven ni para cambiar el funcionamiento del respectivo órgano especialmente cuando se refieren a responsables administrativos que no son lo que tienen la dirección pública en ese momento.

Sin negar la importancia del control económico hay, también, que reconocer e incidir en su insuficiencia general para el control de las organizaciones y éste es, precisamente, uno de los problemas que claramente se perciben en las organizaciones públicas en la actualidad.

c) Eficiencia. El control de eficacia fue introducido en el ámbito Administrativo por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que se le atribuía a los órganos superiores del departamento sobre el conjunto de la actividad administrativa de los órganos que componían la estructura del respectivo departamento.

Con vocación de análisis podemos indicar que su delimitación específica no se concretó en momento alguno, su diferencia respecto de la eficacia económica no se trazó y la falta de objetivos de las respectivas organizaciones llevaron a que su instauración pudiera considerarse como un efecto óptico, como una esperanza más que cualquier otra cosa.

Hoy la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público ha señalado en el artículo 3 una serie de principios que inspiran el funcionamiento de los órganos administrativos. En lo que aquí interesa conviene recordar lo que establece el artículo 3 cuando determina que la actuación y relaciones de

la Administración deben ajustarse, entre otros, a los siguientes principios:

«...g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.

h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.

i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales

j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos...».

Adicionalmente y, desde otra perspectiva, se incluya como uno de los principios rectores el de la «responsabilidad por la gestión pública...».

Esto nos permite decir que el marco jurídico, al menos desde la perspectiva de los principios, está suficientemente claro aunque no pueda decirse que, desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015, sean reconocibles ni se hayan presentado iniciativas que realmente abunden en una línea práctica y de cumplimiento de los objetivos expuestos.

Realmente, sin embargo, el legislador pide programación desde normas diversas. En este sentido, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria se refiere en el artículo 5.º al principio de plurianualidad de la actuación administrativa y en el artículo 7 a que «...1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público...». En el mismo sentido y, desde otra perspectiva, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre establece en el artículo 6.º que «...2. Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente. En el ámbito de la Administración

General del Estado corresponde a las inspecciones generales de servicios la evaluación del cumplimiento de estos planes y programas....».

Estos dos ejemplos nos ponen sobre la pista de lo que el legislador ha querido introducir en las regulaciones de los últimos tiempos. Se trata de buscar la programación, los objetivos y la incidencia plurianual del gasto desde la perspectiva presupuestaria.

El marco legal para el establecimiento del control de eficacia está suficientemente diseñado o apuntado desde el marco normativo pero es lo cierto que el impulso real de este tipo de reformas nunca ha acabado de llegar porque la línea implementación de políticas públicas de gestión no ha formado parte, tradicionalmente, parte de las agendas políticas que han pensado, muy a menudo, que la fuerza transformadora de las pautas de actuación derivan directamente de la ley. Lejos de esto desde la gestión y desde la ciencia política se ha demostrado hasta la extenuación que las políticas públicas exigen algo más que el mero apunte legal y exigen compromiso y organización para la implementación y retroalimentación como consecuencia de la evaluación de las medidas expuestas.

d) De Directivos

La lógica consecuencia del planteamiento al que nos acabamos de referir es la exigencia de responsabilidad a los directivos públicos como consecuencia de la evaluación de los objetivos respecto de la misma función. Si analizamos la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado se comprueba que existen una serie de principios inspiran el ejercicio del cargo¹². Es lo cierto, sin

¹² El artículo 3 de la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado señala los siguientes principios como inspiradores del funcionamiento de la Administración

«...1. El ejercicio del alto cargo queda sometido a la observancia, además de a las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente a los siguientes principios:

- a) Interés general: servirán con objetividad a los intereses generales.
- b) Integridad: actuarán con la debida diligencia y sin incurrir en riesgo de conflictos de intereses.
- c) Objetividad: adoptarán sus decisiones al margen de cualquier factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares, o cualesquiera otras que puedan estar en colisión con este principio.

embargo, que esta norma eludió el régimen de responsabilidad y que se centra en el ejercicio de alto cargo desde la perspectiva subjetiva de lo que se espera en lo personal y en el comportamiento de los altos cargos. La gestión, la responsabilidad por la gestión no figura entre los elementos que condicionan o permite el ejercicio del alto cargo. Otro tanto ocurre con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que establece en el artículo 26 de la Ley una serie de principios de buen gobierno pero que, finalmente, tampoco contiene un régimen acabado de reproches para los que, simplemente, son malos gestores públicos y no cumplen los objetivos de su respectiva organización.

La ausencia de objetivos públicos y explícitos y la falta de responsabilidad de los directivos públicos en su confección o elaboración y su medición y comprobación de que se cumplen los mismos son elementos que lastran la gestión pública actual y la sitúan en entornos organizacionales de otro momento y de otro tiempo.

5. UNA PROBLEMÁTICA RECURRENTE QUE GIRA SOBRE LA NECESIDAD DE PROGRAMACIÓN Y PLANIFICACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contempla, como acabamos de exponer, una serie de principios que inspiran la gestión pública. Específicamente se incluye en el artículo 3.º g) el de planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas al que se añade en el apartado h) el de la eficacia en el cumplimiento de los objetivos y en el apartado i) el de Economía, suficiencia, y adecuación estricta a los objetivos fijados. Desde una perspectiva complementaria se incluyen el de economía, suficien-

d) Transparencia y responsabilidad: adoptarán sus decisiones de forma transparente y serán responsables de las consecuencias derivadas de su adopción.

e) Austeridad: gestionarán los recursos públicos con eficiencia y racionalizando el gasto.

2. Los principios enunciados en el apartado anterior informarán la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos. Servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras. Su desarrollo y las responsabilidades inherentes a su eventual incumplimiento se regularán por las normas vigentes sobre buen gobierno en su correspondiente ámbito de aplicación...»

cia y adecuación estricta de los medios a los fines instituciones y el de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

El precepto citado encuentra, como hemos indicado, precedente en la LOFAGE y representa elementos esenciales para la gestión pública moderna y, realmente, nos sitúa ante una de las grandes carencias de la gestión pública de nuestro país: La programación y la planificación.

Estas carencias se proyectan sobre el conjunto de ámbitos que integran la gestión pública y de los que la actividad contractual no deja de ser un elemento instrumental. Si pensamos seriamente podemos ver que la actividad contractual es, en esencia, una labor de aprovisionamiento de bienes y servicios para la cobertura de las necesidades derivada, a su vez, de la necesidad de cumplir los objetivos y las tareas de la respectiva organización. Este aprovisionamiento se produce, por tanto, con una relación directa de la respectiva organización y el cumplimiento de los fines que a la misma corresponden.

Esta conexión entre necesidades y fines es consecuencia de la programación y de la validación de la misma en el ámbito presupuestario que, como hemos visto, ha introducido un amplio giro a favor de la plurianualidad. Se cumple así el «circulo virtuoso», la programación es una actividad previa y de carácter interno, que se valida por los órganos superiores y se ratifica en el compromiso presupuestario que es la validación económica de los objetivos.

La actividad de programación es, esencialmente, una actividad de planificación y por tanto, de temporización de las necesidades en función de los objetivos a satisfacer.

La falta de programación está, sin duda, en el fondo de muchos problemas que achacamos a la normativa contractual. El fraccionamiento de contratos, las «facturas en los cajones», los contratos de urgencia (incluso, en otros tiempos, los de emergencia), la falta de motivación o, incluso, la falta de delimitación del objeto del contrato en términos de imparcialidad y objetividad y no predeterminación del perfil son elementos que se mitigarían si las Administraciones Públicas tuvieran que programar y ubicar el respectivo contrato en el marco estratégico de la propia organización. Lejos de esto y, lejos de las determinaciones legales es, cada vez más frecuente, que la improvisación, la urgencia y la falta de vinculación estratégica sean los elementos que inspiran el funcionamiento de la Administración respectiva.

En este marco, los cambios normativos no tienen, por sí solos, la suficiente importancia ni producen el impulso suficiente para la transformación de la realidad y, por tanto, poco puede esperarse de un cambio normativo si realmente no se ubica en un contexto más amplio de impulso de la gestión pública y de la transformación de las pautas de actuación.

6. UN MARCO JURÍDICO COMPLEJO QUE EXIGIRÁ TIEMPO PARA SU ACOPLAMIENTO Y AJUSTES

Al margen de los problemas de contexto que nos parecen ciertamente importantes para ubicar la cuestión, es lo cierto que de la LCSP pueden decirse diversas cosas y puede calificarse de diferentes maneras menos de una norma sencilla. Una norma con más de trescientos artículos, con un desarrollo reglamentario que no se corresponde totalmente con la nueva regulación y que entra en el Congreso con una versión que sufre la aprobación de más de mil enmiendas es, sin duda, una norma compleja y, en muchos casos, no suficientemente acabada ni perfeccionada.

Por destacar tres temas que resultan claramente afectados por esta necesidad de «acoplamiento» podemos indicar, por ejemplo, que el papel de los criterios sociales, medioambientales y de igualdad en el marco del procedimiento de adjudicación y sus verdaderos límites y contornos es algo que, ciertamente, exige un tiempo y un acoplamiento que, en estos momentos, se vislumbra como complejo en función de la propia operatividad de la norma. El papel y el alcance de todo el entramado administrativo de supervisión con la Oficina Nacional de Evaluación, la Estrategia Nacional de Contratación Pública o la oficina independiente de regulación y supervisión de la contratación está por concretar y, sobre todo, nos obliga a reclamar un impulso para la implementación real y no teórica como tantas veces ha ocurrido en la historia reciente de la gestión pública española que se caracteriza, a menudo, por la creación de órganos a los que, finalmente, no se les dota de medios y recursos suficientes y acaban teniendo un funcionamiento que podríamos calificar de «langüescente».

Dejo para el final y, de forma separada, la vinculación de la contratación pública y el derecho de la competencia. Una cuestión por construir y por armar. Es preciso encontrar un punto de equilibrio entre las potestades del órgano de contratación y las necesidades de la Administración frente a la conformación de mercados abiertos, competitivos, no excluyentes y no discriminatorios que, en

esencia, es lo que protege la normativa de la competencia. Este equilibrio no está resultado sencillo y la vinculación de los órganos de contratación en la determinación (presunta) de infracciones en el marco de la normativa de competencia unido a las facultades de los propios y específicos órganos de competencia estatal y autonómicos es, sin duda, un problema adicional que exige encajes interpretativos y de posicionamiento que, de momento, proyectan una cierta inseguridad en la compatibilidad genérica de ambos sectores del Ordenamiento Jurídico.

De esta forma podríamos indicar que la nueva norma de contratos se enfrenta al reto de su propia supervivencia y de consolidación de un modelo que haga compatible la provisión de bienes y servicios en tiempo con el cumplimiento de los requisitos de una norma compleja, con tiempos de contratación y tramitación de procedimientos nada cortos y, finalmente, con amplias incertidumbres en relación con los criterios y la aplicación real de la norma.

Más allá de que se cumpliera con ello una obligación de carácter comunitario el reto, ahora, es que las piezas vayan cuadrando poco a poco y que seamos capaces de encontrar un marco de eficiencia en la contratación administrativa que constituya, adicionalmente, una garantía frente a los ciudadanos de que no existen conductas desviadas. Queda mucho camino por recorrer pero sería más fácil si la programación y la validación de los objetivos constituyera un elemento central de la actuación administrativa cotidiana.