

Iván Ariel Ochsenius Robinson

Mecanismos de control interno
que complementan y fortalecen el
control jurídico de la contratación
pública española

Departamento
Derecho Público

Director/es
GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606

Tesis Doctora

**MECANISMOS DE CONTROL
INTERNO QUE COMPLEMENTAN Y
FORTALECEN EL CONTROL
JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA ESPAÑOLA**

Autor

Iván Ariel Ochsenius Robinson

Director/es

GIMENO FELIÚ, JOSÉ MARÍA

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Público

2018

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO



TESIS DOCTORAL

**“MECANISMOS DE CONTROL INTERNO QUE
COMPLEMENTAN Y FORTALECEN EL CONTROL
JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
ESPAÑOLA”**

Iván Ochsenius Robinson

Director:

Prof. Dr. D. José María Gimeno Feliú

Zaragoza, 2018

INDICE

Resumen de la investigación	8-9
Principales abreviaturas utilizadas	10-11
I. Justificación del estudio	
1. Justificación	12-16
2. Objetivo general	17
3. Metodología	17-19
4. Limitación o alcance	19
5. Cuestiones objeto de análisis (preguntas directrices)	19

CAPÍTULO PRIMERO. “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PRESENTE”

I. Introducción al estudio	20-23
II. Panorama normativo global de la contratación pública	
1. Introducción	24-26
2. Estados de la Unión Europea	27-32
A. Directivas sobre contratación pública	32-38
3. Países de América	38-43
4. Estado español	43-48
A. Principales críticas al actual ordenamiento jurídico en contratación pública	48-54
B. Reflexiones normativas	54-58
5. Aportes que puede hacer la legislación para un control efectivo de la contratación pública	58-63
III. Situación de las compras del Estado	
1. Tendencia de la contratación pública	
A. Países de la UE, América y España	64-69
B. Desarrollo del capital humano e instauración de una visión multidisciplinar	69-71
C. Hacia una perspectiva estratégica de la contratación pública	71-73
D. Factores que han incidido en su evolución y tendencia	73-75
2. Objetivos de la contratación pública y su implementación	75-80
A. Horizonte de los objetivos sociales	80-84
B. Diferencia entre los objetivos operacionales y finales en materia de contratos públicos	84-86

3. Problemáticas globales de los sistemas de contratación pública	86-92
4. Disfunciones en la contratación pública española	92-103
IV. Aspectos relevantes de la contratación pública	
1. Transparencia como principio fundamental en materia de contratos públicos	
A. Introducción	104-107
B. Finalidad y nivel de transparencia en el proceso de contratación	107-113
C. Beneficios concretos de una transparencia bien implementada	113-118
D. La transparencia como instrumento para el control y rendición de cuentas	118-126
E. Dimensión legal de la transparencia española vinculada a los procesos de contratación	126-131
a) España y su transparencia en contratación pública	131-135
2. Contratación eficiente y eficaz. Fundamentos y conceptualización	
A. Introducción	135-137
B. Contratación pública eficiente	137-142
C. Contratación pública eficaz o efectiva	142-146
3. Contratación orientada a la innovación o compra pública de innovación	
A. Definición y características	146-151
B. Importancia y tendencia	151-154
C. Realidad sucinta del contexto español	154-159
V. Contratación pública electrónica como mejoramiento integral e insumo de control	
1. Introducción	160-161
2. Objetivos de la contratación pública electrónica	162-164
3. Beneficios directos	164-171
4. Realidad abreviada entre países europeos y americanos	171-172
A. Países de Europa	172-176
B. Países de américa	176-179
5. Descripción normativa vinculante a la contratación electrónica en España y su contexto actual	180-187
6. Barreras y algunos factores de éxito para implantar la contratación pública electrónica	187-193

CAPÍTULO SEGUNDO. “EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

I. Introducción	194-197
II. Dimensión del control en la operatoria de la contratación pública	
1. Conceptualización del control y su implementación	198-203
2. Motivos destacados del por qué se deben controlar las compras públicas	203-210
3. Abreviada perspectiva Europea y Americana del control en materia de contratos	210-215
4. Situación específica del control en el sistema de compra pública	215-218
5. Secuencia del control en la contratación pública	218
A. Momento del control	218-221
B. Responsables del control	222-223
a) Control interno	
¿Quiénes son los responsables en ejercer este control?	223-229
b) Control externo	
¿Quiénes son los responsables en ejercer este control?	229-234
¿Cuáles órganos ejecutan este control en España?	235-239
C. Controles demandados en materia de contratos públicos	
¿Por qué el control legal y presupuestario-financiero vienen a ser insuficientes para la contratación pública de hoy?	239-252
6. El control como instrumento de lucha contra la corrupción en materia de aprovisionamiento público	
A. La corrupción, sus efectos, y algunas medidas para reducir y controlar este problema de los contratos públicos	252-262
B. Situación de la corrupción en la contratación pública española y los hitos que han ayudado a combatirla	262-266
7. Retos esenciales que el control debe enfrentar en materia de contratos	266-269
III. Aspectos y/o instrumentos relevantes que potencian el control en materia de contratos públicos	
1. Cuatro pilares institucionales internos de apoyo para un control integral	270
A. Pilar 1. Profesionalización del funcionario de contratación pública	270-275
B. Pilar 2. Sistemas de datos e información oportunos	275-279
C. Pilar 3. Planificación de las adquisiciones y sus ventajas	279-285
D. Pilar 4. Herramientas de control y/o evaluación efectivas	285-287

2. Siete herramientas de control interno como propuesta instrumental para medir la contratación pública	287-298
3. Integridad y pactos de integridad como soporte al control en materia de contratos	
A. Principio de Integridad	299-306
B. Control de la integridad: conducta funcionaria y otras acciones	306-312
C. Pactos de Integridad	312-316
4. Factores o actividades de éxito que promueven el control en los sistemas de adquisiciones públicas	317-324
IV. España y el control de su contratación pública	
1. Introducción	325-327
2. Contexto y deficiencias del actual control en materia de contratos públicos	327-333
3. Doce elementales causas que inciden en el deficiente control de la contratación pública española	334-341
4. Indicaciones legislativas relevantes que vinculan un control en la contratación pública	
A. Marco general	341-348
B. Nueva 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, y su consideración hacia el control	349-356
5. El control interno en la contratación pública española	356-359
A. Debilidades del control interno en materia de contratos públicos	359-361
B. Principales efectos negativos del deficiente control interno	362-363
C. Materias que debe priorizar el control interno en la contratación española	363-366
D. Propuesta de controles internos mínimos al actual sistema de contratación	366-370
E. Organismos responsables del control interno en España	370-372
6. Retos del control en la contratación pública española	372-379

CAPÍTULO TERCERO. “HERRAMIENTAS COMPLEMENTARIAS DE GESTIÓN Y CALIDAD PARA EL REFUERZO DEL CONTROL JURÍDICO INTERNO EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

I. Introducción	380-382
II. Alcance en la gestión y mejora del proceso de contratación pública	
1. Mejora de la gestión en materia de contratos	383-385
A. Optimización del proceso de contratación a través de su control	385-390
a) Esquema de un proceso de contratación pública genérico en la UE	391-392
b) Descripción de un proceso de contratación pública español	
Etapa I. Preparación o inicio de la licitación	392-396
Etapa II. Período de presentación de ofertas (publicación y recibo de propuestas)	396-398
Etapa III. Evaluación de las ofertas y adjudicación de los contratos	398-400
Etapa IV. Formalización de los contratos	400-402
Etapa V como propuesta: seguimiento o gestión de la compra (contrato)	402-404
Etapa VI como propuesta: retroalimentación de la información del sistema de compras	404-406
B. Documentación de procedimientos como directriz para mejorar el proceso de compra	406-411
III. Relevancia de la calidad en el marco de la contratación pública	
1. Fundamentos de la calidad y calidad total como entorno de mejora continua	412-416
2. Hacia la calidad y calidad total en materia de contratos públicos	
A. Perspectiva de la calidad como referencia para lograr una mejor contratación pública	416-421
a) Entorno del sistema de contratación español	421-424
B. Calidad requerida en materia de contratos públicos ¿Quién la define?	424-427
C. Calidad total y doce acciones directas que podrían mejorar esta condición en los sistemas de aprovisionamiento público	428-430
D. El control de la calidad en la contratación pública	430-433

IV. Herramientas básicas de mejora de la gestión y la calidad para el “proceso interno de la contratación pública”, implementadas simplificadaamente como refuerzo al control jurídico

1. Introducción	434-435
A. Cuadro o diagrama de Pareto	436-437
B. Diagrama causa-efecto (o espina de pescado)	437-438
C. Estratificación	438-439
D. Hoja de verificación o checklist	439-440
E. Histograma	440-442
F. Diagrama de dispersión	442-444
G. Gráficas y cuadros de control	444-446

V. Metodologías o filosofías para la mejora de la gestión y calidad del “sistema de contratación pública”, implementadas simplificadaamente como refuerzo al control jurídico

1. Introducción	447-448
A. Método Lean	449-451
B. Poka Yoke	452-455
C. Método de las 5S	455-458
D. Ciclo Deming o PDCA	458-459
E. Benchmarking (Análisis comparativo inter-organizacional)	459-462
F. Modelo Europeo de la Gestión de la Calidad (EFQM)	462-465

VI. Conclusiones del capítulo 466-469

RESPUESTA A LAS CUESTIONES OBJETO DE ANÁLISIS

DE LA INVESTIGACIÓN 470-475

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS 476-499

ANEXO 500-524

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

Este estudio comienza con destacar y caracterizar la importancia de la contratación pública en los Estados actuales, profundizando tal trabajo en el territorio español y su marco legal, características, disfunciones y desafíos, fundamentando como parte esencial de esta investigación, el por qué es trascendente e imperativo medir y controlar esta temática, investigando por lo tanto los “mecanismos de control interno que complementan y fortalecen el control jurídico” actual, lo cual nos permite finalmente concluir que esta materia de contratos en el país no puede mejorar y avanzar sin otros tipos de mediciones y visiones multidisciplinarias. Para llevar a cabo lo anterior, se establece un objetivo general del trabajo, una metodología, así como también las limitaciones o alcances que enmarcan y condicionan lo investigado. En esta primera parte, se indican además las cuestionantes que van a condicionar el objeto de este estudio, o también llamadas preguntas directrices.

Entrando en la estructura de este trabajo de tesis, diremos que está formado por tres capítulos, un apéndice que da respuesta a las cuestiones objeto de análisis, una bibliografía y referencias, y un anexo que fundamenta varios de los puntos relevantes del estudio.

Así, resulta por tanto que el *primer capítulo* busca, primeramente, introducir al lector a la contratación pública presente desde una perspectiva amplia y universal, abarcando tanto la realidad concerniente a lo jurídico como al ámbito de la gestión interna, principalmente en países de la UE, américa y particularmente España. En esta tarea, además de destacar la tendencia global se subrayan los objetivos que debe perseguir esta función de aprovisionamiento junto a las problemáticas y disfunciones que enfrenta, investigando en mayor profundidad el escenario del territorio español.

En una segunda parte de este primer apartado, se analizan además los aspectos significativos de esta materia como la transparencia, eficiencia y eficacia, innovación, y contratación electrónica, haciendo hincapié en este último aspecto como el desafío principal que deben alcanzar las Administraciones de todos los países al día de hoy.

Hacia el *segundo capítulo*, analizamos detenidamente la injerencia del control en nuestro objeto de estudio, primeramente desde una visión conceptual, para seguidamente establecer los motivos destacados del por qué controlar, sus características específicas y secuencia de éste, los momentos de ejecución, como quienes son los responsables de llevarlo a cabo; para posteriormente, presentarlo como un instrumento que igualmente permite luchar contra la corrupción y malas prácticas en el actuar público.

En segundo lugar, describimos y explicamos la importancia de cuatro pilares que potencian esta función administrativa en materia de contratos, para finalmente exponer la realidad del contexto español y su control en este tópico, destacando tanto su marco normativo como su realidad operativa, y los retos que debe soslayar si desea mejorar y avanzar como lo demanda la sociedad actual. En esta sección, resaltamos asimismo cuáles son los controles que se están exigiendo actualmente en el Estado español además de las tradicionales mediciones de legalidad y presupuestarias-financieras.

En el *tercer y último capítulo*, nos introducimos en las “herramientas complementarias de gestión y calidad que refuerzan este control jurídico de la contratación”, caracterizando para ello el alcance y preocupación que debemos tener por la gestión y mejora del proceso o ciclo de vida de la compra, en donde describimos tanto un proceso de contratación genérico de la UE como aquel llevado a cabo en la contratación pública española con sus aspectos relevantes.

Dentro de este objetivo anterior, adicionamos conjuntamente la relevancia de la calidad en el marco de la contratación como comienzo de todo el proceso y ayuda al control, aplicando para ello al proceso interno de compra las “herramientas básicas de mejora de la gestión y calidad universales” propuestas por el reconocido experto mundial japonés ISHIKAWA KAORU, para complementariamente proponer ciertas “metodologías o filosofías” de mejora de este atributo a todo el sistema en su conjunto. En último lugar, reflexionamos sobre la importancia de tales herramientas y metodologías para el control de la contratación aportando ciertas conclusiones del capítulo.

Finalizando esta investigación, buscamos dar respuesta de forma precisa a las cuestiones objeto de análisis o preguntas directrices que estructuraron este trabajo investigativo, describiendo sucesivamente la bibliografía utilizada y los anexos que lo han sustentado.

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

AEC	Asociación Española para la Calidad
AEVAL	Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios
BID	Banco Interamericano del Desarrollo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Comisión Europea – Constitución Española
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
COSITAL	Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local
COSO	Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CPOI	Compra Pública Orientada a la Innovación
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
GAO	Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno en Estados Unidos
ICEX	Instituciones de Control Externo de España
IESE	Instituto de Estudios Superior de la Empresa
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
INTOSAI	Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores
KONEPS	Sistema de compra online de Corea del Sur
LCSP	Ley de Contratación del Sector Público
LGP	Ley General Presupuestaria y normas complementarias
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
OCEX	Órganos de Control Externo
OBCP	Observatorio de Contratación Pública
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas

PIB	Producto Interno Bruto
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RIGG	Red Interamericana de Compras Gubernamentales
SIGMA	Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal de Cuentas Europeo
TED	Tenders Electronic Daily
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de Información y Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCS	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
UE	Unión Europea

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

1. JUSTIFICACIÓN

Conforme sostienen BOMBILLAR SÁENZ et al, la contratación pública es una de las facetas de la actividad administrativa que más influye en el desarrollo económico de los Estados, siendo sometida al imperativo de cada Constitución democrática que busca intereses generales¹. Según el Tribunal de Cuentas Europeo, esta materia representa casi un 20% del PIB mundial² -y casi un 40% del gasto público³-, existiendo un consumo en ella que se incrementa año tras año⁴, convirtiéndose por ende, en una función con potencial dinamizador para las economías, sobre todo para la participación de las PYMES. De esta manera, tal función de aprovisionamiento no sólo ha llegado a ser relevante por sus altas sumas de recursos, sino también, por haberse transformado en una actividad estratégica y fundamental para apoyar y desarrollar variadas políticas sociales y económicas en los diferentes países.

Resulta por tanto, que sus recursos involucrados, intereses financieros en juego, y su estrecha interacción entre el sector público y privado -como todas las vertientes de crecimiento que involucra su operatoria-, hacen de esta temática un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción⁵. Advirtiendo con ello la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que esta actividad gubernamental sigue siendo la más vulnerable de gasto, fraude y corrupción por el tamaño de sus flujos financieros involucrados⁶.

De este modo, y para que tal aprovisionamiento pueda jugar un rol estratégico en brindar un servicio eficaz, eficiente y transparente como se demanda en la actualidad⁷, necesita ser articulado jurídicamente, escuchando a todas sus partes y actores, como asimismo, ser gestionado y controlado efectivamente, buscando satisfacer -como ya lo hacía plausible el Informe NOLAN del año 1994 en uno de sus principios-, un interés público por sobre otro de cualquier tipo⁸; y al mismo tiempo, ejecutar su trabajo al mejor precio y con la mejor calidad posible⁹. Todos estos requisitos nos exigen,

¹ Bombillar Sáenz et al (2014), p.16.

² Tribunal de Cuentas Europeo (2015), p.10.

³ AEVAL (2016), p.147.

⁴ Ver informe “Public Procurement Indicators 2015” de la UE, de 19 de diciembre de 2016, pp.5-7.

⁵ Gimeno Feliú (2014a), p.95; Business and Industry Advisory Committee to the OECD (2014). “BIAC Economic Policy Survey 2014”, citado por OCDE (2016b), p.6.

⁶ OCDE (2017a).

⁷ World Bank Group (2016).

⁸ Canales Aliende (2012), p.23.

⁹ Arcidiácono et al (2006).

en definitiva, el deber de ejercer una contratación pública que sea medible y controlada, utilizando la información proveniente de su control para mejorarla y avanzar.

La necesidad de controlar esta materia, por lo tanto, viene como resultado de la obligación que le impone la sociedad al Estado por lograr ser más eficiente y eficaz con sus recursos públicos. Como ha sostenido la OCDE a este respecto, la reciente crisis económica ha incrementado las presiones sobre los gobiernos para lograr ganancias de eficiencia en la entrega pública de servicios¹⁰. Mencionando además que el principal objetivo de la normativa comunitaria europea en cuestión es garantizar la eficiencia de los fondos públicos¹¹. Es más, este organismo al año 2016, ha señalado que entre las prioridades de las reformas en materia de eficiencia de contratos públicos, se encuentra el “mejoramiento de mecanismos de monitoreo” del sistema¹².

Acorde a lo indicado por N. FEINSTEIN, un modo de saber si hay que controlar y/o evaluar algo es por los incentivos y capacidades de usar esta información, así como su demanda. Este autor, ha planteado que para que una evaluación pueda ser útil debe haber una demanda de esta, señalando en consecuencia que lo importante es buscar situaciones o problemas que sean relevantes de evaluar, lo cual aumentará la probabilidad que se utilicen tales estudios¹³. Por esta razón, *¿Acaso la contratación pública actual no es una situación relevante que necesita ser medida y mejorada?* La realidad mundial manifiesta esta demanda y la sitúa como una prioridad para el desarrollo público. Saber qué estamos comprando, a quién o quienes, y cómo podemos aprovechar los escasos recursos estatales al máximo, es de vital importancia, y es la base de una contratación que desea ser estratégica y prosperar en innovación.

Controlar nos permite, entre otras cosas, acercar los contratos públicos a una legislación eficaz y que escuche a su entorno; información de adquisiciones efectiva y oportuna; procedimientos claros e institucionalizados; cooperación inter y extra institucional; exigencia de liderazgo eficaz de las autoridades; y un uso de herramientas efectivas que midan nuestro actuar. Como complemento, controlar también facilita a la contratación alejarla de prácticas políticas y clientelares; irregularidades; ineficiencias y duplicidades; y sobre todo, de la manera que la seguimos pensando y ejecutando.

¹⁰ OCDE (2015a), p.162.

¹¹ Gimeno Feliú, (2014b), p.16.

¹² Business and Industry Advisory Committee to the OECD (2014). “BIAC Economic Policy Survey 2014”. Citado por OCDE (2016b), op. cit., p.8.

¹³ Feinstein N., 2002, citado por Ochsenius Robinson (2008), p.27.

Los sistemas de control actuales en esta materia, se han mantenido a la par con la propia inercia tradicional de las administraciones públicas. Encontrándonos en la praxis con una medición mayormente de legalidad de las actuaciones administrativas, así como un control presupuestario y financiero de sus recursos, evidenciándose que al presente, tales controles son insuficientes para hacer frente a todas las disfunciones que emanan del sistema, como asimismo a los vicios relativos a su corrupción.

Esta situación antes descrita, ha sido percibida -entre otros- por GIMENO FELIÚ y la OCDE, donde el primero ha indicado que en la gestión de la contratación no basta que se respete el principio de legalidad, sino también es necesario que se logre la eficiencia¹⁴. Argumentando por su parte la OCDE, que los gobiernos deben alejarse de un enfoque basado estrictamente en el cumplimiento de normas para acercarse a una visión gerencial y de gestión¹⁵. Añadiendo finalmente FUENTES VEGA et al, que el control del gasto público lleva incluidas dos modalidades: la legalidad donde prima el matiz jurídico; y la economicidad (gestión) donde se abarca lo económico¹⁶, advirtiendo estos últimos autores que *“No basta, no puede bastar, con tener un control que garantice el cumplimiento de la legalidad, es preciso que este mismo control ayude a mejorar la gestión de los fondos controlados ya que así cumplirá su finalidad”*¹⁷.

Todo este escenario hasta aquí expuesto, en el territorio español no es muy diferente, sosteniendo ante ello SANMARTÍN MORA, que *“La visión de la contratación pública desde un enfoque estrictamente jurídico está ampliamente superada [...] la gestión de la contratación pública tiene que enfrentarse a nuevos retos que van más allá de aplicar correctamente los procedimientos de adjudicación en una labor meramente administrativa...”*¹⁸.

Tanto la Constitución Española; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (artículo 26, entre otros); la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como la reciente LCSP 9/2017 (al igual que también lo planteaba la anterior LCSP 3/2011), entre otras normativas, disponen de controles jurídicos, presupuestarios-financieros, y mediciones de eficiencia y eficacia sobre sus recursos públicos. No obstante, y a pesar de este entorno de control garante, sólo se percibe en la praxis una medición de la

¹⁴ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.6.

¹⁵ OCDE (2017b), p.14.

¹⁶ Fuentes Vega et al (1999), pp.566-567.

¹⁷ Ibid, p. 570.

¹⁸ Sanmartín Mora (2011).

legalidad y presupuestaria por sobre el resto de controles, destacando que el primer examen aludido no es muy efectivo en algunos de los gobiernos locales de ciertas Comunidades Autónomas¹⁹.

De este modo, y aunque estos últimos dos controles mencionados son imprescindibles, como hemos dicho vienen a ser insuficientes para responder a todas las interrogantes que debe garantizar el aparato público en la materia, necesiéndose responder preguntas tales como *¿Qué impacto está teniendo la aplicación de la normativa nacional en la contratación pública? ¿Se están utilizando eficiente y eficazmente los recursos públicos provistos? ¿Qué riesgos de incumplimientos normativos y de gestión pueden preverse? ¿Cómo se puede optimizar el sistema de contratación y disminuir sus actos de corrupción?* Según sostiene PASCUAL GARCÍA al respecto, como consecuencia de la creciente socialización de las necesidades humanas y del protagonismo del Estado en la economía, se han hecho insuficientes los criterios tradicionales de gestión y control en las Administraciones²⁰.

Estas preguntas, por lo tanto, no nacen sólo del sentido común de esta investigación, sino desde organismos internacionales que han diagnosticado la contratación pública española, tales como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la Comisión Europea, el Tribunal de Cuentas de la Comisión Europea, entre otros; así como también desde organismos nacionales, mencionando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el Instituto de Estudios Superior de la Empresa (IESE), los Tribunales de Cuentas Españoles, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), el Observatorio de Contratación Pública, entre algunos más.

Tal entorno insuficiente de control basado en la legalidad y en una medición de la ejecución presupuestaria, viene de alguna forma a ser explicado por BENÍTEZ PALMA, quien ha sostenido que *“La bonanza económica y el carácter incrementalista de nuestra política presupuestaria abonaron el terreno para el descontrol acrítico”*. Es decir, que cuando en el país nadie discutía la necesidad de utilizar bien o mejor el dinero público, porque había para todos, sobaban los imprescindibles análisis de eficacia y eficiencia²¹.

El Estado Español, por consiguiente, debe dar respuesta efectiva y permanente a estas interrogantes planteadas, procurando salir del grupo de países de la Unión Europea (UE) que poseen

¹⁹ Página web Tribunal de Cuentas Español. Recuperada el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>.

²⁰ Pascual García (1999), p.331.

²¹ Benítez Palma (2016), p.11.

sistemas de contratación con mayores disfunciones²². Debe encaminarse a una colaboración con otras disciplinas profesionales al igual que ya lo han hecho naciones como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Corea del Sur, Australia, entre otros. Respondiendo a fin de cuentas a las demandas ciudadanas por una mejor administración, transparencia y rendición de cuentas.

Es así, que en este sentido M. COZZIO expresa que el campo de la contratación pública todavía es un área inexplorada, indicando que sólo están disponibles algunas aportaciones de juristas, economistas, y expertos en estadística, mientras que casi no se encuentran contribuciones de expertos en derecho laboral, criminólogos, políticos, sociólogos, matemáticos, informáticos, entre otros²³. Añadiendo ARRIBAS REYES, en una de sus conclusiones respecto a la necesaria integridad que debe poseer el sistema de contratación español, que *“España debe abordar los problemas públicos con un enfoque multidisciplinar. Las soluciones jurídicas a los problemas públicos son insuficientes”*²⁴.

Es finalmente, que por todas estas razones, el propósito de esta investigación surge de la necesidad de evidenciar que los controles habituales en los sistemas de contratación pública españoles, deben ser acompañados por otros tipos de mediciones, las cuales no sólo abarquen aspectos jurídicos, sino también de gestión interna del sistema y conductas funcionarias, siendo por ello necesario implementar “efectivamente” controles de: eficiencia, eficacia, operacional, gestión, riesgos y estratégicos, entre otros, debiendo para ello al interior de los órganos públicos establecerse disposiciones internas de carácter vinculante para su cumplimiento, además de sanciones concretas si no se respetan; como asimismo, un ente o responsable que garantice su cumplimiento efectivo.

De esta manera, y con la finalidad de entender la necesidad de adicionar otras mediciones y perspectivas a nuestro objeto de estudio, terminamos esta fundamentación citando una de las frases que acompaña habitualmente a los artículos y exposiciones del profesor GIMENO FELIÚ en materia de contratos públicos, la cual expresa que: *“No podemos pretender que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo” (Albert Einstein)*.

²² Ver indicadores página web Comisión Europea. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. Performance per policy área. Public Procurement. Recuperado el 13 de abril de 2016 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.

²³ Cozzio Michele (2013), p.578.

²⁴ Arribas Reyes (2018), p.261.

2. OBJETIVO GENERAL

De acuerdo a la anterior justificación, diremos entonces que el *objeto de este estudio* está encaminado a fundamentar la perentoria necesidad de complementar el actual sistema de control legal y presupuestario-financiero español que desarrolla esta actividad, con controles de otros tipos y herramientas de gestión interna; mecanismos que además de permitir controlar y mejorar el resultado de los fondos públicos, garantizarán límites a irregularidades y conductas relativas a la corrupción.

Para cumplir tal objetivo general, se necesitó por consiguiente lograr tres objetivos específicos, los cuales fueron: a) Indagar en una panorámica global: normativas importantes, situación y tendencia de la contratación pública, y sus aspectos relevantes; b) Investigar sobre el control y mecanismos de control interno sobre esta materia en países de la UE, países de América, y otros territorios destacados, incluyendo un estudio particular de España; y finalmente, c) Proponer, a la luz de lo investigado, otros tipos de controles complementarios a los tradicionales en esta temática, adicionando herramientas específicas de medición y mejoramiento de la gestión interna aplicadas como instrumentos prácticos.

3. METODOLOGÍA

En referencia a la *metodología aplicada*, debemos decir que se basó en realizar un análisis cualitativo, por una parte, de los efectos jurídicos de la normativa proveniente de la UE, sus principios generales, y el marco jurídico de la contratación pública española. Y de otra, se investigó sobre el estado actual en materia de contratos públicos, los tipos de controles internos presentes, y aquellos que pudiesen apoyar a los jurídicos y presupuestarios para obtener un mejor resultado. A partir de dicho análisis, se buscó indagar cómo las normas se presentan para resolver las disfunciones actuales en el tema estudiado, y qué directrices de control utilizan para ello, así como averiguar el por qué son imprescindibles otros tipos de controles y qué beneficios producen.

Tal metodología, se sustentó operativamente en dos partes. La primera, se basó en la recopilación de información primaria y secundaria, clasificando y analizando datos desde los principales autores nacionales e internacionales, además de las disposiciones normativas al respecto, incluyendo a su vez artículos, informes, investigaciones, evaluaciones, estadísticas, presentaciones y simposios, entre otros. En tal análisis, la información recopilada ha provenido principalmente desde:

ESPAÑA: Revista Contratación Administrativa Práctica; Revista Auditoría Pública; Revista Española de la Transparencia (revisión de artículos en revistas, entre años 2012 y 2018); Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC); Instituto Nacional de Administración Pública (INAP); Ministerio de Administraciones Públicas; Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL); Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP); Instituto de Estudios Superior de la Empresa (IESE); Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC); Ministerio de Fomento de España; Defensor del Pueblo; Congreso Español; Tribunal de Cuentas; Cámaras de Cuentas; Tribunales Administrativos Contractuales; Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017 y anterior Real Decreto Legislativo 3/2011); Ley General Presupuestaria y Normas Complementarias; Observatorio de Contratación Pública (OBCP); entre otros.

ORGANISMOS INTERNACIONALES: Banco Mundial; Naciones Unidas (ONU); Unión Europea (Comisión, Parlamento Europeo y Tribunal de Cuentas); Directivas Europeas de tercera y cuarta generación en contratos públicos; Transparencia Internacional; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG); Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO); National Audit Office (NAO, U.K); Government Accountability Office (GAO, U.S); Banco Interamericano del Desarrollo (BID); Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI); Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza (SIGMA); Sistema Electrónico KONEPS; informes y estudios de universidades-centros de investigación público-privados; páginas webs sobre contratación de Europa y América, entre algunos otros.

REVISIÓN Y ANÁLISIS DE PRINCIPALES PÁGINAS WEB Y PLATAFORMAS DE CONTRATACIÓN DE PAÍSES COMO: Estados Unidos, Canadá, México, Nicaragua, Salvador, Costa Rica, Colombia, Brasil, Ecuador, Perú, Argentina, Chile, Reino Unido, Escocia, Irlanda, Francia, España, Portugal, Italia, Alemania, Corea del Sur, Australia, entre algunos más.

En una segunda parte, se analizó y agrupó la información obtenida, estructurándola en el índice de este estudio -según enfoque del investigador-, utilizando para ello los siguientes métodos: *a) Descriptivo*: revisión bibliográfica y descripción del marco legal y de gestión sobre el control en contratación pública; *b) Comparativo*: contraste entre los sistemas, herramientas y/o elementos de control interno encontrados en la materia de estudio; y *c) Explicativo*: identificación de las razones que provocan que el control legal (y presupuestario) sea insuficiente para medir las adquisiciones

gubernamentales, además de aquellas que dificultan llevar a cabo un control interno de manera exitosa; y finalmente, *d) Inductivo*: elaboración de conclusiones finales que podrían ser aplicadas a cualquier otro sistema de contratación pública de otros territorios.

4. DELIMITACIÓN O ALCANCE

Por último, y remitiéndonos a la *delimitación de esta investigación*, se ha trazado este trabajo en tres partes. La primera, hace referencia a la *delimitación geográfica*, es decir, esta exploración se ha llevado a cabo en países de la UE, continente americano, y algunos otros territorios destacados en la materia como Corea del Sur y Australia. La segunda, se vinculó a su *delimitación cronológica*, abarcando estudios, informes y evaluaciones desde hace 10 años aproximadamente, fecha en la cual la contratación pública comenzó a desarrollarse exponencialmente. Y en tercer lugar, se aplicó una *delimitación de profundidad*, la cual se focalizó esencialmente en analizar los efectos y limitantes que tiene el control jurídico y resto de controles investigados para el proceso interno de contratación pública o ciclo de vida de contratación.

5. CUESTIONES OBJETO DE ANÁLISIS (PREGUNTAS DIRECTRICES)

Finalmente, debemos señalar que esta investigación se ha basado en cinco preguntas sobre aspectos sustantivos de la materia, las cuales han buscado guiar este estudio, favoreciendo el lograr el resultado esperado y las metas propuestas. Las interrogantes a las cuales hacemos mención, y que se responden en el transcurso de este documento, han sido las siguientes:

Pregunta 1: ¿Cómo se está controlando la contratación pública mundial y en España? ¿Qué herramientas de control se están aplicando?

Pregunta 2: ¿Es suficiente el control jurídico y presupuestario actual para lograr una contratación pública óptima?

Pregunta 3: Si existe algún grado de control en el ciclo de vida de la compra o proceso de contratación en España ¿En qué parte o etapas de éste se está controlando?

Pregunta 4: ¿Qué propuestas en control jurídico y desde la gestión pueden hacerse para optimizar el proceso de adquisición español?

Pregunta 5: ¿Qué impedimentos legales o de otro tipo pueden afectar la implementación de un control interno y herramientas de gestión sobre un proceso de contratación pública al interior de una institución?

CAPÍTULO PRIMERO. “LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PRESENTE”

1. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO

“En los pasados diez años hemos sido testigos de la evolución de las compras gubernamentales. Hemos visto que los países vienen paulatinamente cambiando su énfasis del mejoramiento básico tecnológico hacia un enfoque más sustantivo en como las compras gubernamentales pueden efectuar un cambio más duradero en las vidas cotidianas de los ciudadanos” (RICG)²⁵.

La contratación pública viene transformándose desde hace años en un pilar estratégico clave en las estructuras estatales, siendo cada vez más un reto para el derecho administrativo en cómo adecuarla y fusionarla con el aparato público; al igual que un desafío para la gestión interna administrativa sobre cómo conseguir una compra pública eficaz, eficiente, transparentemente y competitiva, la cual termine por mejorar la confianza de los ciudadanos en sus gobiernos y su gobernanza²⁶.

Conforme sostiene la OCDE sobre el significado con carácter general de esta actividad pública:

“La contratación pública se refiere al proceso de identificación de necesidades, la decisión acerca de la persona, física o jurídica, más adecuada para cubrir estas necesidades y, por último, la comprobación de que el bien o prestación se entregan en el lugar correcto, en el momento oportuno, al mejor precio posible, y que todo ello se hace con ecuanimidad y transparencia”²⁷.

Como se ha venido aludiendo, la importancia de esta materia repercute esencialmente por sus significativos flujos de recursos públicos involucrados, su aporte clave a la economía²⁸, y el gran porcentaje de PIB que involucra. Al presente, su objetivo básico de suministrar los insumos para que el Estado funcione está siendo complementado con aquellos que apoyan, potencian y desarrollan otras políticas, decantando por ello en una función de aprovisionamiento público estratégicamente relevante para los gobiernos de hoy.

Desde una breve retrospectiva, podemos decir que el quehacer de las compras de bienes, servicios y obras por parte de los Estados no es algo nuevo. De hecho, existen indicios que las primeras adquisiciones datan de hace 2500 años A.C., en la época en que se comenzaban a gestionar materiales para la construcción de las pirámides, planificando sus procesos de trabajo en rollos de

²⁵ Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG (2014), p.2.

²⁶ Este concepto alude a la aptitud para decidir sobre los fines públicos y para cumplirlos en un entorno de gran complejidad en el que hay diversos subsistemas sociales interrelacionados. Cada uno con su lógica y su cultura específica. Ver mayor detalle en Baena del Alcázar (2005), pp.47-48.

²⁷ OCDE (2015c), p.6.

²⁸ OCDE (2014a), pp.4-6.

papiro²⁹. Hacia la edad media -sobre todo en Europa-, las instituciones que desarrollaron las compras públicas, además de la monarquía, fueron la iglesia y el sector militar, adquiriendo bienes para construcción, guerra y tribunales.

No fue sino hasta finales de 1800, que las legislaturas en Estados Unidos empezaron a crear organismos o direcciones en relación a esta materia, comenzando a otorgarle a esta tarea una institucionalización y lugar en el aparato público. Ya en la segunda guerra mundial, las compras -sobre todo en defensa- pasaron a un siguiente nivel de sofisticación, moviendo la economía del país que en esos años venía de estar azotada por la crisis económica mundial. Acercándonos a los años setenta, muchos gobiernos fueron vistos como inefectivos, ineficientes y gastadores, especialmente cuando se comparaban con el sistema de compras del sector privado, comenzando entonces a implementarse más técnicas y enfoques de administración de empresas en la siguiente década³⁰.

Es así, que durante los años ochenta en este mismo país, hubo un cambio significativo en las organizaciones sobre cómo pensar las adquisiciones -desde considerar la compra como un proceso autónomo, al reconocimiento y necesidad de alinearla con la cadena de suministro y adscribirla a los objetivos del negocio. Este hecho, comenzó en el sector público en el año 1998, cuando las administraciones adoptaron el concepto de un jefe de compras, el cual fue creado por el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de EE.UU. como parte de un plan de reforma para mejorar los requerimientos operacionales en todo el territorio. Tal decisión, terminó entonces por establecer un nuevo estándar de trabajo para la transparencia y responsabilidad sobre las adquisiciones gubernamentales³¹.

En todo el mundo, y a causa de la globalización, las crisis sociales y económicas, los avances tecnológicos y de las comunicaciones, entre otros factores, las compras del Estado han decantado en una de las principales actividades económicas de los gobiernos, permitiendo no sólo cumplir su objetivo final de entregar insumos, sino específicamente aportar al desarrollo social, económico y ambiental de una nación³². Esta función proveedora que hoy en día se denomina indistintamente contratación pública, contratos públicos, contratos del sector público³³ o compras públicas, ya no es una simple y secundaria labor de apoyo en las organizaciones como se establecía en las antiguas

²⁹ Informe año 2014, "Procurement at the executive level", obtenido desde página web www.sourcesuite.com. EE.UU, p.2.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Desde una amplia óptica, debemos legislar sobre los límites y usos más específicos de las adquisiciones en lo social y ambiental. La normativa debe dar un paso más y acercar el marco de acción a la operatoria. El existir brechas entre la ley y quienes la aplican mantendrá el estatus quo actual de ineficiencia.

³³ Bombillar Sáenz et al (2014), op. cit., pp.15-16.

escuelas de administración, sino una actividad estratégica, que además de servir a otros objetivos, debe articularse a través de un enfoque estratégico interno que permita en los organismos públicos planear su actuación diaria y medirla en el tiempo.

Las inestabilidades económicas permanentes, han ido fortaleciendo a la contratación pública como una función medular en las estrategias de los gobiernos para sacar adelante los países³⁴. No obstante, parte de estos gobiernos todavía creen que con sólo asignarle esta función estratégica a tal materia sin cambiar varios aspectos de ella, puede transformarla en un área eficiente y eficaz, sin darse cuenta que la están forzando a operar de una forma que en el tiempo tendrá más problemas que aciertos. Como bien lo indica la OCDE, la contratación pública aún se presenta como una función administrativa, en lugar de una función estratégica de gobierno³⁵.

Hacia Europa, la UE ha indicado que la gestión en materia de contratos públicos es primordial para la política pública, particularmente en el contexto de la consolidación fiscal y menor gasto de recursos³⁶. A su vez, ha manifestado que ésta “...debe desempeñar un papel relevante para alcanzar los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, por medio de la contratación en materia medioambiental, social y de innovación”³⁷. Advirtiendo en su política para todos los Estados miembros, que lo anterior debe ejecutarse garantizando la utilización más eficiente de los fondos públicos, y la mejora de la eficiencia del gasto gubernamental³⁸.

El logro de una buena relación entre calidad y precio, el acceso público a su información, y las oportunidades equitativas para que los proveedores compitan con miras a obtener contratos, son requisitos esenciales para un resultado eficiente de sus objetivos³⁹, como asimismo, lo son para conseguir una prestación de servicio de calidad que tanto demanda hoy la ciudadanía.

De esta manera, llegamos a encontrarnos con una actividad de aprovisionamiento que en los últimos diez años ha cambiado notoriamente, y seguramente lo seguirá haciendo cada vez más rápidamente. Esperemos que la administración pública vaya adaptándose a esta misma velocidad y

³⁴ Ver algunos aspectos del impacto de esta crisis en España en Aymerich Cano (2013), p.86.

³⁵ OCDE (2014a), p.13.

³⁶ Comisión Europea (2011a), p.6. Sobre esta importancia, SANMARTÍN MORA ha indicado que los gestores de contratos al presente se deben convertir en directores de la contratación que además de sus funciones tradicionales, asuman otras como la planificación, la gestión de los proyectos, la evaluación y gestión de riesgos, entre otras (Sanmartín Mora, 2011).

³⁷ Rodríguez-Porrero y Gil González (2014), p.6.

³⁸ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit.

³⁹ Página web Organización Mundial del Comercio. Recuperado el 20 de octubre 2015 en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm

abra su mente a lo nuevo, lo tecnológico y transparente, y no siga propiciando prácticas obsoletas que deslegitimen el actuar de los gobiernos vigentes. El tiempo que nos demoremos en darnos cuenta de lo mencionado, será el tiempo que nuestro proceso de compra seguirá trabado y subdesarrollado, quedándonos sólo por mirar cómo lo están haciendo nuestros países vecinos. Probablemente, es factible pensar que la administración pública no quiebra económicamente como lo hacen las empresas privadas, por lo cual, podemos seguir esperando, sin embargo, lo que hoy en día si está quebrando son las confianzas y expectativas de los ciudadanos, y esto, no se recuperará en un corto plazo.

El propósito de este primer capítulo es, por una parte, entregar una visión normativa global en la materia que permita entender sus principios básicos y fundamentos legales tanto en Europa, América y España; y por otra, describir su situación actual, objetivos, disfunciones principales, y aspectos relevantes que están marcando las decisiones públicas en los actuales tiempos, finalizando por destacar la relevancia de la contratación electrónica y como está puede ser el cimiento de un control efectivo de todo el sistema.

II. PANORAMA NORMATIVO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública está condicionada al derecho público y es parte del derecho administrativo. Teniendo este último por objetivo, como sostiene ZANOBINI, “...la organización, los medios y las normas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas u otro sujetos”⁴⁰. A raíz de ello, las normas administrativas tienen como destinatario la administración pública⁴¹, siendo un derecho estatutario y enmarcado en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde una óptica universal, hay quienes hablan del Derecho Administrativo Global en la contratación pública, el cual existe porque hay una acción administrativa general conformada por un conjunto de regulaciones globales. Este hecho, resalta el denominador común de principios globales nacidos de Tratados, Protocolos y/o Acuerdos Internacionales, los cuales han pasado a ser la base en los ordenamientos administrativos sobre este tema en los distintos países en la actualidad⁴².

Así, estos principios aludidos han pasado a ser referentes normativos, y en esta línea pueden citarse los expuestos en el Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público de 1979; el Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público revisado en 1987; el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, destacando de modo especial su artículo 8 que proclama el respeto al principio de igualdad⁴³; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte que entró en vigor el 1 de enero de 1994; o la denominada “Ley Modelo” de la Comisión Nacional de Naciones Unidas para el Derecho Internacional, de 2011, muy influenciada por el principio de transparencia y no discriminación; y por último, destacamos el Acuerdo sobre Contratación Pública revisado el año 2012⁴⁴. Todo lo anterior, podría entonces sugerir que es en el Derecho Comunitario dónde está cristalizando más este objetivo unificador de principios⁴⁵, los cuales deberían traspasarse, por cada uno de los Estados respectivos, a sus legislaciones nacionales en la materia.

⁴⁰ Zanobini citado por Parada Vázquez (2017), p.22.

⁴¹ Ver las diversas variedades admisibles de la norma respectiva en Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.22-23.

⁴² Rodríguez-Arana Muñoz et al (2011), pp.18-25 y p.31.

⁴³ Ver también las SSTJUE de 25 de octubre de 2001, asunto C-120/99, República Italiana contra Consejo, de 13 de noviembre de 1984, Racke, 283/83 de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme, C-36-99 y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97.

⁴⁴ La mayoría de estos Acuerdos son citados por la Organización Mundial del Comercio (OMC) en <https://www.wto.org>

⁴⁵ Gómez Mateo (2016).

En Europa, estos principios se complementan con otros, tales como la eficiencia, eficacia⁴⁶, competencia, sujeción estricta a las bases, publicidad⁴⁷ y probidad⁴⁸. Además de los de confidencialidad, motivación de las decisiones⁴⁹, economía, consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente como indica J.A. MORENO MOLINA⁵⁰. Sin olvidar añadir, como destaca la OCDE, otros principios de apoyo como los de integridad, accesibilidad, contratación electrónica, y supervisión y control⁵¹.

Tales postulados, así como su jurisdicción, están siendo demandados a implementarse por las Administraciones eficazmente en todo su espíritu y fondo, buscando siempre un fin público por sobre uno particular. Asimismo, para lograr que estos fines se implementen como es debido, GÓMEZ MATEO ha sostenido que es de suma importancia la creación de organismos de control que fiscalicen la efectiva observancia de tales principios generales consensuados -y de las normas que se aprueben a su abrigo-. Añadiendo que sin estas instituciones de carácter supranacional, es imposible caminar más allá de simples declaraciones de intenciones, de ánimo notable, pero sólo vinculantes desde un plano abstracto, casi moral⁵².

Visualizando la situación normativa de la contratación pública en alrededor de 82 economías del orbe, y según el Banco Mundial, debemos indicar que esta materia es escasamente regulada por un documento jurídico único, sino por un conjunto de instrumentos normativos, leyes, reglamentos, decretos, políticas y directrices. Los marcos regulatorios varían desde un país a otro sin poder asegurar cuál es mejor. En varias de estas economías, la ley de contratación regula los sectores principales de las actividades de gobierno, no obstante, existen otras normativas complementarias al respecto que establecen disposiciones específicas para los sectores de la energía, aguas y obras públicas, entre otras temáticas⁵³. En algunos de estos territorios, el marco jurídico nacional presiona

⁴⁶ A modo de referencia sobre buena administración, ver Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002, Max Mobil Telekommunikation Service GMBH asunto T 54/99; de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T 231/97 y de 17 de marzo de 2005 asunto T-160/03. También, puede verse a MARTÍN DELGADO, “La Carta ante las Administraciones nacionales: hacia la europeización de los derechos fundamentales”, en NIETO GARRIDO y MARTÍN DELGADO (2010). “Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa”. Madrid, p.5.

⁴⁷ Ver a modo de referencia, Sentencia de 17 de noviembre de 1988, British American Tobacco and Reynolds.

⁴⁸ Ver mayor detalle de estos principios en Gómez Mateo (2016), op. cit.; Moreno Molina J.A., (2015a), p.14; Chilecompra. “Procedimientos de Contratación. Normas Públicas”. Presentación institucional.

⁴⁹ Conforme sostiene la UE, es necesario argumentar los motivos del contrato y los beneficios que se pretende obtener. El poder adjudicador velará por que esta argumentación sea preparada por el departamento que convoca la contratación y aprobada por el equipo directivo de dicho departamento. Si se trata de contratos de licitación muy arriesgados, el responsable del proyecto puede considerar necesario presentarla al equipo directivo de la organización. En el caso de adquisiciones de alto valor, la argumentación comercial debe incluir un registro de riesgos (Unión Europea, 2015c, p.18).

⁵⁰ Moreno Molina J. A. (2015a), p.17.

⁵¹ OCDE (2016b), op. cit., p.10

⁵² Gómez Mateo (2016), op. cit.

⁵³ World Bank (2017), pp.22-24.

para el uso de los acuerdos marcos, lo cual parece ser la tendencia, aunque todavía depende de la voluntad de los gobiernos en querer aplicarlos⁵⁴.

De este modo, tanto los principios de la contratación pública como su legislación -de acuerdo al Banco Mundial-, deben establecerse en un marco jurídico claro, completo y transparente, caracterizado por la presencia de normas legales que sean fácilmente identificables, que promuevan todos los principios mencionados, y que gobiernen todos los aspectos del proceso de adquisición. Como mínimo, dichas normas deberían garantizar una amplia publicidad de las oportunidades de licitación, el mantenimiento de registros, notificar de todos los criterios para la adjudicación del contrato, la adjudicación sobre la base de criterios objetivos, la apertura pública, el acceso a un mecanismo de quejas y sugerencias, y la divulgación de los resultados del proceso de adquisición⁵⁵. Conviene también señalar, que este organismo a julio de 2016, estableció un nuevo marco de contratación aprobado por su Consejo respectivo, el cual está vinculado a modernizar el sistema de contratación exigido por la institución para todos los proyectos que financia⁵⁶.

Por todo lo anterior, conviene insistir en un sector público que cuente con un ordenamiento jurídico de contratación actualizado, uniforme, operativo y efectivo, el cual faculte impulsar al sistema de compras en toda su eficiencia y eficacia, dejando de lado subjetividades interpretativas y burocracias mal entendidas; además de ser de un conocimiento muy claro para quienes supervisarán y controlarán el proceso. Como bien sostiene ERASMO DE ROTTERDAM con carácter general, *“...las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo [...] y finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna...”*⁵⁷.

Las normas de contratación pública deben estar concebidas para beneficiar tanto a los operadores económicos como a los poderes adjudicadores -y directamente a la ciudadanía. El objetivo de ellas, por consiguiente, debería ser desarrollar oportunidades de mercado para los primeros, y aumentar al mismo tiempo las opciones de potenciales contratistas a disposición de los segundos⁵⁸, lo anterior, escuchando atentamente a ambas partes y dando respuesta eficaz a las demandas ciudadanas que en el último tiempo han ido en aumento.

⁵⁴ Departamento de Políticas de la UE (2014), pp.12-13.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Página oficial del Banco Mundial. “New Procurement Framework and Regulations for Projects After July 1, 2016”. Ver en <http://www.worldbank.org>

⁵⁷ Erasmo de Rotterdam, Institutio Principis Christiani, Año 1516, citado por Gómez Mateo (2016), op. cit.

⁵⁸ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), p.10.

2. ESTADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Según PARADA VÁZQUEZ, todos los Estados de la UE han experimentado, desde su ingreso a este grupo de países, una alteración de su sistema de fuentes en el que ha penetrado el Derecho de la UE, existiendo un ordenamiento autónomo e independiente de los ordenamientos de tales países, en el sentido que mantiene su individualidad y su autoridad aunque se inserte en el derecho interno de aquellos y, obviamente, con fuentes propias de producción del derecho⁵⁹.

En esta región, donde según la Comisión Europea la contratación pública es un vehículo esencial para la ejecución de las políticas gubernamentales y para el logro de los objetivos estratégicos nacionales⁶⁰, las reformas sobre este tema han venido principalmente del Derecho Europeo⁶¹, llevando esta realidad según J.A. MORENO MOLINA, a transformar a esta temática en uno de los sectores en que el desarrollo del derecho administrativo de la UE ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad⁶².

Tal autor, ha sostenido además que la legislación comprende tanto normas sustantivas como procesales y de recursos, adicionando que el completo “corpus iuris” europeo está integrado tanto por disposiciones de derecho originario y de derecho derivado⁶³, como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) que las ha interpretado y cuya doctrina han ido incorporando las actuales Directivas Europeas en esta materia⁶⁴. Así, y como manifiesta PINTOS SANTIAGO, el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía, y en ese ámbito, rigen las normas nacionales⁶⁵.

La contratación pública es derecho europeo y es derecho administrativo. Como indican RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ et al, “*La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad*”, mencionando con ello que existe un ordenamiento jurídico a nivel de los Estados Europeos que se basa en principios y condiciones similares. Aunque también advierte que esta

⁵⁹ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.61.

⁶⁰ Comisión Europea (2016b), p.1

⁶¹ Rodríguez-Arana Muñoz (2013), p.33.

⁶² Moreno Molina J.A. (2015b), p.105.

⁶³ Pintos Santiago (2018), p.49.

⁶⁴ Moreno Molina J.A. (2015a), pp.8-9.

⁶⁵ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.49. Ver más sobre el derecho originario y derivado en mismo autor, pp.50-61.

condición no es asumida por todos los países, debido a resistencias provenientes de divisiones territoriales y un emergente nacionalismo⁶⁶.

De este modo, y desde un prisma objetivo, esta función de aprovisionamiento público se plasma en la división entre contratos públicos administrativos y contratos públicos privados⁶⁷. Según el Parlamento Europeo, los primeros son aplicados principalmente al proceso de adquisición; mientras que los segundos, se implementan esencialmente a la gestión contractual después que un contrato ha sido adjudicado⁶⁸.

Tal y como sostiene la Comisión Europea, el foco de la legislación de la UE se centra principalmente en los procedimientos que deben seguir las autoridades para organizar una compra pública por un valor superior a los umbrales establecidos⁶⁹. Este marco contractual, al ser un fenómeno que incide en las libertades comunitarias, ha debido ser disciplinado mediante Directivas de la UE y vigilado muy de cerca por el Tribunal de Justicia respectivo, cuya jurisprudencia ha permitido formar también la normativa de los países miembros y orientar su práctica⁷⁰.

Según indican BOMBILLAR SÁENZ et al, los objetivos y finalidades de la intervención de la UE en esta materia ha sido, entre otras, potenciar el buen funcionamiento de un proceso económico basado en el mercado, lo que requiere uniformidad del marco jurídico; abrir los mercados a las empresas; crear las condiciones de competencia necesarias; someter todos los contratos onerosos a los principios que fundamentan esta contratación; y velar por el cumplimiento de los principios que condicionan esta actividad pública⁷¹. Al presente, y como un desafío prioritario, ALMONACID LAMELAS agrega que la Comisión Europea debería fomentar un uso transfronterizo de esta materia de contratos, la cual debería dejar de ser nacional, para convertirse en europea⁷².

⁶⁶ Rodríguez-Arana Muñoz et al (2011), op. cit., p.28.

⁶⁷ Galán et al (2013), p.39.

⁶⁸ Parlamento Europeo (2013), p.24. Este organismo define tres categorías de adquisiciones o compras: 1) suministros, 2) servicios, y 3) obras, explicando que los suministros adquiridos podrían ser simples materiales de oficina, como también productos más complejos o costosos tales como misiles para defensa de un país; los servicios pueden ser relativos a construcción, tales como actividades de ingeniería, pero también consultorías de todo tipo; y por último, las obras a menudo se refieren a las actividades de construcción, tales como puentes, carreteras y edificios.

⁶⁹ Comisión Europea (2011a), op. cit, p.6.

⁷⁰ Murillo Jaso (2013), p.6.

⁷¹ Bombillar Sáenz et al (2014), op.cit., p.18

⁷² Galán et al (2013), op. cit., pp.50-52. Importante es señalar que, en un análisis de la Comisión Europea al año 2016, se esperaba que las condiciones creadas por las normas de la UE en materia de contratos dieran lugar a un aumento de las licitaciones transfronterizas. Sin embargo, el nivel de participación de los operadores no nacionales en los mercados nacionales de contratación pública sigue siendo bastante bajo en general, con notables desigualdades entre los Estados miembros (Comisión Europea, 2016b, op. cit., p.3).

De esta manera, y en lo concerniente a una legislación que pueda formar un mercado único, el Tribunal de Cuentas de la UE ha expresado que ésta desempeña un importante papel en el desarrollo de éste, y en el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos⁷³. Sobre lo primero, se plasma al definir un marco reglamentario coincidente para todos los poderes adjudicadores, y con ello, aumentar por consiguiente la integración económica de los países en cuestión. Por ello, y como sostienen nuevamente BOMBILLAR SÁENZ et al, se reclama la uniformidad del marco jurídico de la actividad de los agentes económicos que en él concurren⁷⁴.

Parte del beneficio que conlleva un mercado único, ya era evidenciado en los años ochenta por ATKINS, quien resaltaba el triple efecto que tendría la unificación y aplicación de la normativa en la materia: un efecto estático consistente en la reducción del gasto público; un efecto competitivo cifrado básicamente en la reducción de los precios; y un efecto de reestructuración derivado de la aplicación de los principios de economía de escala⁷⁵.

Es así, que la manera por la cual la UE ha tratado de crear prosperidad y afianzar la paz en Europa, ha sido mediante la instauración de un mercado común, buscando la eliminación de obstáculos al comercio. Esta creación de prosperidad, se ha basado en la premisa de que la apertura de los mercados a la competencia extranjera mejorará el bienestar económico, generando a la vez una dependencia del comercio entre ellos que podría reducir el riesgo de las hostilidades en el futuro. De igual manera, podemos decir que tal premisa se ha asentado en las “cuatro libertades básicas” de la UE: libre circulación mercancías, libre circulación de trabajadores, libre circulación de servicios, y libre circulación de capitales⁷⁶. De esta forma, suprimir los obstáculos entre los gobiernos es un aspecto de esta política de eliminación de las barreras comerciales, y es ésta la que proporciona el fundamento y la base legal para el régimen que la UE posee sobre la contratación pública⁷⁷.

En relación al segundo objetivo de esta legislación -que busca un uso más eficiente y eficaz de los recursos-, tales normas aportan incentivos para emplear los fondos públicos de manera eficaz, y su aplicación reduce el riesgo de fraude y corrupción⁷⁸, aunque también hay que advertir que tal aporte sólo será real si tales disposiciones se cumplen como es debido, y se van modificando y/o eliminando en búsqueda de un sistema óptimo que no caiga en la dispersión e inseguridad jurídica.

⁷³ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit, p.8.

⁷⁴ Bombillar Sáenz et al (2014), op. cit., p.18.

⁷⁵ Atkins (1984) citado por Gimeno Feliú, (1995), pp.37-38; también citado por Gimeno Feliú (2007), p.28.

⁷⁶ Ver detalle de estas libertades en artículo Euro Info Centre Castilla y León “Una Europa sin barreras: las cuatro libertades básicas de la UE”, pp.10-11.

⁷⁷ Página web Universidad de Nottingham, UK. Recuperado el 28 de septiembre de 2011 en <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, p. 44.

⁷⁸ Weber y Witkos (2013), p.30.

Citando a GIMENO FELIÚ a este respecto, tal autor sostiene que “*El principal objetivo de la normativa comunitaria en referencia a la contratación pública es garantizar la eficiencia de los fondos públicos*”⁷⁹.

Si damos una mirada general en la UE sobre que leyes y reglamentos se aplican en esta materia actualmente, podemos ver a groso modo lo siguiente:

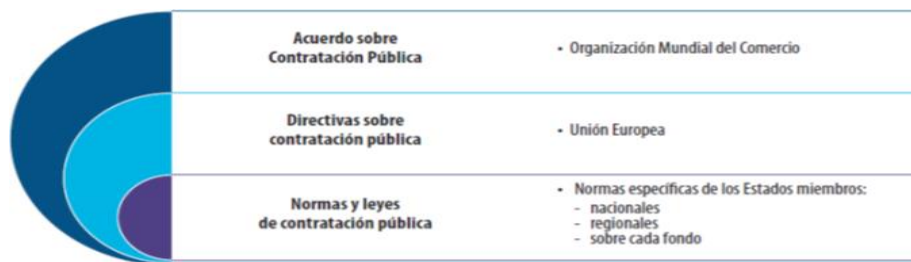


Figura 1. Fuente. Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.12.

Luego, y siendo aún más precisos, podríamos agrupar las normativas y regulaciones que se establecen en la región de la siguiente forma:

DERECHO ORIGINARIO	TUE y TFUE, PRINCIPIOS GENERALES
DERECHO DERIVADO VIGENTE	Directiva 2014/23, concesiones; Directiva 2014/24, clásica; Directiva 2014/25, sectores; Directiva 89/665, recursos; Directiva 92/13, recursos sectores; Directiva 2009/81, defensa y seguridad; Directiva 2014/55, contratación electrónica; y Reglamento 2195/2002, CPV
JURISPRUDENCIA TJUE	
UNIFICACIÓN DE NORMAS SUSTANTIVAS Y PROCEDIMENTALES EN LOS 28 ESTADOS MIEMBROS	

Cuadro 2. Fuente. Moreno Molina J.A. (2015a), p.11.

Conforme a lo manifestado por J.A. MORENO MOLINA, la pertenencia de un Estado a la UE produce como consecuencia una distribución de competencias entre tal Estado y este grupo de países. Existiendo por un lado que tal nación se reserve un conjunto de competencias bajo su soberanía y en ese ámbito rigen las normas nacionales. Y por otro, existiendo otras materias cedidas a la UE en las que rigen tanto el Derecho de la UE originario, como los actos y normas adoptados por las instituciones europeas, y el Derecho de la UE derivado⁸⁰.

De esta forma, la contratación pública presenta normas de dos ordenamientos jurídicos (comunitario y nacional), las que coexisten en cada Estado miembro teniendo los mismos destinatarios (personas físicas y jurídicas). Es por lo anterior, que al momento de interpretar la normativa interna por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales nacionales, se debe tener obligatoriamente en cuenta tanto el principio de autonomía del Derecho de la UE, como los

⁷⁹ Gimeno Feliú (2014b). Opinión y Análisis. 12 de noviembre.

⁸⁰ Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), p.185.

principios de efecto directo y de primacía del Derecho en esta región antes citados⁸¹. Esto último, se basa en el principio de primacía, donde el derecho de la UE tiene un valor superior a los derechos nacionales de los Estados miembros, entendiendo la obligación de no aplicar una norma nacional contraria al derecho de la UE⁸².

En lo que respecta a como se ha desarrollado este régimen jurídico, debemos decir que no ha estado ajeno a disfunciones, encontrando por ejemplo en uno de los últimos informes del Tribunal Europeo sobre la fiscalización de cómo se han ejecutado los Fondos de Desarrollo Regional (FEDER), Fondo de Cohesión (FC) y Fondo Social Europeo (FSE) durante el período 2009-2013, los siguientes hallazgos:

“Según el 90 % de las 69 autoridades de auditoría que respondieron a la encuesta realizada para la presente fiscalización, indicaron que el marco legal de adjudicación de contratos públicos de su país es más complejo de lo necesario. Los encuestados señalaron que los errores se deben principalmente al gran volumen de legislación o de directrices, a la dificultad de aplicarlas en la práctica, y a la falta de conocimientos técnicos para llevar a cabo el procedimiento de contratación pública. Casi la mitad de los encuestados apuntó que el aspecto que más podría mejorar sería la simplificación de los procedimientos”⁸³.

A mayor abundamiento, y aunque el marco jurídico de los países en la región tiene un mismo fondo, este presenta sin embargo diversas formas o más bien realidades de cómo es aplicado, ya sea por motivo de divisiones territoriales internas, autonomías funcionales o decisiones políticas, entre otras, encontrándose en algunos de estos Estados demasiada cantidad de disposiciones y articulado que generan menos eficiencia de la que proponen, y en otros casos disposiciones aplicadas sólo a parte del sector público. En la misma Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública en los Estados de la UE, se sostiene al respecto que es importante simplificar las normas y permitir procedimientos más flexibles⁸⁴, advirtiendo la Comisión Europea al año 2016, que en muchos Estados la gestión de las distintas partes del sistema de contratación pública podría mejorarse considerablemente⁸⁵.

Por último, y remitiéndonos al estado de las disposiciones referentes a sanciones por actos de corrupción en esta materia, la Comisión Europea ha sostenido que en la mayoría de los países este

⁸¹ Ibid.

⁸² Pintos Santiago (2018), op. cit., p. 62. El principio de primacía fue establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra Enel.

⁸³ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.12.

⁸⁴ Diario Oficial de la UE. Tercera misión 27. Recuperado el 26 de junio de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:es>.

⁸⁵ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.1

vicio está tipificado en delitos penales como el soborno y el tráfico de influencias, señalando que en algunos territorios, los contratos públicos incluyen una cláusula de lucha contra la corrupción que garantiza un seguimiento más eficaz en caso de prácticas como ésta durante el período de vigencia del contrato⁸⁶. Asimismo, el Parlamento Europeo ha expresado que la mayoría de los países utilizan la revisión judicial, administrativa o de naturaleza civil en sus procesos. Destacando que en casi todos ellos los órganos de revisión pueden suspender o cancelar las decisiones relacionadas con los procedimientos de adjudicación. En el momento de la revisión contractual, algunos Estados pueden utilizar la anulación o aplicar sanciones alternativas como penas financieras o acortamiento de la duración de los contratos⁸⁷.

Es de este modo, que la Comisión Europea ha establecido actuaciones para fortalecer los regímenes sancionadores, destacando entre ellas el garantizar la aplicación de sanciones disuasorias en relación con las prácticas corruptas, el favoritismo o los conflictos de intereses, y a su vez, garantizar mecanismos eficaces de seguimiento para derogar decisiones o anular a tiempo los contratos cuando prácticas irregulares hayan afectado al proceso⁸⁸. Para disminuir tales prácticas corruptas -que generalmente son casos complejos-, según este organismo se requieren conocimientos técnicos específicos que garanticen la tramitación efectiva y equitativa de los procedimientos judiciales, atendiendo a que en algunos Estados miembros siguen existiendo deficiencias en la formación de jueces y fiscales en esta materia⁸⁹.

A. Directivas sobre contratación pública

Las directivas son una norma que no obliga directamente, pero que vincula a los Estados miembros a tomar disposiciones necesarias para incorporar o transponer al derecho interno, mediante normas dictadas ad hoc, el alcance de sus objetivos y, además, a realizarlo en el plazo fijado en esta propia disposición⁹⁰. De acuerdo al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), estas disposiciones supranacionales “*Obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado*

⁸⁶Comisión Europea (2014a), p.37.

⁸⁷Parlamento Europeo (2013), p.36.

⁸⁸ Comisión Europea (2014a), op. cit, p.39

⁸⁹ Ibid, p.37. Por lo que respecta a la concienciación y formación en las políticas de lucha contra la corrupción, aunque ha mejorado en los últimos años en la mayoría de los Estados de la UE, los funcionarios responsables de la contratación pública tienen un papel bastante limitado en la detección de las prácticas corruptas. Además, la eficacia de la cooperación entre las administraciones responsables de los contratos públicos, los servicios policiales y los organismos de lucha contra la corrupción varía significativamente entre los Estados. En muchos casos, la cooperación es formal y las estadísticas muestran un escaso número de notificaciones de sospechas de corrupción o de conflictos de intereses presentadas por las administraciones responsables de los contratos públicos (Comisión Europea, 2014a, op. cit., p.36; y Comisión Europea, 2016b, op. cit., p.7).

⁹⁰ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.63.

que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

No obstante, estas numerosas disposiciones necesitan para ser aplicadas de una norma interna de incorporación a cada derecho nacional, de este modo, cuando una Directiva se ha incorporado correctamente a este derecho, sus efectos alcanzan a los ciudadanos a través de las medidas nacionales; pero cuando esto no ha ocurrido, juega el principio de efecto directo establecido por el Tribunal de Justicia⁹¹. De este modo, existirá un efecto práctico de ella cuando, de acuerdo a MARTÍN y RODRÍGUEZ, los Estados respectivos “...incorporen su contenido al ordenamiento jurídico nacional”, en donde durante el período de su transposición presentarán un valor interpretativo⁹².

Según GALÁN et al, estos preceptos normativos se han articulado en torno a cinco principios inspiradores: simplificación y flexibilización de los procedimientos, utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos, mejora del acceso al mercado para las PYMES y las nuevas empresas, integridad de los procedimientos, y gobernanza⁹³. Así, llegamos a decir que su objetivo principal, conforme expresa GIMENO FELIÚ, es el de garantizar la eficiencia de los fondos públicos⁹⁴, añadiendo a su vez J.A. MORENO MOLINA que este objetivo está inmerso en dos grandes fines. Por un lado, buscan una mayor eficiencia del gasto público instrumentalizado en una simplificación y flexibilización normativa, procedimientos más racionales y eficientes, y el fomento de la participación de PYMES y de los licitadores transfronterizos⁹⁵ (esto último también lo podemos ver manifestado en el Código Europeo de Buenas Prácticas para Facilitar el Acceso de las PYMES a los Contratos Públicos del año 2008)⁹⁶; y por el otro lado, está su uso estratégico que decanta en la lucha contra el cambio climático, la protección del medio ambiente y mayor eficiencia energética en el uso de los recursos. Adicionalmente, persiguen también el mejoramiento del empleo, la

⁹¹ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.65.

⁹² Martín, S y Rodríguez, R, 2015, p.25. A este respecto, la misma Comisión Europea ha indicado que si bien la legislación mencionada establece normas y procedimientos comunes para los contratos de elevado importe o umbral, los Estados miembros gozan de un apreciable margen de discrecionalidad a la hora de llevar a la práctica las disposiciones de estas directivas, en particular en lo que respecta a los mecanismos y sistemas administrativos para garantizar el cumplimiento de dichas disposiciones (Comisión Europea, 2011b, pp.3-4).

⁹³ Galán et al (2013), op. cit., p.17.

⁹⁴ Gimeno Feliú (2017e), p.9.

⁹⁵ Existe una preocupación por las PYMES manifestada, entre otros, en el Considerando 59 de la Directiva 2014/24/UE, donde destaca que se debe evitar la colusión, potenciar la competencia y accesibilidad del mercado.

⁹⁶ Comisión Europea (2008). Asimismo, en España la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, ha publicado la “Guía práctica de la Contratación Pública para las PYMES”, a la que se puede acceder en la dirección: <http://www.ipyme.org/es/ES/publicaciones/Paginas/Publicaciones.aspx>.

integración social, y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles⁹⁷.

Estas directivas, regulan la publicación y organización de los procedimientos, aplicando principios comunes de transparencia, competencia abierta y gestión en todo el mercado europeo⁹⁸. Como resalta la Comisión Europea, están diseñadas para lograr un mercado de adquisiciones competitivo, abierto y bien regulado⁹⁹. De igual modo, debemos advertir que reglamentan desde su contenido la forma en que se gasta el dinero público, pero no aquello en lo que se usa ese dinero. Por este motivo, no tienen por objetivo normalizar todas las maneras de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público¹⁰⁰.

Al destacar la evolución de estas disposiciones en cuestión, debemos mencionar la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976. En los noventa, aparece la segunda generación de directivas tales como la 90/531, y la 92/50, incluyendo las conocidas como Directivas de Recursos 89/665 y 92/13. Al año 1993, existieron modificaciones de éstas que dieron lugar a las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE. Posteriormente, al año 2004 aparece la tercera generación de directivas compuestas por la 2004/17/CE y la 2004/18/CE¹⁰¹.

Por último, y durante el año 2014, la UE aprobó tres directivas referentes a contratos públicos de cuarta generación, identificadas como Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva de Contratos); Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (Directiva de Concesiones); y la 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, el transporte y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Directiva de Sectores Especiales)¹⁰². Dentro de estas tres disposiciones, la contratación pública se rige principalmente por la Directiva 2014/24/UE, seguida de las restantes que establecen normas comunes que deben seguir

⁹⁷ Moreno Molina J.A. (2014); y Moreno Molina J.A. (2015b), op. cit., p.105.

⁹⁸ Comisión Europea (2011a), op. cit., p.5.

⁹⁹ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.7

¹⁰⁰ Directiva 2014/24/UE Considerando 4.

¹⁰¹ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.70.

¹⁰² Tribunales Administrativos de Contratación Pública (2016), p.3. Las fechas en la cual las directivas deben incorporarse al ordenamiento de todos los Estados de la UE son: Enero-Febrero 2016: obligatorio para todos los Estados miembros de la UE, la notificación electrónica en el proceso de contratación y acceso a la información del procedimiento de forma electrónica; Enero-Febrero 2017: licitación electrónica obligatoria para las centrales de contratación; y Junio-Julio 2018: contratación electrónica obligatoria para todos los Estados miembros de la UE (Almonacid Lamelas en Pin Arboledas et al,2015, p.14).

los poderes adjudicadores por adquisiciones superiores a un determinado umbral, y que deben incorporarse a la legislación nacional¹⁰³.

Resulta por tanto, que la Comisión Europea está convencida que tales directivas generan más eficiencia y transparencia en la contratación pública con normas más inteligentes y mayores procedimientos electrónicos, contribuyendo a la consecución de objetivos políticos más amplios, tales como los indicados sobre aspectos medioambientales y sociales relacionados con la innovación¹⁰⁴. Asimismo, tal organismo en el Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la eficacia de las directivas sobre procedimientos de recurso en el ámbito en cuestión, han sostenido que las Directivas sobre procedimientos de recurso han cumplido, por lo general, sus objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación¹⁰⁵.

Más aún, el documento “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”, recoge opiniones y sugerencias de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas, concluyendo que estas “...han fomentado la apertura y la transparencia, lo cual ha originado una intensificación de la competencia, lo cual, a su vez, se ha traducido en un ahorro de costes”¹⁰⁶. Lo anterior, y partiendo de un ahorro estimado del 5 % realizado sobre los 420.000 millones de Euros de contratos públicos que se publican a escala de la UE, podrían obtener un ahorro o una inversión pública adicional de más de 20.000 millones de Euros. Esto, lograría generar un aumento del empleo y del PIB de entre un 0,08 y un 0,12 % al cabo de una década. En suma, y con carácter general, la Comisión Europea estima que estas nuevas normas deberían reducir la carga administrativa de las empresas en más de un 80%, y que el empleo de medios electrónicos en los procesos de contratación reducirá el coste de contratación entre un 5% y un 20%¹⁰⁷.

¹⁰³ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.11. Hay que destacar que estas directivas no son jurídicamente vinculantes para las instituciones de la UE. Estas últimas han adoptado sus propias normas, las cuales se ajustan en líneas generales a la directiva de contratación de 2014 con algunas excepciones importantes. En lo referente a las directivas sobre Recursos, actualmente están vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales (Moreno Molina J.A, 2015b, op. cit., p.105).

¹⁰⁴ Hoja informativa de la Comisión Europea al 8 de diciembre de 2016. Último acceso el 7 de junio de 2017 en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-4211_es.htm. En lo específico, para las PYMES contribuye a la eliminación de barreras transnacionales; para las autoridades públicas optimizar sus recursos; y para el mercado, reducirá visiblemente los costes y la complejidad de la contratación pública en Europa (Jiménez Javier en Pin Arboledas et al, 2015, op. cit., p.10).

¹⁰⁵ Ver informe mencionado en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-28-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>. Recuperado el 21 de febrero de 2018.

¹⁰⁶ Comisión Europea. Documento “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”. Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, pp.18-19.

¹⁰⁷ Moreno Molina J.A. (2014), op. cit.,; citado también por Jiménez Javier en Pin Arboledas et al (2015), op. cit., p.10.

Destacando lo expresado por GIMENO FELIÚ, tal autor vuelve a resaltar la importancia jurídica de esta regulación comunitaria, indicando que contribuye a una unificación de los distintos marcos jurídicos de los Estados respectivos¹⁰⁸, buscando no sólo -como indica G. FALCON-, armonizar las legislaciones, sino también uniformarlas jurídicamente¹⁰⁹. Es así, que en particular estas directivas tratan de garantizar que todas las empresas del mercado interior tengan la misma oportunidad de competir. En la medida de lo posible, intentan también suprimir las trabas legales y administrativas que dificultan la participación en licitaciones transfronterizas, asegurando los principios comunes antes mencionados.

En otro de los aspectos importantes de estos preceptos, debemos denotar que el foco de éstas directivas está en los contratos públicos de umbrales superiores, dejando que bajo éstos los Estados tengan libertad para regular sus adquisiciones (en la praxis se ha evidenciado que la mayoría de los territorios también regulan sus contratos públicos por importe inferior a los umbrales dispuestos por la UE, por lo menos, como sostiene la Comisión Europea, en el sector de las compras comunes llamados sectores tradicionales)¹¹⁰.

Esta situación descrita, ha hecho que las Administraciones prevean un régimen menos estricto para sus contratos de inferior importe, respecto a los umbrales de la UE, disponiendo de tal manera de instrucciones administrativas en lugar de verdaderas disposiciones legales¹¹¹. Así, y aunque las

¹⁰⁸ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.29.

¹⁰⁹ Falcon G, 1993, citado por Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.31. Es necesario complementar que las directivas son uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la UE para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) establece que la directiva es una disposición de Derecho derivado de la UE, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial (Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 2016, op. cit., p.6). Las consecuencias jurídicas de su NO aplicación pueden verse en este mismo documento y página.

¹¹⁰ Comisión Europea (2011c), p.53. A manera de ejemplo sobre esta situación, en Alemania la Ley de contratación pública se divide en dos partes: por un lado hay un sistema de recursos judiciales aplicables a los contratos públicos de y por encima de los umbrales. Y por el otro, para los contratos bajo el umbral existe un sistema mucho más débil de protección a los oferentes (Bosch et al, 2012, p.35). En este país, las dos directivas más importantes de la UE en el ámbito de la contratación pública son la 2004/18/CE y 2004/17/CE. Estas directrices fueron transpuestas a la legislación del Estado y como resultado es probable que sea más apropiado hablar de una ley de contratación pública de la UE codificada, en lugar de la ley de contratación pública alemana. Sin embargo, hay algunas características únicas y exclusiones en el marco de la regulación de la contratación germana. La transposición de las directivas a la legislación alemana se produjo mediante un procedimiento un tanto inusual. En lugar de adoptar una nueva ley del Parlamento que introduce medidas de la UE en la legislación del territorio, los cambios requeridos se integraron en los actos y reglamentos existentes. La idea de este proceso de implementación fue crear una especie de sistema de archivo que podría ser una referencia cruzada con el tipo de contrato público disponible. De esta manera, las autoridades públicas y los posibles contratistas sabrían cuáles disposiciones legales aplicarían en cada caso específico (Página web public procurement in Germany. Último acceso 11 de junio de 2016 en <https://www.wbs-law.de/eng/commercial-law/public-procurement-in-germany-38383/>).

¹¹¹ Comisión Europea (2011b), op. cit., pp.3-5.

instituciones tienen sus propias normas de contratación que se ajustan en líneas generales a las directivas, existen sin embargo algunas diferencias significativas que el Tribunal de Cuentas Europeo ha considerado no justificadas¹¹², y que terminan a fin de cuentas afectando la seguridad jurídica, eficiencia, eficacia y transparencia de las adquisiciones de menores montos.

Estas diferencias, y la práctica desigual en los distintos Estados en tratar sus adquisiciones bajo y sobre los umbrales que regulan las directivas, han ido generando ciertas críticas al respecto de las cuales destacamos dos. La primera, es aquella que permite a los organismos públicos dividir un contrato con el fin de permanecer bajo el umbral de la UE o de la legislación nacional respectiva, y así poder evadir, eventualmente, algún procedimiento de contratación¹¹³.

La segunda, según TELLES PEDRO, está referida a la falta de revisión y adaptación de los umbrales respectivos. El efecto de ello, concierne a que los límites actuales no reflejan ninguna mejora de productividad o reducciones de los costes de transacción obtenidos durante los postreros 40 años, al permanecer éstos estables en términos nominales y cambiando sólo debido a las presiones externas o a la inercia de la inflación. Tales umbrales, han funcionado eficazmente como un techo y un piso en el mercado interno de la contratación pública, aceptándose como “sabiduría recibida” y no cuestionándose nunca su existencia¹¹⁴.

Por último, y atendiendo a que las Directivas 2004/CE cimentaron el camino a las directivas actuales de cuarta generación, fomentando la apertura, la transparencia, y con ello un ahorro de costes, su evaluación también evidenció que las diferencias en la trasposición y aplicación de éstas había conducido a resultados distintos en los países, tanto en lo que se refiere al tiempo necesario para el desarrollo de los procedimientos, como en lo relativo al coste soportado por los poderes adjudicadores¹¹⁵. Tal realidad, como se puede aducir, no ha cambiado significativamente con las directivas 2014 actuales.

Al presente, las últimas directivas en materia de contratos públicos debían haber sido transpuestas por los Estados miembros a más tardar al 18 de abril de 2016, evidenciando que sólo la

¹¹² Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.8.

¹¹³ No obstante, y según el Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza, SIGMA, este escenario puede ser controlado a través de una investigación más allá del documento de adjudicación. Se puede controlar la cantidad de las facturas a la fecha, para determinar si hay compras similares realizadas. Asimismo, puede ser más revelador verificar la definición de las necesidades. Un enfoque adecuado también podría plantearse al estimar las necesidades totales de la institución, y compararlas con la adquisición respectiva para verificar su consistencia (Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza, SIGMA, 2013, pp.6-7).

¹¹⁴ Telles Pedro (2016), op. cit., pp.1-2 y 27.

¹¹⁵ Comisión Europea (2011b), op. cit., pp.18-19.

mitad de los territorios (aproximadamente) lo habían hecho a septiembre de este mismo año¹¹⁶. Esta tarea, como agrega MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, ha venido en los últimos años siendo deficiente, destacando que los países que ocupan los primeros puestos en los ranking internacionales sobre corrupción, encabezan también las condenas del TJUE por incumplimiento de la normativa comunitaria en esta materia (particularmente España e Italia)¹¹⁷.

De este modo, y para finalizar, debemos advertir que los retos de la transposición de tales preceptos, como indica GIMENO FELIÚ, se deben basar esencialmente en implantar una nueva gobernanza pública; incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos; impulsar el mercado; y por último, legitimar democráticamente el modelo político¹¹⁸. Terminando por añadir la UE, que aunque se ha procurado mejorar las prácticas y resultados de la contratación pública a través de la implantación de tales disposiciones comunitarias, todavía para muchos países de la región éstas siguen siendo sólo una propuesta sugerente, de buenas intenciones, y no vinculantes¹¹⁹.

Asimismo, relevante es también terminar destacando las recomendaciones y dictámenes que genera este último organismo internacional aludido, las cuales a pesar que no tienen carácter normativo, no siendo vinculantes, sirven de orientación a las políticas o actuaciones concretas de los Estados miembros¹²⁰. De hecho, y en la praxis, la gran mayoría de estos países de la región se apoyan en estos preceptos para validar sus propias disposiciones nacionales.

3. PAÍSES DE AMÉRICA

Hacia el norte de América, en *Canadá*, la Ley de contratación pública se ha desarrollado considerablemente durante los últimos 30 años dando como resultado un sistema descentralizado de adquisiciones compuesto por muchos estatutos, reglamentos, acuerdos, políticas, directivas, procedimientos y directrices que rigen las actividades de contratación¹²¹. Significativas reformas han surgido de una serie de decisiones de la Corte Suprema de ese país para articular un nuevo marco legal, basado en políticas que permitan realizar adjudicaciones más competitivas y justas. A pesar de que muchos de estos principios se aplican a las compras efectuadas por todos los niveles de gobierno

¹¹⁶ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.8

¹¹⁷ Martínez Fernández (2017), p.7.

¹¹⁸ Gimeno Feliú (2016a), p.15.

¹¹⁹ Unión Europea (2011a), p.29.

¹²⁰ Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.36-37.

¹²¹ Presentación Oficial del Gobierno de Canadá (2016). "Governance of public procurement: Case of Canada". Recuperado el 29 de junio de 2017 en ricg.org.

(federal, provincial/territorial y municipal), así como las adquisiciones del sector privado, el nivel provincial/territorial y la contratación municipal son un tanto distintos al régimen federal, sobre todo con respecto a la aplicabilidad de acuerdos de comercio y mecanismos de aplicación¹²².

En tal nación, los principios de equidad, apertura y transparencia se han convertido en la base del sistema de adquisiciones. Dado que Canadá es una federación, hay diferentes reglas a nivel federal, provincial y municipal, convirtiendo a este sistema en una compleja red de leyes y reglamentos¹²³. A nivel federal, la Ley de Administración Financiera (FAA) y las Regulaciones sobre los Contratos de Gobierno (IGC) rigen las adquisiciones. A nivel provincial, varias de estas provincias tienen legislación que regula su contratación pública¹²⁴. En el sector municipal, se rigen por la Ley de derecho común, además de las ordenanzas municipales¹²⁵.

Entorno a *Estados Unidos*, la adquisición nacional se administra en tres niveles. Por un lado los Gobiernos Federales (agencias) se rigen por el Reglamento Federal de Adquisiciones (FAR)¹²⁶, el cual es una reglamentación vinculante para todas las agencias federales. Este reglamento proporciona normas de procedimiento que controlan el proceso de adquisición, siendo sus dos más importantes principios el ahorro de costes y los procesos competitivos.

¹²²Borden Ladner Gervais. blg, (2009). "Pocketbook on the canadian public procurement regime". This article is reproduced from the chapter titled "Canada" in the forthcoming text: R.H. García, ed. *International Public Procurement: A Guide to Best Practice*, London: Globe Law and Business Publishing, p.5.

¹²³ Las siguientes leyes federales, reglamentos y políticas también son relevantes en el país: la Ley del Departamento de Servicios de Gobierno, el Reglamento del Defensor de Adquisiciones, la Junta del Tesoro de política de contratación, los Acuerdos de Reivindicaciones Territoriales Globales, Código de PWGSC de Conducta para la Contratación, las cláusulas tipo de Adquisición de Obras Públicas, Condiciones y Manual, y el Manual de Suministros. El Código Penal y la Ley de Competencia de Canadá (CCC) también son relevantes, ya que incluyen sanciones por sobornos dados o recibidos, y de complicidad con otros para obtener contratos (*International Comparative Legal Guide*, ICLG (2016). Recuperado el 6 de junio de 2016 en <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/public-procurement/public-procurement-2016/canada>).

¹²⁴ Interesante es mencionar que Canadá carece de un mecanismo rápido para la resolución de conflictos sobre adquisiciones para las provincias y municipios. En la actualidad, los oferentes de los niveles provinciales y municipales no tienen más remedio que iniciar una demanda. Las disputas de contratación pública federales se resuelven a través del Tribunal de Comercio Internacional de Canadá que se estableció como mecanismo de revisión de la oferta de este país de conformidad con los tratados comerciales. El gobierno federal y algunas de las provincias han introducido regímenes de inhabilitación, donde los oferentes no pueden acceder a participar en contratos con el gobierno si han sido declarados culpables de delitos tales como: manipulación de licitaciones, corrupción y fraude. Para las adquisiciones federales este régimen se encuentra en las nuevas disposiciones de Integridad del Gobierno Federal (Página web *Practical Law* (2016). Recuperado el 7 de junio de 2016 en <http://ca.practicallaw.com/4-521-6007?source=relatedcontent>).

¹²⁵ *International Comparative Legal Guide*, ICLG (2016). Recuperado el 6 de junio de 2016 en <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/public-procurement/public-procurement-2016/canada>, p.10. Los Servicios de Gobierno y Obras Públicas de Canadá (*Public Works and Government Services Canada*, PWGSC) son el agente de compras principal del gobierno federal de este país, y son responsables de proporcionar las adquisiciones para la mayoría de los Departamentos federales y Agencias. La base legal y el marco administrativo de PWGSC debe actuar de acuerdo con la Ley de Administración Financiera, el Reglamento de Contratos del Gobierno, la Ley de Producción para la Defensa, y directivas emanadas de la Dirección de la Tesorería.

¹²⁶ Ver mayor detalle en página web de Gobierno de Estados Unidos recuperada el 11 de diciembre de 2016 en <https://www.acquisition.gov/far/>

Luego, existen las Órdenes Ejecutivas, las Circulares OMB y memorándum de similar autoridad que el FAR. Tales documentos emitidos por la Casa Blanca, contienen información sobre procedimientos y consideraciones que dan lugar a instrucciones sobre la materia. En cuanto al tercer nivel de Administración, este toma lugar en las agencias. Cada agencia federal tiene una oficina de adquisiciones interna que implementa sus políticas y procedimientos bajo el FAR¹²⁷.

Las políticas sustantivas en contratación pública, son en su mayoría de discreción de cada agencia federal, quienes son las responsables de definir las especificaciones y los criterios de adjudicación para sus adquisiciones. Así, mientras la contratación en este país está sujeta a una malla de regulaciones emitidas y administradas por una amplia gama de instituciones, sigue existiendo un significativo poder de toma de decisiones para el gerente de compras en cada organismo. Cada gobierno estatal es independiente de establecer sus propias normas para las adquisiciones realizadas por las agencias estatales¹²⁸.

Hacia *México*, y según las Naciones Unidas, no existe una reglamentación única para regular la contratación pública en el país, sino que se contemplan 31 disposiciones estatales, la disposición local del Distrito Federal y la propia legislación federal. Todas ellas disponen reglas sobre las adquisiciones, los arrendamientos, los servicios y la obra pública que se contrata, compra o que solicita el sector público¹²⁹.

Una experiencia destacable en el país en materia legal, ha sido la reducción de la “normatividad interna administrativa”. La Secretaría de la Función Pública (SFP), quien es el órgano superior de contratación pública, ha tenido grandes avances en la simplificación y homologación de las operaciones administrativas de diversos órganos de gobierno, incluyendo las referentes a adquisiciones, obras públicas y materiales, así como auditoría y control interno. Según datos de la SFP, en total se eliminaron 410 normas en materia de adquisiciones y 182 en materia de obra pública, las cuales se sintetizaron en 11 procesos¹³⁰.

¹²⁷ Vonortas et al (2011), p.4. Ver estructura funcional de la contratación pública en el país en este mismo autor.

¹²⁸ Ibid, executive summary. La agencia principal responsable del marco de adquisiciones en los Estados Unidos es la Oficina de Política Federal de Adquisiciones (OFPP por sus siglas en inglés). Las responsabilidades de la OFPP según lo ordenado por la Ley de la Política de Adquisiciones Federal, incluyen entre otras: supervisar el desarrollo de la regulación de adquisiciones; dar forma a las políticas de adquisiciones, los principios de gestión y la política de administración del Reglamento Federal de Adquisiciones (FAR); formular y coordinar la legislación sobre adquisiciones; gestionar el Sistema Federal de Datos de Adquisiciones; y dirigir las actividades del Instituto Federal de Adquisición (Instituto de Adquisición Federal de EE.UU., 2017. Recuperado el 3 de febrero de 2017 en <https://www.fai.gov/drupal/>).

¹²⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013), p.36.

¹³⁰ Ibid, p.37.

El propósito de lo anterior, fue dotar al Gobierno Federal de instrumentos legislativos que permitieran utilizar a las compras públicas como palanca de desarrollo y delinear criterios para que la planeación, programación y presupuestación se dieran bajo reglas claras. Al homologar las estrategias y criterios para todas las dependencias y entidades de la administración pública Federal, la SFP redujo la complejidad de los procesos de compras públicas a nivel federal y se incorporaron nuevos esquemas, cuyo objeto final fue buscar mayor eficiencia y eficacia en los procesos respectivos¹³¹.

En una visión conjunta de los países en *América Latina y el Caribe*, debemos mencionar que en los últimos años se han impulsado cambios significativos en sus respectivos sistemas nacionales de contratación, en donde las reformas a la regulación y a su estructura institucional han sido una de las principales acciones. Los cambios normativos en materia de contratos públicos en la última década han permitido aumentar la transparencia en las operaciones, mejorar la relación calidad-precio, promover la competencia y perfeccionar la gestión de los procesos de compras a través de la simplificación y estandarización de trámites, incluyendo las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)¹³². Es de este modo, que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) afirma que, como resultado de tales reformas, los gobiernos de América Latina y el Caribe han ahorrado más de 100.000 millones de dólares en los últimos años¹³³.

Sin embargo lo anterior, es importante también señalar que algunos Estados al año 2013 aún carecían de leyes autónomas al respecto, como es el caso de Bolivia cuya legislación no contempla una definición explícita de compras del sector público, o Uruguay, donde tampoco existe una definición precisa sobre este concepto. Aunque los esfuerzos han rendido su fruto por simplificar el marco normativo y sus procedimientos, la característica principal de las leyes en más del 60% de los países (12 de los 19 países de la región) es la sobrerregulación¹³⁴.

Funcionalmente, la gran mayoría de los organismos responsables de compras a nivel central dependen de una unidad dentro del Ministerio de Hacienda o Finanzas, quien supervigila esta actividad. Si bien varios de estos países cuentan con sistemas de compras públicas modernos, se

¹³¹ Ibid, pp.37 y 47. Por último sobre este punto, en un esfuerzo por hacer los procedimientos más precisos, se reformó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) y fueron creados nuevos reglamentos.

¹³² Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, (2015), p.55.

¹³³ Ibid, p.30.

¹³⁴ Reporte de Dávila Pérez Javier (2013). "Impacto y beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y el Caribe". Experto internacional. Titular de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas. Secretaría de la Función Pública Gobierno de México. Página web RICG. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en www.ricg.org.

estima necesario seguir profundizando ciertos avances, especialmente en los que muestran los menores progresos¹³⁵.

Una característica destacable en la región, se remite a que la legislación de contratación otorga preferencias a su sector productivo nacional. La apertura de mercados parece ser efectiva cada vez que los márgenes que normalmente se ofrecen a las empresas locales no afectan significativamente a las empresas transnacionales, ya que normalmente reciben trato de nacionales en términos de la legislación aplicable¹³⁶.

En síntesis, y fruto de esta evolución jurídica aludida, podemos apreciar en el cuadro siguiente las legislaciones respectivas de los países de América Latina y el Caribe, y su año de entrada en vigor para cada territorio:

«Marco jurídico en el campo de compras públicas en América Latina y el Caribe»

País	Legislación	Año
Antigua y Barbuda	The Procurement and Contract Administration Act	2011
Argentina	Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional	2001
Bahamas	Financial Administration and Audit Act	1973
Barbados	Financial Management and Audit Act	2011
Belice	Finance and Audit Reform Act	2005
Bolivia	Decreto Supremo No. 181 (Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios)	2009
Brasil	Ley Federal N° 8.666. Procesos de Licitación y Contratos de la Administración Pública	1993
Chile	Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios	2003
Colombia	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública	2012
Costa Rica	Ley de Contratación Administrativa	1995
Dominica	Finance Act	1995
Ecuador	Ley de Contratación Pública	2008
El Salvador	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública	2014
Grenada	Public Procurement and Contract Administration	2007
Guatemala	Ley de Contrataciones del Estado	1992
Guyana	Procurement Act	2003
Haití	Public Procurement Act	2009
Honduras	Ley de Contratación del Estado	2001
Jamaica	Financial Administration and Audit Act	2011
México	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público	2009
Nicaragua	Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público	2010
Panamá	Ley 22 de Contrataciones Públicas	2006
Paraguay	Ley 3.439	2007
Perú	Ley de Contrataciones del Estado	2014
República Dominicana	Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones del Estado Dominicano.	2012
San Cristóbal y Nieves	Finance and Audit Amendment Act	1998
San Vicente y las Granadinas	Financial and Audit Act	1964
Santa Lucía	Finance and Audit Amendment Act	1998
Trinidad y Tobago	Central Tenders Board Ordinance	1961
Uruguay	Decreto N° 150/012 TOCAF (Texto Ordenado de la Contabilidad y Administración Financiera del Estado)	2012
Venezuela	Ley de Contrataciones Públicas	2008

Cuadro 3. Fuente. Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA (2015), op. cit., pp.30-31.

Uno de los aspectos que podemos destacar de este cuadro, es el referido al año de entrada en vigencia de la Ley de contratación. Se puede apreciar que países como Trinidad y Tobago (1961),

¹³⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL (2013), p.11.

¹³⁶ Reporte de Dávila Pérez Javier (2013). "Impacto y beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y el Caribe". Experto internacional. Titular de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas. Secretaría de la Función Pública Gobierno de México. Página web RICG. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en www.ricg.org.

Bahamas (1973), Guatemala (1992), Brasil (1993), República Dominicana (1995), y Costa Rica (1995), entre otros, son Estados que independiente de tener bastantes años desde el inicio de una ley para su aprovisionamiento público, son naciones que no han aprovechado este tiempo para ser referentes en la región y mejorar sus sistemas actuales. Siendo que, por el contrario, países con un marco jurídico relativamente nuevo como son Chile (2003) y México (2009) si han priorizado sus esfuerzos y avanzado notoriamente en esta temática.

A modo de conclusión, y según advierte J.A. MORENO MOLINA al año 2015, en la región existe una similitud jurídica que deriva de una normativa adoptada o reformada recientemente en la mayoría de ordenamientos y de unas preocupaciones, retos y objetivos en esta materia comunes a todos los Estados, que coincidan con las españolas y europeas¹³⁷. Tal autor, agrega además que la proliferación normativa en el sector ha ocasionado una complejidad creciente, existiendo un gran número de regímenes especiales que se apartan de la legislación general, los cuales a la vez excluyen a muchas entidades de la aplicación de los procedimientos públicos de contratación fijados en las leyes de compras públicas. Finalmente, adiciona que una importante característica común de las legislaciones nacionales, es su reconocimiento expreso de los principios generales que rigen las compras gubernamentales, y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa.

En síntesis, por un lado podemos apreciar un importante avance en la implantación de las reformas emprendidas. Y por el otro, está la insoslayable necesidad de continuar impulsando los cambios que mejoren la transparencia, la eficacia y eficiencia en los diferentes ámbitos de esta materia¹³⁸.

4. ESTADO ESPAÑOL

En referencia al Estado español y su panorama normativo, primero que todo debemos recordar que la profunda descentralización política de la Constitución española de 1978, comparte legislación y administración con las actuales 17 Comunidades Autónomas (más las ciudades de Ceuta y Melilla) y, por consiguiente, la administración del Estado ya no es la única, sino un *primus inter pares* (primero entre iguales)¹³⁹. Así, este panorama jurídico destaca por una jurisdicción administrativa y

¹³⁷Moreno Molina J.A. (2015c). Opinión.

¹³⁸ Reporte de Dávila Pérez Javier (2013). “Impacto y beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y el Caribe”. Experto internacional. Titular de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas. Secretaría de la Función Pública Gobierno de México. Página web RICG. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en www.ricg.org.

¹³⁹ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.142.

de control que tiene matices en lo territorial, y que tales, frenan un control regular y oportuno en nuestra materia de investigación.

Los poderes del Estado necesitan una serie de medios para desarrollar sus funciones constitucionalmente encomendadas. La administración pública es el instrumento para esta tarea, quien como sostiene el artículo 103.1 de la Constitución vigente, “*Sirve con objetividad los intereses generales...*”¹⁴⁰. Esta Administración -que PARADA VÁZQUEZ expresa que es un sujeto de derecho, una persona jurídica, un destinatario de las normas y por ello, judicialmente responsable, además de ser un creador del derecho¹⁴¹-, necesita de medios materiales para ejecutar su labor y permitir que el Estado brinde sus servicios como le es encomendado, siendo la contratación pública este medio material por excelencia, el cual debe procurar aplicarse a través de una reglamentación nacional única, coordinada y atenta a los cambios.

En una retrospectiva de esta materia de contratos y hacia el siglo XIX, debemos resaltar que en España, este aprovisionamiento nacía con la necesidad de afrontar el reto de disponer de un texto legal que limitara los abusos de autoridades y funcionarios contra los estímulos peligrosos (cohechos, prebendas y sobornos), mejorando la transparencia en el sector público¹⁴². La única modalidad de contratación que se establecía era la subasta (precio más bajo), y se preveían determinados casos en que podía aplicarse la contratación directa¹⁴³.

Desde aquel tiempo y al presente, y atendiendo a que la misma Constitución española otorga al Estado en su artículo 149.1.18ª la competencia exclusiva de promulgar normativas sobre contratación pública, este aprovisionamiento gubernamental ha ido evolucionando de acuerdo a varios preceptos jurídicos, de los cuales a efectos referenciales destacamos los siguientes:

AÑO	NORMATIVAS RELEVANTES PROMULGADAS EN ESPAÑA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA
1911	Ley de Contabilidad de la Hacienda Pública, en cuyo capítulo V se trataba la Contratación del Estado, siendo todavía en estos años la subasta la única forma de adjudicación de los contratos públicos.
1963	Ley 198/1963, de Bases de Contratación del Estado y su texto articulado de 1965.
1965	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
1967	Reglamento de Contratación del Estado.
1973	Ley 5/1973, de 17 marzo, la cual modificó parcialmente la Ley de Contratos del Estado introduciendo determinados cambios e innovaciones en la normativa de este texto legal que hizo necesario incorporar consecuentes modificaciones en el Reglamento del año 1967.

¹⁴⁰ López Guerra et al (2003), p. 185). Ver lo relativo a organización y acción administrativa de la administración pública en art. 103 a 107, dentro del título IV, de la Constitución Española.

¹⁴¹ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.27.

¹⁴² Para efectos de esta investigación, trataremos la calidad de funcionario público o empleado público como algo similar, entendiendo que en estricto rigor existen diferencias en su situación contractual con el Estado.

¹⁴³ De la Morena López (2015a), op. cit., pp.2-6.

1975	Nuevo Reglamento.
1986	Real Decreto Legislativo 931/1986, en cumplimiento de la Ley 47/1985. Tal disposición hubo de modificarse, asimismo el Reglamento para adaptarlo al R.D.L.931/86 y a las directivas comunitarias.
1986	Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.
1995	Ley 13/1995, de 18 de mayo (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual deroga expresamente las leyes subsistentes sobre contratos del Estado, como son el texto articulado del 65, la Ley del 73 y el R.D.L.931/86).
1996	Real Decreto 390/1996, de 1 de Marzo, el cual desarrolla parcialmente la Ley 13/1995, de 18 de mayo.
1997	Real Decreto 704/1997, de 16 de mayo, el cual regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio.
1999	Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo.
2000	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2001	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, con el cual se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2003	Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.
2006	Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.
2007	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.
2007	Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
2009	Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007
2011	Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.
2011	Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad.
2011	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, publicado en el BOE el 16 de noviembre de 2011.
2017	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.

Cuadro 4. Fuente. Elaboración propia con información obtenida desde De la Morena López (2015a), pp. 2-6; BOE; y Pintos Santiago (2018), op. cit., pp.72-74.

El actual sistema normativo dual en esta materia -ya que dependerá su aplicación de que se trate de contratos armonizados o no armonizados, sumado a la distinción entre organismos que son administración pública, frente a quienes adoptan figuras privadas con financiación pública-, se compone de tres leyes principales: Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, resultado de la transposición de la Directiva 2004/17/CE¹⁴⁴; Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE¹⁴⁴; y 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 2014¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Unión Europea (2015a), p.206; y Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.207.

¹⁴⁵ De acuerdo a la Sentencia 141/1993, de 22 de abril del Tribunal Constitucional Español, la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Recuperado el 5 de junio de 2017 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2270>. Asimismo, y como indica GÓMEZ MATEO, con un carácter un tanto más secundario se encuentran los principios de estabilidad y eficiencia en la asignación de recursos económicos (Gómez Mateo, 2016, op. cit). Por último, MORENO MOLINA J.A. indica que esta igualdad de

Excepcionalmente, la Comunidad Autónoma de Navarra cuenta con su propia ley regional de contratación pública (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio).

Tal marco jurídico, no se implementa igualmente para todo el sector público español, sino que existen tres grados de sujeción según el Real Decreto Legislativo 3/2011: administraciones públicas; entes del sector público que están sujetos a la Directiva 2004/18/CE; y organismos del sector público que no son administración pública y que no están sujetos a la Directiva anterior. En cuanto a la estructura territorial española, el ámbito normativo de aplicación como indica el artículo 2 del LCSP 9/2017, se aplica a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades.

En materia de tipos de contratos, encontramos dos grupos de acuerdo a su calificación. Por un lado, están aquellos que se califican con arreglo a las normas contenidas en la presente Ley (LCSP 9/2017), los cuales son: contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Y por el otro, están aquellos restantes según el capítulo II, sección 1ª de la LCSP, que se califican conforme a las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean pertinentes.

Tal y como indica la normativa exterior o proveniente de la UE, el Estado español se rige por las ya mencionadas Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; y la 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, el transporte y los servicios postales. Aunque tales Disposiciones para España y todos los Estados miembros no son vinculantes, si afectan a estos en ámbitos económicos y de competencia de sus mercados.

Sobre tales disposiciones exteriores y su transposición a la jurisdicción territorial española, resulta destacable mencionar que al 17 de abril de 2015 se aprobaron los informes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de

oportunidades y de trato mencionada es muy relevante, ya que constituye la base de las directivas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implicando una obligación de transparencia que permite garantizar su cumplimiento. Este principio señalado busca favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas, e implica que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (Moreno Molina J.A, 2015a, op. cit., p.15).

contratos públicos. Este anteproyecto tenía como objetivo la transposición del derecho español a las Directivas 2014/25/UE, 2014/24/UE y 2014/23/UE¹⁴⁶, teniendo como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos¹⁴⁷.

No obstante tales acciones, esta necesidad de transposición como solicitó la UE al 31 de enero de 2016 no fue cumplida -al igual que ocurrió al 31 de enero de 2006 con respecto a las Directivas 2004/18/UE y 2004/17/UE¹⁴⁸-, expresando por lo anterior J.A. MORENO MOLINA que “...*el Estado español ha vuelto a incumplir con sus obligaciones de adaptación de la normativa al Derecho de contratación pública de la Unión Europea, como ya había hecho anteriormente...*”¹⁴⁹, sosteniendo que países como Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia lo habían hecho a este vencimiento.

Luego, y con fecha 8 de noviembre de 2017, se publica finalmente en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la actual Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017), que en definitiva termina por transponer 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.

A este último respecto, conviene señalar como ha expresado GIMENO FELIÚ, que esta tardía transposición ha ocurrido ya que tal tarea en España se realiza mediante iniciativa legislativa ordinaria, es decir, mediante proyecto de Ley que prepara el Gobierno, razón por la cual, se complica el cumplimiento de los plazos previstos por estas Directivas¹⁵⁰. A estos efectos, y como consecuencia de esta lenta transposición -entre otros factores-, el Estado español ha formado un sistema de contratación burocrático, con duplicidades, descoordinado y con bajos niveles de eficiencia, eficacia

¹⁴⁶ Moreno Molina J.A. (2015b), op. cit., pp. 105-106. La transposición en España a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, preparado por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de los contenidos que deban ser incorporados mediante normas autonómicas, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía. La actual situación política e institucional hace que sea previsible que, a pesar de que existen dos Anteproyectos de Ley (para contratos del sector público y para contratos en los “sectores especiales”), se supere el plazo de transposición sin que ésta se haya producido. Esta situación, al margen de la responsabilidad por incumplimiento y sus posibles consecuencias patrimoniales, implica que varios preceptos de las directivas de contratación pública puedan tener efecto directo y desplazar la regulación nacional (Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 2016, op. cit., p.4).

¹⁴⁷ Gimeno Feliú (2016a), op. cit., pp.15-16. Como ya se ha explicado, la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario. Esta consecuencia se impone también a los órganos de recursos contractuales, que aunque son de naturaleza administrativa tienen reconocida jurisprudencialmente, a los efectos de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, la condición de órgano jurisdiccional (Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 2016, op. cit., p.12). Las principales novedades o un resumen de los puntos del anteproyecto de transposición de las directivas se pueden revisar entre las páginas 18 y 30 de este mismo documento.

¹⁴⁸ Moreno Molina J.A. (2009), pp.337-354.

¹⁴⁹ Moreno Molina J.A. (2016a). Opinión.

¹⁵⁰ Gimeno Feliú (2017b), p.189.

y transparencia, aspectos que han mermado los beneficios tangibles que entrega un modelo de aprovisionamiento atento a los nuevos cambios.

A. Principales críticas al actual ordenamiento jurídico en contratación pública

“El régimen jurídico español es perverso y técnicamente no abarca adecuadamente todos los contratos. La distinción entre los diferentes contratos genera redes clientelares. Se requiere uniformidad en las reglas jurídicas y acabar con la tendencia de cambiar la ley de contratos de sector público con tanta frecuencia -unas 30 veces en 8 años”
(Jornada sobre Transparencia Integral en la Contratación Pública)¹⁵¹.

A pesar que en uno de los últimos informes de la Comisión Europea, a marzo de 2018, se afirmó que el *“Marco legislativo de la contratación pública está mejorando en España”*¹⁵², siguen existiendo deficiencias substanciales en este entramado jurídico que han llevado al sistema de contratación a estar dentro de un bajo desarrollo en sus adquisiciones públicas.

De esta forma, un particular antecedente que nos puede fundamentar una de las primeras críticas sobre este aspecto elemental de la contratación española, lo podemos apreciar en las palabras de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, quien sostenía que en los años 90 la administración pública del país no funcionaba o funcionaba deficientemente, argumentando que su deterioro, entre otras cosas, se debía a formalismos, a veces juridicismo a ultranza, tramitaciones legales lentas y engorrosas, normativa reglamentaria de difícil lectura, rigidez de la estructura departamental, politización innecesaria y excesiva de los altos niveles de la Administración, entre otras. Este autor, evidenció -ya en aquellos años- la gran cantidad de normativa sobre normativa, advirtiendo que *“La obsesión por la norma, con todo lógica, conduce a una pérdida de respeto de la misma”*, en donde tal situación, termina produciendo un *“Grave deterioro del sistema político”*¹⁵³.

Desde el sector privado, y ahora situándonos en el contexto presente, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) en su informe *“legislar menos, legislar mejor”*, ha sostenido que *“El entramado legislativo español es de una densidad y complejidad alta, derivando en originar distorsiones en el mercado y crear un elevado nivel de cargas administrativas para las empresas...”*¹⁵⁴. Tales cargas, o papeleo burocrático como denomina AEVAL¹⁵⁵, para

¹⁵¹ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

¹⁵² Comisión Europea (2018), p.18.

¹⁵³ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), pp.21-24 y 43.

¹⁵⁴ Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE (2015), p.3.

¹⁵⁵ Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, AEVAL (2016), op. cit., p.102.

SORIA COLLADO vienen a ser un gran retraso para la economía de un país, suponiendo un importante coste fijo para las empresas. Situación que según el autor no permite a este sector desarrollar su competitividad en el mercado¹⁵⁶, produciendo por tanto las ineficiencias que ya todos conocemos.

Así, una de las causas que nos pueden explicar el anterior escenario, podríamos atribuirlo a lo expresado por MARTÍN MATEO, quien afirmaba que no existía en el territorio español un plan de estudios en las carreras universitarias que demostrara una disciplina que versara simplemente sobre la administración pública y su gestión -a diferencia de lo que sucede con otros países-, siendo la disciplina habitual en esta temática el derecho administrativo. Advirtiendo, por lo tanto, que la Administración referida debería ser abordable desde lo jurídico, y no jurídico¹⁵⁷.

Comenzando entonces con la primera crítica al actual ordenamiento en referencia, debemos decir primeramente, y con carácter general, que la legislación española adolece por su gran cantidad de disposiciones, lo que provoca una dispersión normativa. En palabras de NORBERTO BOBBIO, el Estado es un “*legislador metralleta*”, refiriéndose a que no deja de producir continuamente nueva normativa que reforma la ya existente¹⁵⁸.

Ahora bien, con referencia al entramado jurídico sobre contratación pública, debemos inicialmente señalar que esta situación antes descrita no es muy diferente, afirmando SANTAMARÍA PASTOR que “*La legislación española está en un contante movimiento, lo cual no ayuda en la seguridad jurídica y estabilidad que deberían tener las normas sobre contratación pública...*”¹⁵⁹. Coincidiendo con ello MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, quien agrega que además es una normativa que está dispersa¹⁶⁰, característica que de acuerdo a la CNMC provoca:

“...un riesgo de menor seguridad jurídica en los operadores y carencias de eficiencia en las decisiones tomadas por los entes públicos. Por un lado se detecta un conjunto creciente de normas que regulan el aprovisionamiento público [...] En segundo lugar y aún más relevante, se extiende la existencia de diferentes parámetros de

¹⁵⁶ Soria Collado (2013), p.1.

¹⁵⁷ Martín Mateo (1996), p.59.

¹⁵⁸ Ávila Cano, Eulalio, Presidente del Consejo General de COSITAL en “Número extraordinario de la Revista de estudios locales”, agosto, 2013, p.9. A esta crítica también se añaden Vázquez Francisco (2016). “Opinión Diario el Mundo de España”. Recuperado el 30 de junio de 2016 en <http://www.elmundo.es/economia/2016/04/19/571605d0ca4741c7118b4591.htm>.; y Colás Tenas (2014), p.109.

¹⁵⁹ Santamaria Pastor (2013), p.35.

¹⁶⁰ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.7.

exigencia en el cumplimiento de principios trascendentales para la existencia de una competencia efectiva, como los de publicidad o concurrencia”¹⁶¹.

GIMENO FELIÚ, por su parte, sostiene que tal materia de aprovisionamiento en España se ha caracterizado por un déficit de transparencia (y de concurrencia) como regla general, argumentando que su legislación desde el año 2007 contenía ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a ella, y también a la actuación administrativa¹⁶².

En un juicio aún más tajante, COLÁS TENAS manifiesta que *“En el Estado español no existe un marco jurídico armónico y seguro de la contratación del sector público. La legislación de contratos del sector público es una legislación fracasada e inacabada, ininteligible y permanentemente abierta, que presenta un alto grado de complejidad hermenéutica y aplicativa”*¹⁶³. Terminando por indicar GARCÍA DE ENTERRÍA, que este ambiente de abultamiento normativo o leyes desbocadas en la contratación ha ido construyendo una sociedad que en vez de ser justa y ordenada, *“...la complica, la confunde, la somete a crispaciones e irregularidades que malgastan en vano una buena parte de sus energías”*¹⁶⁴.

Remitiéndonos ahora a la situación de la estructura territorial en el país, J.A. MORENO MOLINA junto a PINTOS SANTIAGO coinciden con la crítica anterior, expresando que en las Comunidades Autónomas hay materias no básicas en las cuales se han publicado sus propias leyes de contratación, produciendo una complejidad creciente de la normativa¹⁶⁵. Así también, y volviendo a citar a MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, existe *“Una cada vez más frecuente normativa autonómica y una pléyade de organismos que generan doctrina interpretativa en contratación pública”*¹⁶⁶.

Tal circunstancia, que además produce diferentes niveles de desarrollo en el articulado jurídico por Comunidad o gobierno local, podría estar generando un efecto negativo en el abastecimiento de

¹⁶¹Tal realidad jurídica, según este organismo, también ha provocado que existan procedimientos de contratación pública largos y engorrosos. Por otro lado, según la CNMC se deben revisar las normas de contratación pública, indicando en primer lugar, la necesidad de colaborar e impulsar las reformas orientadas a eliminar o reducir la dispersión normativa sobre contratación pública, ajustando la misma a los principios de la competencia efectiva y la regulación económica eficiente. Desde el punto de vista interno, el Plan de Actuación 2015 de este órgano también recoge actuaciones concretas en el ámbito de la contratación gubernamental, indicando que se debería realizar un ejercicio de comparación internacional (benchmarking) sobre las funciones, medios, sinergias y mejores prácticas que tienen determinadas autoridades de competencia en materia de aprovisionamiento público (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, 2015, p.8 y 23).

¹⁶² Gimeno Feliú (2017b), op. cit., p.186.

¹⁶³ Colás Tenas (2014), op. cit., p.109.

¹⁶⁴ García de Enterría (2004), p.3.

¹⁶⁵ Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211.

¹⁶⁶ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.7.

los suministros para tales sectores, sólo por el hecho de que las empresas podrían ahora buscar concursos públicos solamente en zonas en donde no existiesen grandes complejidades normativas, y con ello, menores trabas administrativas. Dejando, por lo tanto, a jurisdicciones del territorio español sin un mercado de productos y/o servicios adecuados al no existir proveedores dispuestos a vender a esa región. Esta situación, podría generar un desequilibrio en la balanza de productos y servicios que se ofertan a determinadas regiones, impactando en los precios, calidad de servicio y disponibilidad de insumos.

No obstante, y sobre esto último, hay que advertir también que para los Ayuntamientos es complejo aplicar una parte importante de la legislación pertinente tal y como está estipulada, dando como resultado que en muchas Administraciones Locales exista un incompleto cumplimiento de la normativa interna al respecto¹⁶⁷, afectada además por una escasa supervisión. Esta realidad también ha sido indicada por la Comisión Europea al analizar la situación en el país, donde ha evidenciado que existe una ruptura de contratos de gran tamaño en más pequeños para evitar los requisitos de la contratación pública¹⁶⁸.

Para terminar con este primer reparo, es relevante además añadir lo expresado por la Comisión Europea sobre el territorio español, la cual ha sostenido que la dispersión de la autoridad de contratación crea una oportunidad para la experimentación en la materia, en donde el gran número y diversidad de órganos de contratación en el territorio han provocado la multiplicación de las normas y procedimientos de aplicación¹⁶⁹.

Tanto J.A. MORENO MOLINA como nuevamente PINTOS SANTIAGO, en una segunda crítica, mencionan la débil planificación y coordinación normativa en el sector, argumentando GIMENO FELIÚ que por ello, debería existir una política de efectiva coordinación entre Tribunales Administrativos, lo cual en definitiva favorecería una unidad doctrinal en la materia que tenderá a una mayor seguridad jurídica e igualdad de todos los operadores¹⁷⁰. La escasa coordinación produce duplicidad de funciones y mayor gasto de recursos en cumplir un mismo objetivo. Independiente de la autonomía que ejerza cada jurisdicción, es importante una cooperación entre ellas a fin de aunar

¹⁶⁷ Página web Tribunal de Cuentas Español. Recuperado el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>.

¹⁶⁸ Comisión Europea (2015a), pp.211-212.

¹⁶⁹ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.206 y pp.211-212. Ver la definición de órganos de contratación en artículo 61.1 de la LCSP 9/2017.

¹⁷⁰ Gimeno Feliú (2015b), pp.39-40; Gimeno Feliú et al (2015), p.87; Gimeno Feliú (2015a), p.154; y Gimeno Feliú (2016e), p.193.

criterios y experiencias sobre tratamiento de incidencias en esta temática, la cual en el fondo es igual para todos.

Tal realidad, ha sido de alguna manera evidenciada por la nueva LCSP 9/2017 en su artículo 329, creándose un “Comité de cooperación en materia de contratación pública”, el cual, entre sus principales funciones, detenta la de: coordinar los criterios de interpretación, elaborar la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública, proponer los criterios de selección de actuaciones de supervisión de la contratación, así como elaborar una metodología básica común para las mismas, supervisar el funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, analizar las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común, y recopilar la información a la que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado 4 del artículo 328, a cuyo efecto podrán establecer las instrucciones necesarias, y ponerla a disposición de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Asimismo, este organismo es el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público, y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia¹⁷¹.

Un tercer reparo o crítica, lo encontramos según la CNMC en la escasa utilización de las vías establecidas para detectar desviaciones de la norma¹⁷². Esto quiere decir monitorear y supervisar que la legislación sea aplicable como está concebida, comunicando cuando ocurran incumplimientos. Sobre esta debilidad, la Comisión Europea ha manifestado que en el país ha sido significativo el número de irregularidades por la inaplicabilidad de la legislación en la materia en los últimos años. Destacando sobre ello que *“La falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública”*¹⁷³.

A este mismo respecto, y como efecto de lo anterior, GIMENO FELIÚ ha sostenido que en España *“...el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la corrupción”*¹⁷⁴,

¹⁷¹ El 19 de febrero de 2018 se celebró la primera reunión de este Comité.

¹⁷² CNMC (2015), op. cit., pp.26-27.

¹⁷³ Comisión Europea (2016a), p.5.

¹⁷⁴ Gimeno Feliú (2015a), p.3. En materia de corrupción, la legislación española ha fracasado, planteando problemas económicos que pueden afectar incluso a la democracia. Ver esto último en documento de “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial LA LEY, nº 149.

produciendo por ende disfunciones en todo el sistema respectivo, afectando indirectamente a los precios y condiciones de los requerimientos, y por consiguiente, generando un deterioro en la calidad del servicio prestado a la ciudadanía.

A estos efectos, podemos mencionar como ejemplo la Sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013 (asunto T-384/10, España/Comisión); y el informe de Transparencia Internacional España al año 2017: “Las instituciones públicas continúan mostrando un alto nivel de incumplimiento de la normativa legal sobre contratos”, destacando que un elevado número de entidades públicas incumplen la normativa legal sobre publicación de sus contratos¹⁷⁵.

Relevante en este punto, es también referirnos al escaso cumplimiento o aplicación de las cláusulas por infracciones a los contratos. Este hecho es muy significativo, ya que presenta dos efectos negativos para la Administración: por un lado, produce que el Estado (y ciudadanos) deje de percibir un dinero por derecho; y por otro, habitúa a los proveedores a incumplir las condiciones de los contratos, produciendo que el servicio adquirido o producto presente deficiencias, tenga escasa calidad, o no se concrete según lo establecido en caso de una obra.

La misma Comisión Europea, al año 2017, ha sostenido que en el país se hace necesario un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en la materia a nivel nacional, ya que la ausencia de él dificulta la correcta aplicación de las normas¹⁷⁶. Aspecto que también han destacado el Banco Mundial y la RICG, de manera de lograr un sistema de aprovisionamiento público óptimo para todos los países.

Así, esta figura independiente e institucionalizada a nivel nacional -la cual permitiría controlar el cumplimiento de la normativa-, también podría instrumentalizarse -si se entregasen más potestades- a través de los Tribunales de Cuentas de las Autonomías o la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por ejemplo, en lo que respecta a imponer sanciones y/o anteponer acciones legales por tales incumplimientos¹⁷⁷, además de tener facultades para fiscalizar en cualquier momento y detener algún procedimiento cuando existan anomalías.

¹⁷⁵ Ver análisis e informe respectivo en <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1247/recategoria.1059/reلمenu.2/chk.703fa8ba16103410ae3358d71e30920f>. Recuperado el 27 de febrero de 2018.

¹⁷⁶ Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

¹⁷⁷ Este es un análisis realizado por la Comisión Europea a los dos proyectos de Ley que España tiene en marcha para transponer las directivas en esta materia, en donde se ha incluido al Tribunal de Cuentas como otro órgano fiscalizador que actualmente sólo es proponente, y no vinculante.

Como cuarta y última crítica a esta legislación, hallamos la escasa (o incorrecta) incorporación de las exigencias del Derecho de la UE a la contratación pública española. Aunque con la reciente LCSP 9/2017 se han transpuesto las directivas respectivas de cuarta generación al ordenamiento legislativo español, tal implementación en el tiempo se ha visto reflejada en palabras de J.A. MORENO MOLINA y PINTOS SANTIAGO, quienes han destacado que:

*“Los gobernantes y legisladores españoles han sido especialmente tozudos en la adaptación del derecho español a aspectos como el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación sobre contratación, lo que ha obligado a constantes parcheados de las disposiciones. En general resulta criticable la tradicional superposición de reglas con diversos objetivos introducidas en la Ley básica con las sucesivas y constantes reformas normativas”*¹⁷⁸.

Terminando por señalar que las incontables ocasiones en que ha sido modificado el TRLCSP, ha ido provocando una gran inseguridad jurídica para todo el sector y sus participantes, haciendo particularmente complejo este escenario para el trabajo diario de los gestores públicos que deben seguir buscando interpretaciones en un gran abanico de disposiciones.

B. Reflexiones normativas

Luego de puntualizar algunas de las críticas relevantes sobre la legislación en materia de contratos públicos, expondremos ahora algunas reflexiones y recomendaciones sobre cómo mejorar estas debilidades encontradas, comenzando -con carácter general- por aludir a la OCDE. Este organismo, ha entregado ciertas recomendaciones sobre el marco legal para la contratación -las cuales son muy atingentes a la realidad española-, indicando que el ordenamiento jurídico debe ser coherente y estable para aumentar la participación. Expresando en lo específico, que estas disposiciones deberían: ser lo más claras y simples posibles; evitar incluir requisitos que dupliquen o estén en conflicto con otra legislación o regulación; y por último, tratar a los licitadores, incluidos los proveedores extranjeros, de manera justa, transparente y equitativa, teniendo en cuenta los compromisos internacionales de los Adherentes (Acuerdo sobre Compras Gubernamentales en el marco del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio, las Directivas de Contratación de la UE, y Acuerdos comerciales multilaterales, entre otros)¹⁷⁹.

Dirigiéndonos al territorio nacional, la CNMC ha sostenido que aunque buena parte de las normas sobre contratación provienen fundamentalmente de las directivas de la UE, el legislador español posee un amplio margen de maniobra para establecer un nivel de exigencia superior que

¹⁷⁸ Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211.

¹⁷⁹ OCDE (2015c), op. cit., p.8.

ofrezca las máximas garantías para la competencia efectiva entre licitadores y la eficiente utilización de los fondos públicos¹⁸⁰. Este aspecto es muy destacable, ya que si existe un marco de actuación amplio, se pueden realizar muchas mejoras normativas internas por iniciativa propia -respetando claramente los principios elementales y directivas europeas-, sin esperar a que otros organismos entreguen instrucciones al respecto. Comunidades Autónomas como el caso de Cataluña, País Vasco, Valencia y Aragón ya lo están haciendo¹⁸¹.

De igual manera, el marco jurídico español debe hacer un esfuerzo por ser más específico, sobre todo en las etapas de publicación de los anuncios, evaluación de las ofertas, y ejecución de contratos. Para ello, debe obtener su información desde datos pasados para legislar a futuro, buscando mayormente un control cooperativo y preventivo, y dejando se basar gran parte de sus esfuerzos en medidas posteriores luego de haberse efectuado la compra.

Este control preventivo aludido, claramente, permitiría corregir actos que afectasen a la eficiencia, eficacia y buenas prácticas antes de recibir la adquisición. Una experiencia a destacar sobre ello, la podemos apreciar en Francia, país que implementó un “Servicio de Información Legal para los Compradores Públicos”, bajo la Dirección General de Finanzas Públicas (DGFIP). Tal servicio, funciona como un centro de llamadas para los compradores públicos a nivel regional y local. Se compone de un equipo de diez funcionarios públicos que responden a las preguntas de compradores a nivel local y regional, incluyendo administraciones estatales en las regiones. Las respuestas a las preguntas son vía teléfono o email, buscando dar una solución dentro de las primeras 48 horas. Sobre preguntas que requieran interpretación legal, se remiten a los abogados respectivos que han de responder por escrito dentro de los 40 días calendario¹⁸². Tal ejemplo, por consiguiente, posibilita tener una estadística de las preguntas que hacen las Administraciones sobre materias específicas, información que podría ayudar directamente a saber dónde controlar “previamente” antes de ejecutar una compra, y con ello, poseer información concreta para legislar mejor.

Desde un enfoque privado, y citando a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), este organismo ha indicado que para mejorar la eficiencia y la estabilidad del marco legislativo en el país se debe, entre otras cosas: reducir la complejidad del entramado

¹⁸⁰ CNMC (2015), op. cit., p.24.

¹⁸¹ Una experiencia interesante de la Comunidad de Aragón que mejora la eficiencia del proceso de adquisición, es una aplicación normativa que simplifica la adjudicación de los contratos mediante procedimiento abierto, de contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, y de obras inferior a 2.000.000 de euros. Tal iniciativa en su accionar normativo se ha basado en su artículo 6: documentación exigida en procedimientos negociados y simplificados; y su artículo 10 principalmente (Bernal Blay en “Número extraordinario de la revista de estudios locales Agosto, 2013”, pp.68-76; y Boletín Oficial de Aragón nº 50, del 10 de marzo de 2011).

¹⁸² Unión Europea (2014), p.79.

legislativo para limitar la proliferación de normas y garantizar una cierta estabilidad del ordenamiento jurídico; promulgar normas claras, simples y en un número reducido con el fin de evitar ulteriores interpretaciones; establecer una programación lo más cierta posible para la promulgación de nuevas leyes; transponer la normativa europea sin introducir requisitos o cargas administrativas adicionales; adoptar un sistema de coordinación legislativa entre las administraciones públicas; y por último, evitar la profusión y dispersión legislativa que fragmentan la unidad del mercado nacional y afectan al normal desarrollo de la actividad económica¹⁸³. Como agrega PINTOS SANTIAGO sobre esto último aludido, la contratación pública española presenta el fenómeno de la “*Modificabilitis Crónica*”, lo cual en consecuencia ha ido generando una preocupante y constante inseguridad jurídica¹⁸⁴.

Asimismo, esta estabilidad y eficiencia del marco normativo se ha visto afectada por la ejecución de la contratación por los más de 8000 Ayuntamientos existentes en el país, ya que como indica J.A. MORENO MOLINA, es necesaria una normativa especial o más sencilla para las Administraciones Locales, adecuando su realidad de recursos y necesidades¹⁸⁵. A tal respecto, y aunque no soluciona lo evidenciado por este último autor, si hay que mencionar en la nueva LCSP 9/2017 su Disposición adicional segunda y tercera, referidas a mayores competencias y normas específicas en materia de contratos para este sector.

En suma a lo anterior, los órganos autonómicos, provinciales y locales, deberían estar bajo un control jurídico central y nacional, y no sólo uno generado desde sus propios ámbitos geográficos, entendiendo que estos entes deben ser tutelados y no autocontrolarse. En términos simples, quién ejerza tal control no puede ser juez y parte, y esto debe ser muy bien transparentado hacia la ciudadanía. A tal respecto, atingente es indicar que conforme a AEVAL, en la contratación pública “*La delegación de autoridad no debería entenderse como sustituto de la supervisión*”¹⁸⁶.

En otra reflexión que es transversal a todo el sistema en cuestión, y con el fin de seguir contrarrestando las críticas aludidas, mencionamos a la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 121, la cual sostiene que “*Es fundamental obtener una buena visión de conjunto de los posibles problemas estructurales y modelos generales en las diferentes políticas nacionales en materia de contratación a fin de hacer frente a posibles problemas de forma más selectiva...*”.

¹⁸³ CEOE (2015), op. cit., p.3. A lo anterior, este organismo añade, “...si queremos convertirnos en polo de competitividad en la economía globalizada hemos de contar con una Administración y una legislación simplificada, moderna, estable y al servicio de las necesidades de las empresas y los ciudadanos”.

¹⁸⁴ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.75 y 79.

¹⁸⁵ Moreno Molina J.A. (2013), p.50.

¹⁸⁶ INAP (2009), pp.79-82.

Esta visión colectiva, que se instrumentaliza a través de una participación efectiva de los actores involucrados, en la realidad española -en la cual no se aprecia- debe abordarse desde una gran variedad de profesiones y sectores. Un sistema de adquisiciones es parte del derecho administrativo, pero también es parte de un derecho que beneficia a empresas y ciudadanos. Incorporar una visión multidisciplinar en la operatoria de esta materia se está llevando a cabo por varios países con experiencias exitosas en gestión y disminución de la corrupción, permitiendo a la vez considerar otros puntos de vista que mejoran los marcos regulatorios, la gestión interna y el control¹⁸⁷.

En una siguiente reflexión, mencionamos también que en ocasiones, se escucha que si la normativa fuera más precisa, y con ello diera menos cabida a subjetividades e interpretaciones, resultaría en un articulado más eficaz y operativamente más aplicable por la Administración; en contraposición, otras visiones aducen a que la reglamentación debe ser general y abarcar sólo aspectos sustantivos, de forma de no coartar libertades de organismos públicos a la hora de interpretar tales disposiciones en favor de sus requerimientos. Ante estas dos realidades, algo está muy claro: como actualmente se dispone la legislación en contratación pública y su aplicación en España no es nada óptima, y los hechos expuestos en este apartado así lo están demostrando. De este modo, se debería analizar el ordenamiento jurídico correspondiente, y determinar qué “debe” ser más específico a la luz de las disfunciones latentes, y qué “puede” ser más general sin propiciar aumentar las interpretaciones existentes.

En complemento a lo anterior, hay que evitar y reducir la superposición de ordenamientos normativos en la materia, eliminar como se ha señalado la dispersión normativa, y con ello, simplificar normas (esto último recomendado tanto por el Libro Verde de la Contratación Pública como por la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública). De igual forma, se debe mejorar la reciente LCSP 9/2017 sobre todo en el refuerzo de aspectos tales como: control interno, mayor eficiencia, transparencia efectiva, plazos específicos de procedimientos, y sanciones, recordando que el entramado jurídico de la contratación española define al comprador y al proveedor, pero no establece una supervisión y control expresa de ellos.

Para finalizar, y mencionando otras propuestas sobre cómo mejorar esta normativa pertinente, GIMENO FELIÚ destaca tres puntos. El primero, es articular una reforma legal que descansa en criterios funcionales y no formales, siendo el fin la eficiencia y el derecho a una buena

¹⁸⁷ Experiencias en países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Corea del Sur, entre otros.

administración¹⁸⁸. El segundo, hace mención a simplificar el procedimiento de contratación pero unificando regímenes, tanto en función del umbral como de la naturaleza del ente (dejando atrás el sistema dual normativo). Y por último el tercero, exige reforzar los mecanismos de control ex ante y ex post¹⁸⁹.

Asimismo, y como indica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su Preámbulo, *“Resulta, por tanto evidente, la necesidad de dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, de acuerdo con el proyecto general de mejora de la calidad normativa que inspira todo el informe aprobado por la CORA”*. Agregando en este mismo sentido AEVAL, que un sistema de justicia eficaz, en general, debe gestionar la integración de tres aspectos esenciales: la calidad, la independencia y la eficiencia con que opera¹⁹⁰, sin olvidar, que tanto para nuestra materia de estudio como para los marcos jurídicos generales de la administración pública, se deberían crear disposiciones que se dirijan a “disuadir”, más que a “sancionar”.

5. APORTES QUE PUEDE HACER LA LEGISLACIÓN PARA UN CONTROL EFECTIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Finalmente, y terminando por describir y reflexionar sobre este panorama normativo sobre nuestra materia de estudio, nos referiremos a cómo tal ordenamiento nos puede potenciar el control en la contratación, señalando por ende qué aspectos claves es necesario implementar.

De esta forma, y para empezar, diremos primeramente que toda estructura normativa - incluyendo los órganos en esta materia- no puede permanecer estática y esperar a que los problemas se presenten para actuar, pensando que la gestión de la administración pública solucionará todo; sino más bien, debe ir supervisando su actuación con información real de las disfunciones que se van presentando, y proceder decididamente con cooperación.

Por tal razón, y para que una legislación pueda ser proactiva y efectiva en su cometido, necesita ser estimulada y trabajar en ciertos elementos que hagan de ella una gestora habitual sus cambios, realizando modificaciones normativas cuando sea necesario, y/o eliminando disposiciones repetitivas en otros casos.

¹⁸⁸ Ver un ejemplo de lo que significa buena administración en artículo 3, Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Comunidad Autónoma de Galicia, España.

¹⁸⁹ Gimeno Feliú (2016c), ppt.23 y 49

¹⁹⁰ AEVAL (2016), op. cit., p.131.

Dicho esto, diremos entonces que algunas formas en cómo puede la legislación estimular el control de la contratación pública, podrían ser las siguientes:

a) Colaboración entre organismos legisladores y resto de actores. Trabajar con otras legislaciones e instituciones para construir un cuerpo normativo fuerte, que integre todas las aristas importantes de esta área sin duplicidades, demasiados plazos y/o exceso de interpretaciones se hace imperativo. Conviene insistir en que no se puede seguir manteniendo en una misma región o gobierno local un gran número de organismos relativos a contratación pública que hagan lo mismo, y aún más, resuelvan con variadas interpretaciones normativas sobre un idéntico hecho, dando una inseguridad jurídica que tanto las empresas y ciudadanía terminan finalmente percibiendo.

Esta colaboración, que a nivel de los Estados miembros es exigida entre ellos en la Directiva 2014/24/UE en su artículo 86, debe dirigirse a dejar el aislamiento jurídico y propender a relacionarse y trabajar con otros. Es aquí donde el derecho español en contratación pública debe situar sus actuaciones fijando al ciudadano como fin; la participación como estrategia de trabajo; y su articulado como instrumento para lograr lo anterior.

Del mismo modo, tal colaboración también debe llegar a lo interinstitucional. Es decir, si no creamos un puente entre lo normativo y la gestión interna al interior de las instituciones, colaborando ambas, la normativa no podrá guiar, y sólo servirá para sancionar. Con esto mismo coincide también MARTÍN MATEO, quien plantea que hay que acercar la brecha entre administración -que hoy en día es gestión-, y derecho administrativo, buscando ese énfasis socializador que disciplina y es solidario para favorecer a los intereses de grupo¹⁹¹.

b) Introducción de herramientas para la obtención y gestión de datos. Al día de hoy, en los sistemas legislativos -como también en cualquier organización-, son imprescindibles las herramientas para obtener información y sistematizarla, sobre todo en temas como causas judiciales y jurisprudencias de todo tipo. Bases de datos, aunque sean parciales en un comienzo, son indispensables en este proceso, al igual que la gestión y mejora de las mismas.

Si no sabemos con datos numéricos las disfunciones que va presentando nuestra normativa en su ejecución diaria (información que para la contratación pública en España debería saber gestionar, por ejemplo, el Tribunal Supremo, Tribunales de Cuentas, Tribunal de Recursos Administrativos Contractuales, entre otros), no sabremos qué aspectos precisos modificar, eliminar o añadir en tal

¹⁹¹ Martín Mateo (1996), op. cit., p.17.

ordenamiento jurídico, y menos aún establecer algún plan que nos oriente hacia donde efectivamente debe dirigirse esta legislación. Como han sostenido TITOMANLIO y FIORENTINO, la decisión de supervisar la evolución normativa de los sistemas nacionales de contratación pública -así como del funcionamiento de los mercados-, puede conducir, cuando se hace con continuidad, a resultados significativos en cuanto a la calidad de las normas y de las políticas de gasto público¹⁹².

c) *Creación de disposiciones que obliguen a medir el sistema de contratación pública con controles antes, durante y a posterior.* Otra acción relevante de apoyo a este control, es disponer de una normativa que sea vinculante en medir las actuaciones no sólo cuando ya se han realizado (control ex post), sino también antes y durante de su ejecución. Existe en España un control ex post (posterior) que realiza el Tribunal de Recursos Contractuales, y un control antes (previo) que realizan las Unidades de Intervención, no apreciándose un “control durante” del ciclo de contratación que evalúe, por ejemplo (mediante indicadores), los resultados parciales de cada una de las fases del proceso respectivo.

En los sistemas de contratación, por lo general, existe una mayor tendencia a controlar su actuación cuando ésta ya se ha consumado. Esta propensión en España también ha sido evidenciada por la Comisión Europea, quien ha sostenido que mientras los recursos jurídicos parecen funcionar bien, estos sólo se aplican si los operadores económicos informan que existe alguna infracción en la legislación¹⁹³.

Lo eficiente y efectivo en este caso, es disponer de mecanismos que faciliten ejercer un examen preventivo tanto de la norma como de su gestión y programación de la compra, y que a la vez no detenga el proceso afectando a su eficiencia. En palabras de LAZO VITORIA, “*El interés esencial de los mecanismos de control de la administración pública deberían orientarse en fortalecer la prevención, más que la sanción*”¹⁹⁴.

Al igual que el “momento” en que se haga este control, también es trascendente destacar que esta legislación examine si estas mediciones están resguardando y garantizando los recursos públicos, así como los principios orientadores de la contratación pública, es decir, si los controles vigentes son los suficientes y están cumpliendo sus objetivos. Lo anterior, nos entregará información que propiciará mejorar las mediciones existentes y/o proponer otros nuevos controles al proceso. Tan

¹⁹² Ambos autores citados por Cozzio Michele (2013), op. cit., p.578.

¹⁹³ Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

¹⁹⁴ Lazo Vitoria (2008), p.96.

responsable es la Administración y sus funcionarios en advertir estas situaciones, como lo es el ordenamiento jurídico en velar que las disposiciones que elabora cumplan sus objetivos y corrijan sus disfunciones. Así, también lo hace ver GIMENO FELIÚ, quien indica que “*Una legislación, por muy precisa y acertada en su regulación, no será del todo completa si no presenta un adecuado sistema de garantías que permitan revisar de forma rápida y eficaz la aparición de posibles actuaciones patológicas*”¹⁹⁵.

d) *Elaborar disposiciones más precisas para temas claves que eviten una interpretación variada de la ley, y menoscaben su eficiencia y eficacia.* Este punto, ya antes comentado, se refiere a establecer disposiciones complementarias de mayor precisión y claridad operacional, sobre temáticas que en el tiempo han demostrado problemáticas en su interpretación y aplicación, de las cuales podemos mencionar, por ejemplo: utilización del criterio subjetivo en la evaluación, ámbito de aplicación de la ley de contratación, uso de las centrales de contratación, abuso de los contratos menores, modificaciones de contrato, contratos por lotes, escasa precisión del concepto de calidad, uso e implantación de la contratación electrónica, sistemas de supervisión y control del proceso de contratación, entre varios otros temas más.

La sugerencia anterior, podría ser una buena respuesta -aunque parcial- para mejorar la operatividad del sistema de adquisiciones, no obstante, asimismo es necesario que tales nuevas disposiciones reemplacen las anteriores eliminándolas, y no sumen más instrucciones a las actuales¹⁹⁶. Sobre estos temas, a los cuales podríamos llamarles subjetivos, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ coincide con lo planteado, precisando que la normativa aplicada en el país “*Deja muchos aspectos al criterio de cada órgano de contratación*”¹⁹⁷.

e) *Establecer, a través de la normativa, la obligatoriedad de crear unidades o áreas internas en los organismos públicos que se encarguen de la “Atención al ciudadano” en materia de contratos (atención de consultas, reclamos y denuncias).* Por último, debemos destacar que el modo en que la normativa puede ayudar al control en esta materia, es exigir crear unidades internas que escuchen y gestionen las disfunciones del sistema de compras en su conjunto, obligando asimismo a utilizar esta información en la propia mejora del sistema, dando así respuesta oportuna a los ciudadanos.

¹⁹⁵ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.146.

¹⁹⁶ Esto último mencionado es de suma relevancia, ya que cuando estas disposiciones jurídicas no son ejecutivas, precisas y adaptadas a quienes la ejecutarán, terminan por transformarse en otra barrera más que hay que soslayar y sumar a las existentes, sobre todo por la mayor cantidad de interpretaciones legales que esto generará y el abultamiento del articulado.

¹⁹⁷ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.7.

Lo mencionado, permitirá saber cuáles fallas se presentan y qué posibles mejoras se pueden proponer, entregando hallazgos y aspectos relevantes (retroalimentación) que posteriormente pueden convertirse en complementos o modificaciones a la normativa vigente de compras, permitiendo plasmarse en regulaciones generales y/o específicas si fuese el caso. Citando a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ al respecto, este autor sostiene que *“Una política pública -en contratación- que pretenda la mejora global y definitiva de las estructuras y las realidades humanas, sólo puede ser producto de proyectos visionarios, despegados de la realidad”*¹⁹⁸.

A partir de una óptica general del derecho español, MARTÍN MATEO destaca que esta realidad tan necesaria de encausar, debería basarse en una Administración colaborativa que trate de resolver las necesidades del público, con el apoyo del público, destacando que ya en los años 90 *“Los juristas se habían alejado de la realidad social, siendo fatal para un derecho que es fundamentalmente inmerso en la operatividad, decididamente cargado de preocupaciones de cambio social, y de mejoramiento en las condiciones comunitarias”*¹⁹⁹. Asimismo, en tales años S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER planteaba lo fundamental que era para España la nueva forma de administración que se impone al día de hoy: atención y sensibilidad con lo que ocurre con los ciudadanos²⁰⁰.

Por último, y sobre lo antes tratado, BAENA DEL ALCAZAR advierte que *“La administración pública actual -sustentada en la nueva gestión pública-, debe realizar el mismo tipo de gestión exigido a las empresas privadas, y tratar a los ciudadanos como clientes”*²⁰¹. Es decir, debe primeramente escuchar, medir, controlar y retroalimentarse de información; para seguidamente saber cómo mejorar y avanzar. De lo contrario, se continuarán obteniendo los mismos resultados de siempre.

En síntesis, resulta necesario precisar un ordenamiento jurídico desde la información efectiva sobre contratación pública, el cual se articule desde los resultados concretos que entrega el control, así como de las demandas externas necesarias para su óptimo funcionamiento. Este trabajo, debería concebirse desde las prioridades que precisen los clientes internos y externos que utilizan el sistema respectivo, definiendo con esta información las sub temáticas que hay que controlar primeramente, para programar las restantes en procesos secundarios paulatinos. Una legislación que pretenda ser

¹⁹⁸ Rodríguez-Arana Muñoz (2013), op. cit., p.33.

¹⁹⁹ Martín Mateo (1996), op. cit., pp.61-65.

²⁰⁰ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., pp.61-63.

²⁰¹ Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.44.

funcional y efectiva no puede hacer oídos sordos a lo declarado, ni menos pensar que puede aportar a un control eficaz en esta materia como el que se está demandando al día de hoy por la ciudadanía.

III. SITUACIÓN DE LAS COMPRAS DEL ESTADO

1. TENDENCIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Países de la UE, América y España

Conforme ha indicado el catedrático de derecho administrativo GIMENO FELIÚ:

“...la contratación pública -y su fundamento- ha cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”²⁰².

Desde una perspectiva universal, y como hemos hasta aquí expuesto, la contratación pública representa casi un quinto del PIB en las economías desarrolladas²⁰³, buscando como tendencia posicionarse -sobre todo en los países líderes en este tema²⁰⁴ -en una función estratégica, de innovación, control y mejora continua. Estas nuevas metas, la han llevado a dejar atrás su tramitación en papel para convertirla en un proceso totalmente electrónico (contratación pública electrónica), el cual potencie la transparencia y eficiencia a los más altos estándares, facilitando un control visual que posibilite una rendición de cuentas efectiva y sin mayores barreras. En una panorámica mundial, la contratación pública del presente debe ser contratación electrónica; y la contratación electrónica debe ser contratación pública.

La tendencia actual de esta materia en la UE, la ha ido situando como un instrumento que permite alcanzar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, teniendo un significativo impacto en lo económico²⁰⁵. De esta forma, ha ido presionando a los países para que comiencen a preocuparse por como favorecer el desarrollo de sus economías y ámbitos sociales, vinculándose a la vez a potenciar la innovación pública. Al año 2014 en esta región, los contratos públicos representaban aproximadamente un 19% de su PIB²⁰⁶, sin embargo, y a pesar de tal relevancia económica, la Comisión Europea ha advertido que el mercado único de contratación no está

²⁰² Gimeno Feliú (2017e), op. cit., p.11.

²⁰³ OCDE (2011), p.23.

²⁰⁴ Algunos de estos países son por ejemplo Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, países bajos, Corea del Sur, Chile, entre otros.

²⁰⁵ Consejo de la Unión Europea (2017). “Recomendación de la Comisión de 3.10.2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Nota de transmisión. Bruselas, 5 de octubre, p.2.

²⁰⁶ Rodríguez-Porrero y Gil González (2014), op. cit., p.6.

suficientemente integrado, y que una mayor apertura podría impulsar una mayor eficiencia y crecimiento²⁰⁷. Por tal razón, se está instando a que los países miembros afronten el desafío de seguir abriendo los mercados internos y externos a las PYMES, y mejoren a su vez la eficiencia administrativa de sus transacciones disminuyendo sus trabas, aumentando su transparencia, profesionalización y controles.

De este modo, y para cumplir parte de este reto, J.A. MORENO MOLINA ha sostenido que las PYMES pueden acceder a tal mercado a través de una reserva de contratos (dejar un porcentaje de éstos por parte de las Administraciones, durante el año, para adjudicar a las PYMES), indicando no obstante, que en el caso de los países miembros de la UE no sería necesario, debido a que la participación de este grupo de empresas ya es considerablemente alto²⁰⁸.

La mayor participación de este sector económico, según afirma GIMENO FELIÚ, “...generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que entregará como beneficio a las Administraciones una mejor relación calidad-precio”²⁰⁹. Por esta razón, la OCDE advierte que la participación de ellas debe ser facilitada mediante la racionalización de los procedimientos de licitación y la reducción de su burocracia, igualdad de condiciones entre las empresas, y al mismo tiempo, reducir las situaciones de corrupción²¹⁰. Así, AEVAL termina agregando que también debería existir una disminución de sus cargas administrativas, debiendo ser “amigable para las empresas” dentro de los límites que le impone la ley²¹¹.

En lo operativo, y de acuerdo a los datos obtenidos del Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (Tenders Electronic Daily, TED), la tendencia en las ofertas europeas con un valor inferior a 10 millones de euros es obtener en promedio seis ofertas (en países europeos ricos), mientras que las que representan entre 40 y 50 millones de euros reciben sólo cuatro. Son muchos los motivos que producen tal escasa concurrencia, teniendo la mayoría de ellos como telón de fondo la corrupción. De hecho, según la base de datos de TED, el 17% de las licitaciones en 2006 sólo recibió una oferta, aumentando al año 2015 esa cifra al 30%. Asimismo, se ha observado que los gobiernos

²⁰⁷ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.12.

²⁰⁸ Según MORENO MOLINA J.A., tal impulso a las PYMES puede ayudar a liberar su potencial para la creación de empleo, crecimiento e innovación, permitiendo al mismo tiempo a los poderes adjudicadores ampliar su base de proveedores, redundando esto último en un aumento de la competencia (Moreno Molina J.A., 2015a, op. cit., p.79).

²⁰⁹ Gimeno Feliú (2013a), pp. 56-58; y también citado en Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.65.

²¹⁰ OCDE (2016b), op. cit., p.20.

²¹¹ AEVAL (2016), op. cit., p.153.

están dando a los oferentes menos tiempo para responder a las licitaciones, lo que está reduciendo como consecuencia el número de participantes²¹².

De igual forma, la utilización de criterios de calidad para la adjudicación de contratos varía ampliamente de un Estado a otro: de menos del 10% en Croacia y Lituania, a más del 90% en Francia y el Reino Unido. En general, muchos países de Europa central y oriental hacen uso frecuente del criterio del precio más bajo, perdiendo el potencial de fomentar la innovación o perseguir objetivos sociales o medioambientales²¹³.

Entorno a América del Norte -Canadá y Estados Unidos, donde en el segundo país la contratación pública representa alrededor del 25% de su PIB nacional²¹⁴-, destacamos la tendencia a la profesionalización de sus actores en esta materia tanto en lo público como en lo privado, políticas anticorrupción y manuales de ética aplicados a los procesos de contratación, una visión multidisciplinar en la operatoria que involucra un análisis económico, y un estudio permanente de las necesidades y problemáticas que produce este medio a través de canales institucionales creados para ello.

Hacia América Latina y el Caribe, al año 2013 la Organización de los Estados Americanos (OEA) junto con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), realizaron el estudio llamado “Evaluación del Impacto y de los Beneficios de las Reformas en los Sistemas de Contratación Pública en América Latina y el Caribe”²¹⁵, destacando entre sus importantes hallazgos, los siguientes temas: la mayoría de los países publican información sobre sus adquisiciones; se busca reducir los tiempos en los procesos de compras y mejorar las condiciones de entrega; la mayoría de los Estados han optado por una mayor difusión de información sobre planes y procedimientos de contratación, existiendo a la vez esfuerzos importantes por estandarizar manuales, documentos, catálogos, registros, procedimientos, requisitos y plazos, entre otros²¹⁶.

²¹²The Economist (2016). “Procurement spending. Rigging the bids”. Recuperado el 22 de junio de 2017 en <http://www.economist.com/news/europe/21710315-government-contracting-growing-less-competitive-and-often-more-corrupt-rigging-bids>; también citado por Gimeno Feliú et al (2017), p.3.

²¹³ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.12.

²¹⁴ Rodríguez-Porrero y Gil González (2014), op. cit., p.6.

²¹⁵ En el estudio se sintetizaron los impactos y beneficios de las reformas introducidas a los sistemas de contrataciones públicas en doce de los diecinueve países de la Región, que han emprendido cambios significativos a su sistema en los últimos diez años: Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay (Ibid).

²¹⁶ El resto de hallazgos, son por ejemplo, la existencia de un uso de estrategias que permiten importantes ahorros y mejor coordinación.

Durante el año 2014, esta actividad pública en la región ya alcanzaba alrededor del 17% de su PIB²¹⁷, habiendo impulsado cambios significativos en sus respectivos sistemas, a través de acciones tales como: reformas a su regulación y a su estructura institucional; adopción de una política de contratación orientada a la consecución de objetivos estratégicos; introducción de nuevas modalidades y estrategias de contratación, orientadas a la promoción de la transparencia y a la agilización de los procesos de compra; y la incorporación de tecnologías de la información y comunicación en la gestión de sus procedimientos²¹⁸.

Entre tanto, al revisar la CEPAL la situación de los sistemas de compras de 32 de los 33 países de la región²¹⁹, encontraba que aquellos que poseen estructuras de adquisiciones relativamente más acabadas, disponen usualmente de una plataforma virtual para los contratos públicos²²⁰. De igual modo, la mayoría de los sistemas de aprovisionamiento de esta zona dependen de una unidad dentro del Ministerio de Hacienda, y basan su actuar en principios como los de transparencia, publicidad, eficiencia y eficacia en la gestión. Los alcances de estos sistemas varían, pero frecuentemente agrupan al sector del gobierno general, excluyendo en algunos casos a las empresas públicas, y a los poderes ejecutivo y judicial -así como órganos autónomos e independientes. Tales esfuerzos, vienen a enmarcarse en procesos de modernización del Estado más o menos consolidados²²¹.

Con respecto a la particularidad de los países del Caribe, al año 2014, este organismo perteneciente a la ONU evidenció que estos poseen un menor grado de desarrollo que el resto, dado que sólo asignan la función de las compras al Ministerio de Hacienda. No poseen un sistema de compras complejo que incluya una plataforma virtual. No se aprecian instrumentos que regulen las licitaciones selectivas, la excesiva discrecionalidad en la toma de decisiones, ni que aborden temas y aspectos claves para la eficiencia, imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas. Tampoco, están definidas las condiciones para el uso de métodos de compras públicas, y no hay reglas separadas para la provisión de servicios de consultoría. Muchos de estos países mantienen vínculos

²¹⁷ Información obtenida de Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG (2014), p.4. En los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al año 2013 los gobiernos consumieron en promedio 29% del total del gasto en materia de compra en comparación con un promedio del 30% en el año 2009 (Información obtenida de página web Comisión Europea, recuperado el 8 de marzo de 2016 en http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm).

²¹⁸ Reporte de Dávila Pérez Javier (2013). "Impacto y beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y el Caribe". Experto internacional. Titular de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas. Secretaría de la Función Pública Gobierno de México. Página web RICG. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en www.ricg.org.

²¹⁹ Según este informe no se encontró ninguna información respecto de Cuba.

²²⁰ Ver lista de nombres de instituciones nacionales de compras en América Latina y el Caribe en Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA (2015), op. cit., pp.12-13.

²²¹ CEPAL (2014), op. cit., pp.72-74.

con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para el fortalecimiento de sus actividades de compras, y atraviesan incipientes procesos modernizadores²²².

En resumen, hay que señalar que en general en la región, se ha visto un uso de la contratación como herramienta para la consecución de objetivos estratégicos, aunque con resultados moderados²²³, existiendo aún importantes brechas tecnológicas por cubrir, donde sólo Chile y México hacen un uso estratégico de la información sobre esta materia²²⁴.

Por último, y en relación al territorio español -donde el PIB por este concepto era al año 2011 del 15%²²⁵, aumentando al año 2014 a un 17%²²⁶, y terminando al siguiente año en un 18,5%²²⁷-, esta función pública ha tendido en los últimos años ha aprobar un marco normativo general que la regula, el cual no ha tenido los mejores resultados en su aplicación, sobre todo para las comunidades locales. Su ordenamiento jurídico nacional sigue en constante mejora, habiendo esfuerzos de varias Comunidades Autónomas por implantar la contratación electrónica con resultados evidentes, sin embargo, esta implementación todavía sigue siendo baja y parcial a nivel nacional, quedando bastante tarea por realizar.

Existe una tendencia un tanto pasiva y estática al incorporar al ordenamiento nacional las directivas europeas sobre contratos públicos, aunque la reciente aprobada LCSP 9/2017 ha avanzado en este trabajo. Se evidencia asimismo un incumplimiento en la normativa sobre esta materia, una escasa coordinación legislativa, y una falta de control que está afectando la eficiencia, eficacia y transparencia del sistema. Los efectos de lo mencionado los podemos apreciar en un análisis de la revista *The Economist*, la cual afirma que España al año 2016 es el segundo país de la UE, bajo

²²² Ibid.

²²³ Existen, no obstante, casos sobresalientes en la instrumentación de estrategias para el fortalecimiento de la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en las compras de gobierno (México), promoción de una política de compras sustentables (Chile, Costa Rica), inclusión de grupos vulnerables (Chile) y apoyo a la innovación en los bienes y servicios que se adquieren (Panamá).

²²⁴ Reporte de Dávila Pérez Javier (2013). "Impacto y beneficios de las reformas en los sistemas de contratación pública en América Latina y el Caribe". Experto internacional. Titular de la Unidad de Política de Contrataciones Públicas. Secretaría de la Función Pública Gobierno de México. Página web RICG. Recuperado el 15 de mayo de 2017 en www.ricg.org.

²²⁵ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.20.

²²⁶ Diario el Mundo Financiero.com. Entrevista realizada el 21 de octubre de 2014 al Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Inter (ANEI). Recuperado el 5 de agosto de 2016 en <http://www.elmundofinanciero.com/noticia/26048/Directivos/-La-implantacion-de-la-licitacion-electronica-es-una-iniciativa-intervencionista-y-perturbadora-de-la-iniciativa-privada-.html>.

²²⁷ CNMC (2015), op. cit., p.3.

Italia, que recibe menos ofertas en los concursos públicos. Según esta revista, en casi el 25% de los concursos concurre sólo una empresa²²⁸.

De esta forma, y en una apreciación de carácter general, se evidencia en el país un gran margen para mejorar el funcionamiento del sistema en la práctica, debiendo no obstante reconocer que en él no debe existir sólo una mirada jurídica para avanzar, sino una visión profesional conjunta de variadas disciplinas, como ya hace años lo están haciendo los países que más desarrollo poseen en esta materia. Igualmente, junto a esta nueva visión integral, hace falta que se focalicen esfuerzos en mejorar no sólo los aspectos legislativos de la contratación, sino que también, se equilibren los recursos en reforzar la gestión pública interna y una formación permanente que abarque la ética y probidad pública.

B. Desarrollo del capital humano e instauración de una visión multidisciplinar

La relevancia de invertir en el capital humano para mejorar no sólo la eficiencia y eficacia del sistema, sino también la aplicación correcta de los marcos normativos, resulta fundamental si se quiere cumplir con las demandas sociales de un buen gobierno y avanzar.

Sin entrar en un gran desarrollo sobre este punto, el cual veremos con más detención en el capítulo siguiente de esta investigación, diremos que en los últimos años la tendencia de una contratación pública global y competente, está dirigiendo sus esfuerzos a invertir en el desarrollo del recurso humano como instrumento para mejorar la eficiencia y eficacia, y su vez, reducir las tentaciones de corrupción²²⁹. Sin embargo, todavía este esfuerzo está siendo insuficiente, y el proceso ha sido lento. A pesar que esta función de aprovisionamiento ya es un pilar importante de la nueva gestión pública²³⁰, convirtiéndose en estratégica para los gobiernos, paradójicamente todavía hay muchos de ellos que no le han dado este sitio, ya sea por tradiciones propias de su cultura pública, por intereses partidistas y/o particulares, o simplemente por desconocimiento.

Esta inversión en el personal de la contratación, para que tenga alguna utilidad, debe materializarse potenciando una pluralidad de visiones y profesiones en el tema. Como ya antes hemos mencionado, la contratación pública ha venido desarrollándose mayormente desde la óptica

²²⁸ The Economist (2016). "Procurement spending. Rigging the bids". Recuperado el 22 de junio de 2017 en <http://www.economist.com/news/europe/21710315-government-contracting-growing-less-competitive-and-often-more-corrupt-rigging-bids>.

²²⁹ INAP (2009), op. cit., p.71.

²³⁰ Ver mayor detalle de este concepto en Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.43-44.

del derecho público, visión fundamental y facultativa de una materia pública sometida a un Estado de derecho. No obstante, y de acuerdo a su complejidad, problemáticas y variados objetivos que se le han atribuido al día de hoy, se le está exigiendo una práctica e interés multidisciplinar que permita solucionar disfunciones no sólo referentes a temas legislativos, sino también, a aspectos de gestión pública interna, ética y control de sus actividades y metas. Comprendiendo que será muy difícil avanzar en este tópico si siempre se está mirando desde una sola perspectiva.

Es por lo anterior, y con el fin de fundamentar lo expuesto, que conviene mencionar la segunda Conferencia Europea de Contratación Pública realizada en Lisboa el año 2014, en la cual se mostró un interés multidisciplinar hacia esta materia pública desde varias vertientes profesionales, las cuales podemos apreciar en la gráfica siguiente:

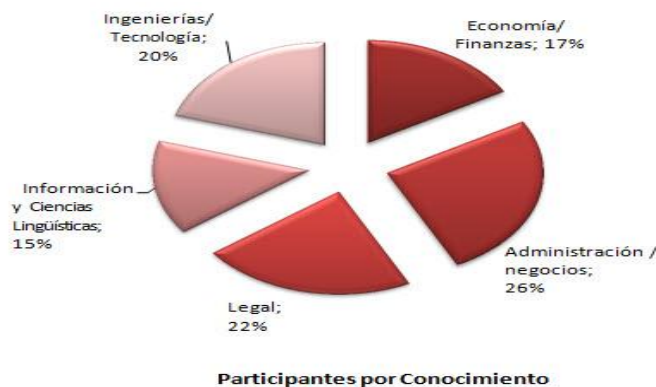


Figura 5. Fuente. Universidad de Lisboa (2014). “2da Conferencia Europea sobre e-Contratación Pública (ECP)”. Lisboa.

La gráfica anterior, figura 5, evidencia esta tendencia y necesidad profesional a que hemos aludido, y eso debería reflejarse, por lo tanto, en el personal que trabaja en las propias áreas respectivas de compras. En tal segmentación, se pueden apreciar las variadas disciplinas interesadas en su desarrollo, siendo administración y negocios el área que le atribuye un mayor valor a esta materia. Valor también ratificado por el Banco Mundial, quien ha afirmado que “*En síntesis, la contratación pública es un proceso de negocio dentro de un sistema público*”²³¹; y por ende, podríamos inducir que deberíamos ejecutarla, gestionarla y controlarla como tal, sin olvidar su fin social.

En este mismo sentido, el Organismo Supervisor de la Contratación del Estado en Perú, ha concluido que una lección muy importante desde la experiencia internacional, es aquella que señala que el aprovisionamiento del Estado debe ir mucho más allá del conocimiento de la legislación. La lección es que la administración eficiente y eficaz de la función de contratar requiere conocimiento y

²³¹ World Bank Group (2016), op. cit., p.2.

dominio de muchos otros temas, como gestión de riesgo, optimización de soluciones, criterios para obtener el mejor valor por la inversión, mercados, incentivos, planificación y evaluación. Estas necesidades no pueden ser suplidas sólo con regulaciones, requiriendo por lo tanto experiencia y buena gerencia²³².

Al año 2017, la UE ha recomendado a sus Estados miembros no sólo identificar y definir la base de referencia de las capacidades y competencias en las que cualquier profesional de la contratación debe ser formado, y que debe poseer, sino también, ha señalado que esta formación debe tener en cuenta la naturaleza multidisciplinaria de los proyectos de contratación, tanto para los funcionarios especializados en este tema, como para funciones afines, evidenciando con ello que en materia de contratos se necesita una visión variada de las temáticas que lo forman²³³.

Tal como han entendido SNIDER y RENDON, la contratación pública debería ser estudiada y desarrollada desde tres áreas principales: legalidad, política y gestión. Analizando cada una según los siguientes sub temas: a) Legalidad: integridad, derechos individuales, protección igualitaria y respeto de garantías; b) Política: responsabilidad y representación; y c) Gestión: economía, eficiencia y efectividad²³⁴.

De este modo, y como reflexión sobre lo mencionado, resultaría relevante además conocer desde disciplinas como las ciencias de la psicología y sociología, que tienen que decir sobre esta temática, comprendiendo que el factor determinante para que una compra llegue a buen término siempre serán las personas, los equipos de trabajo, sus culturas organizacionales, y básicamente, sus conductas.

C. Hacia una perspectiva estratégica de la contratación pública

Como otro factor que también está marcando una tendencia, está el situar a este aprovisionamiento como un instrumento estratégico para la política pública y para la gestión institucional. En los postreros diez años, la contratación pública ha pasado de ser una actividad sin mayor relevancia administrativa, a convertirse en un factor estratégico que, por un lado, debe

²³² Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas, p.9.

²³³ Consejo de la Unión Europea (2017). “Recomendación de la Comisión de 3.10.2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Nota de transmisión. Bruselas, 5 de octubre, p.5.

²³⁴ Snider y Rendon (2012), p.337.

gestionarse estratégicamente al interior de las instituciones, y por el otro, debe apoyar otras estrategias de gobierno como son temas económicos, sociales y ambientales.

Cuando mencionamos que el aprovisionamiento público debe “ser un factor de gestión estratégico al interior de las Administraciones”, estamos indicando que por la gran cantidad de recursos que gestiona, debe posicionarse como una columna clave en la estrategia o plan institucional anual -y de mediano plazo- de los organismos públicos, debiendo ser parte de la planificación estratégica y uno de sus ejes transversales, exigiéndose que programe, coordine y controle todas las adquisiciones institucionales.

Luego, al señalar que “la contratación pública es estratégica o estrategia”, nos referimos a que es una función medular en los lineamientos de los gobiernos para sacar adelante los países²³⁵, empujando a esta actividad a cambiar y a jugar un rol más proactivo en el quehacer público mediante el fortalecimiento de políticas públicas, además de potenciar la innovación. En este sentido, FUENTES y JUNCOSA indican que esta idea engloba aquellos contratos que parten de objetivos específicos de política social²³⁶, agregando GIMENO FELIÚ que esta estrategia presenta a la contratación como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social²³⁷.

Fundamentando lo anterior, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ ha afirmado que “*La contratación pública tiene un carácter estratégico, y por ello, los gobiernos deben situarla entre sus prioridades políticas*”²³⁸; añadiendo el citado GIMENO FELIÚ, que “*...lejos queda la visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva*”²³⁹, para adicionar que se impone ahora una visión estratégica a la antigua rígida arquitectura del contrato administrativo²⁴⁰.

Este último autor, afirma además que “*La contratación pública es estrategia y por ello debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada...*”²⁴¹, agregando finalmente que los criterios sociales y medioambientales son uno de los principales

²³⁵ Ver algunos aspectos del impacto de esta crisis en España en Aymerich Cano (2013), op. cit., p.86.

²³⁶ Fuentes I Gasó y Juncosa Vidal (2018), p.92.

²³⁷ Gimeno Feliú (2016c), ppt.8.

²³⁸ Rodríguez-Arana Muñoz (2013), op. cit., p.41.

²³⁹ Gimeno Feliú (2014c), op. cit., p.39.

²⁴⁰ Gimeno Feliú (2013a), op. cit., p.45.

²⁴¹ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.5.

ejemplos de esta visión mencionada, y como consecuencia, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias²⁴².

No obstante, y aunque este último escenario descrito va en aumento, hay que advertir que todavía hay varios países en los cuales este nuevo posicionamiento estratégico sólo se visualiza desde el discurso, y no desde una praxis institucional que realice cambios sustantivos, comenzando por una normativa vinculante al respecto²⁴³. En resumen, y como “idea fuerza”, al día de hoy debemos entender que la contratación pública no es sólo estratégica, sino que también es estrategia.

D. Factores que han incidido en su evolución y tendencia

En respuesta a los motivos que han llevado a esta tendencia anterior, y como explicación al porqué de su evolución, podríamos resaltar que los factores relevantes de este cambio han recaído esencialmente en tres: las crisis económicas de los últimos tiempos, las nuevas exigencias de prestaciones públicas e información desde la ciudadanía, y la evolución de la tecnología y sus sistemas de información, en esta última específicamente los medios de información y comunicación.

Las últimas crisis económicas han provocado que los Estados deban mirar con más sigilo y detención sus recursos, tendiendo a optimizar sus presupuestos públicos y obtener el mayor beneficio posible de ellos. Es por esto, y por los ingresos que gestiona, que la gestión eficiente y uso estratégico de esta función pública puede generar impactos económicos importantes en la economía. Como lo sostiene la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) a este respecto:

“Las compras gubernamentales inciden en la economía nacional en razón a las ganancias que se producen con la adjudicación de los diferentes contratos, lo cual lleva a que el ingreso per cápita en ciertos sectores socioeconómicos se eleve al punto de impactar directamente en los niveles económicos de un país, siendo ellas un motor importante en el movimiento del capital”²⁴⁴.

De este modo, potenciar la economía a través de menos trabas y barreras para la participación de las empresas en los concursos públicos, escuchar las demandas del sector privado sobre esta

²⁴² Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.72; y también en Gimeno Feliú (2013a), op. cit., p.66.

²⁴³ Algunos casos de países que le asignan a la contratación pública una importancia estratégica son por ejemplo EE.UU., Canadá, los países nórdicos, Corea del Sur, Portugal, Reino Unido, Irlanda, México, Chile, entre otros.

²⁴⁴ Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG (2014), op. cit.

materia, unido a aplicar una transparencia que se sienta y no sólo que se manifieste, son elementos base en este objetivo económico, además de sus restantes²⁴⁵.

El segundo factor que ha obligado a evolucionar a este aprovisionamiento, ha sido la demanda social por mejores servicios e información pública. Hoy en día, se exige un cambio en el paradigma que ha gobernado la actuación de la Administración durante mucho tiempo. Se pide, básicamente, transformar una organización cuya misión principal era garantizar que se cumpliera la ley, a una Administración cuya primera misión debe ser disponerse al servicio de los ciudadanos, siendo más servicial, horizontal, transparente y menos burocrática.

Las presiones sociales por saber en qué y quienes están gastando los dineros públicos va en aumento, por lo tanto, se le está exigiendo indirectamente a esta materia que declare lo que hace, cómo lo hace y cuándo lo hace. El cómo esta función pública muestre su actuación, será el resultado de la confianza que tenga la ciudadanía sobre ella y sobre sus autoridades.

Por último, y como tercer factor de cambio, encontramos el avance de la tecnología y sus medios de comunicación, presionando a esta función pública a operar en una plataforma electrónica. La necesidad de una Administración flexible, eficiente y transparente ha impulsado a los gobiernos a trabajar intensamente con las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC). El uso de tales TIC ha generado el concepto de gobierno electrónico, y este a su vez, el de administración electrónica²⁴⁶, relacionado directamente con la gestión pública, con la participación ciudadana y con la transparencia.

Por tal motivo, el aparato público está apoyándose ahora en nuevas herramientas tecnológicas con la finalidad de ofrecer sus servicios a menor coste y con una mayor eficiencia. La ciudadanía hoy reclama no tener que aportar datos que ya obren en poder de la Administración, y así, no deber

²⁴⁵ Como ejemplo de este objetivo relevante es destacar a la República de Irlanda, quien además de estar entre los países sobre el “promedio” respecto de cómo funciona su sistema de contratación, destaca la importancia que el gobierno atribuye a las PYMES, manifestando que son un sector crítico para la economía representando un 99,7% de todas las empresas y el 68% de todos los empleos. Este país creó un grupo de alto nivel para ayudar a las PYMES, con la finalidad de centrarse en políticas y estrategias que apoyen a este grupo de empresas que desean hacer negocios con el sector público. El mejoramiento de las prácticas en contratación pública mediante la eliminación de obstáculos y fomentar la participación de las PYMES, es una prioridad esencial del gobierno en la actualidad (Office of Government Procurement Ireland, 2015, “High Level Group on SME Access to Public Procurement”. Progress Report, p.3).

²⁴⁶ La introducción de las TIC’s a la gestión pública, como motor de cambio y de reinención de la forma de llevar a cabo sus labores en beneficio de los ciudadanos y la comunidad, se denomina en varias esferas “gobierno electrónico” (Suárez y Laguado, 2007, p.7; ver también mayor detalle de este concepto, ventajas e inconvenientes en Gamero y Fernández, 2016, pp.380-384).

conocer la estructura administrativa para relacionarse con ella, hacerlo desde cualquier lugar, y a cualquier hora del día²⁴⁷.

Todos estos factores expuestos condicionan una contratación pública que, quiera o no, debe cambiar y adaptarse, disponiéndose hacia los ciudadanos oportunamente y creando los canales libres para ello. La evolución de esta materia seguirá en movimiento, y esta dinámica, por lo tanto, permitirá concluir que ocurrirá si las columnas que forman este sistema como lo son: la legislación, el recurso humano, la gestión, los sistemas y procedimientos, y la tecnología, no se mueven a su velocidad.

2. OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU IMPLEMENTACIÓN

En los años noventa, GIMENO FELIÚ sostenía que a través de la contratación pública “*Los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país...*”²⁴⁸, comenzando a ser vista a inicios del año 2000 no sólo como una función proveedora de insumos para el aparato público, sino como una actividad que podía propiciar un desarrollo económico en los distintos países²⁴⁹. Así, ya al presente la Comisión Europea la está considerando como un instrumento público que no sólo adquiere bienes, sino también, apoya una amplia gama de prioridades políticas y económicas²⁵⁰.

En la actualidad, hay un amplio consenso sobre esta materia pública como instrumento estratégico para llevar a cabo políticas acordes con la promoción de un modelo determinado de sociedad, afectando y promocionando positivamente políticas sociales²⁵¹. Así también lo advierten BLAZQUEZ y RAMÍREZ, quienes señalan “*Que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales*”²⁵², refiriéndose a las diferentes políticas de Estado que al día de hoy se pueden potenciar mediante una ejecución óptima de este tema.

²⁴⁷ Ministerio de Economía y Hacienda (2009), p.16. Al presente, más del 90% de los trabajos en los países de la UE requieren competencias en TIC (Comisión Europea, 2014b, pp.4-5).

²⁴⁸ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.36.

²⁴⁹ Suárez y Laguado (2007), op. cit., p.7.

²⁵⁰ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.10.

²⁵¹ Autores como: Bernal Blay 2008; Gimeno Feliú 2006; Lesmes 2010b; Martínez 2009; Medina 2011; Rodríguez 2010; Ruíz De Castañeda y; Valcárcel, todos en CIRIEC 2014; coinciden con esta idea.

²⁵² Blazquez y Ramírez (2005), p.39.

De esta manera, no es extraño encontrarnos con definiciones que hacen mención a dos tipos de objetivos en materia de contratos: las primeras, hacen alusión principalmente a su objetivo primario de proveer bienes, servicios y obras (OCDE²⁵³ y SIGMA²⁵⁴); y las segundas, destacan mayormente su nuevo rol en el desarrollo y/o fomento de lo social, económico y ambiental de un país, considerando a ésta actividad no como fin, sino como un medio para lograr objetivos de política pública (Comisión Europea²⁵⁵; OCDE²⁵⁶; y Banco Mundial²⁵⁷)²⁵⁸.

Hacia Europa, el Tribunal de Cuentas Europeo define a la contratación pública integrando ambos objetivos anteriores, aludiendo por lo tanto a la “*Adquisición de obras, suministros y servicios por autoridades públicas y organismos a nivel local, regional, nacional...*”²⁵⁹, donde agrega que para desempeñar un papel clave en la Estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos basados en el mercado, debe utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos²⁶⁰.

A su vez, el Parlamento Europeo manifiesta que la mayoría de los sistemas de contratación se basan en objetivos compartidos e implementados a través de reglas legales, identificando estas como: relación calidad-precio, integridad, rendición de cuentas, eficiencia en el proceso de adquisición, igualdad de oportunidades y tratamiento de los proveedores, entre otras²⁶¹.

²⁵³ La OCDE es un foro único en donde los Estados de 30 economías democráticas trabajan conjuntamente para enfrentar los desafíos económicos y sociales de la globalización y al mismo tiempo aprovechar sus oportunidades (www.oecd.org/). Esta institución apoya a los gobiernos en la reforma de sus sistemas de contratación pública para garantizar un crecimiento sostenible a largo plazo, destacando que un eficiente y eficaz sistema en esta materia es la columna vertebral de un gobierno que funcione bien (OCDE, 2014a, op. cit., p.2).

²⁵⁴ OCDE (2015b), op. cit., p. 136. En adición, SIGMA añade a los objetivos anteriores que un buen sistema debe contener un marco regulatorio que además ayude a asegurar la economía, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y acceso a la justicia en la materia; estructuras institucionales, capacidades operacionales y condiciones de mercado necesarias para la aplicación efectiva del marco regulador; y operaciones de contratación pública estables y eficaces que proporcionen un valor por el dinero (SIGMA. Recuperado el 27 de mayo de 2016 en <http://www.sigmaxweb.org/ouexpertise/public-financial-management-external-audit.htm>).

²⁵⁵ Comisión Europea (2011c), op. cit., p.74.

²⁵⁶ OCDE (2015a), op. cit., p.138.

²⁵⁷ World Bank Group (2016), op. cit., p.1.

²⁵⁸ También, además de estos objetivos, es importante destacar los “elementos mínimos que debe poseer un buen sistema de contratación” al respecto, mencionando por ejemplo: un marco regulatorio que contenga las políticas y procedimientos para guiar el trabajo de los órganos de contratación, estructuras institucionales, capacidades operacionales y condiciones de mercado necesarias para la aplicación efectiva del marco regulador, herramientas electrónicas adecuadas, apropiado número y competencias del recurso humano para planificar y llevar a cabo los procesos de adquisición, entre varias otros. Ver mayor detalle en página web SIGMA (2016). Recuperado el 27 de mayo de 2016 en <http://www.sigmaxweb.org/ouexpertise/public-financial-management-external-audit.htm>; y, presentación sobre “Towards Public Procurement Key Performance Indicators”. 10th Public Procurement Knowledge Exchange Platform Istanbul, May, OECD. Expuesta por Paulo Magina 2014, ppt.5.

²⁵⁹ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.5.

²⁶⁰ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de febrero de 2014. Diario Oficial de la Unión Europea. Considerando 2.

²⁶¹ Los restantes objetivos son: trato justo de los proveedores; ejecución eficiente de los objetivos industriales, sociales y medioambientales; y acceso al comercio internacional y mercados públicos (Parlamento Europeo, 2013, op. cit., p.25).

Por lo que respecta a los países de América que forman la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), tales Estados destacan que un buen sistema de contratación debe alcanzar seis objetivos: eficiencia, transparencia, competencia, desarrollo, eficacia y sostenibilidad²⁶², adicionando que para cumplir estos, se deben incluir organismos de control y un modelo de evaluación para todo el sistema²⁶³.

España, por su parte, y mencionando al Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC), define a esta materia pública como una *“Actividad que desarrolla la administración pública en el mercado como demandante de bienes y servicios destinados a atender las necesidades de interés público que no pueden ser satisfechas con los medios propios de dicha Administración”*²⁶⁴. Actividad que termina afectando directamente a poderes adjudicadores, PYMES, la legitimidad y economía de un Estado, y finalmente, a la sociedad en su conjunto²⁶⁵.

Desde una mirada jurídica en el país, GIMENO FELIÚ arguye que la contratación pública puede (y debe) ser una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos²⁶⁶. Resaltando PERNAS GARCÍA que asimismo permite fomentar aspectos socialmente responsables por parte de los operadores económicos²⁶⁷.

Es así, que MEDINA ARNÁIZ le atribuye a esta función abastecedora -por su capacidad y volumen de compras-, convertirse en un instrumento de presión que fortalezca los bienes y servicios con un valor añadido, esto es, desarrollar objetivos sociales y medioambientales²⁶⁸, advirtiendo

²⁶² Al dirigirnos al continente asiático, la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong indica que los objetivos de un buen sistema en la materia deben basarse en: valor por el dinero; accountability (dar cuenta); competencia abierta y justa; evitar conflictos de intereses; confidencialidad de la información comercialmente sensible; segregación (división) de tareas; y cumplimiento de la ley y otros requisitos (Informe proveniente desde Corrupcion Prevention Deparment, ICAC, 2011, “Partner for excellent Procurement”. Hong Kong, pp.2-3).

²⁶³ Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG (2013), p.10.

²⁶⁴ Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC (2014), p.209.

²⁶⁵ Con respecto a las PYMES, hay que destacar que casi la totalidad del conjunto empresarial español, el 99,88%, lo que equivale a 3.228.747 unidades productivas a enero de 2016, está constituido por pequeñas y medianas empresas. Ver este y otros datos en Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (2017). “Estadísticas PYME.Evolución e Indicadores”. Febrero, nº 15, p.7.

²⁶⁶ Gimeno Feliú (2013a), op. cit., p.45. También mencionado por Bernal Blay (2013), p.44.

²⁶⁷ Pernas García (2013), pp.283-284.

²⁶⁸ Medina Arnáiz (2013), p.251.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, que tales aspectos relativos a temas ambientales tienen un enorme peso en materia de contratos, suponiendo una mejora en las consideradas políticas verdes²⁶⁹.

Tal ha sido la importancia de estos últimos fines, que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público español, ha establecido en su artículo 1, 3, que:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

De esta manera, y por todas estas razones, es aquí en donde tales objetivos sociales -que están siendo el presente los objetivos principales de la contratación pública- decantan en las llamadas compras sustentables o de carácter social, las cuales se producen cuando en nuestros procesos de identificación de necesidades y/o definición de pliegos, buscamos el adecuado equilibrio social, económico y ambiental entre los distintos factores o componentes de los productos o servicios que contratamos²⁷⁰. Tales objetivos, se materializan a través de ciertos criterios de adjudicación o cláusulas, las cuales han pasado a denominarse cláusulas sociales²⁷¹, representando hoy en día el instrumental en los contratos públicos para lograr realizar una compra de las características señaladas.

Estas compras sustentables o de carácter social, según definición adoptada por el Grupo de Trabajo Internacional en Compras Públicas Sustentables, vienen a ser por consiguiente, *“El proceso*

²⁶⁹ Valcárcel Fernández (2011), pp.1-2. Según el Gobierno Español, la contratación verde se basa en un Plan de acción para los gobiernos, el cual tiene como principal objetivo la implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente en la contratación pública de forma que se alcancen unas metas para una serie de grupos de productos y servicios, considerados como prioritarios para la incorporación de criterios ambientales por la Comisión Europea, con el fin de servir de apoyo a la implantación de las políticas estatales de defensa del medio ambiente y clima, así como las de ahorro y eficiencia energéticas (Recuperado el 20 de junio de 2016 en <http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/planes-estrategias/plan-de-contratacion-publica-verde/>. Ver también Comisión Europea (2011c), op. cit., pp.9 y 76). De esta forma, y sobre tales políticas verdes, casi todos los Estados Miembros de la UE han adoptado planes nacionales de acción para la contratación pública verde, donde se han identificado metas prioritarias por categorías de productos y servicios. Como ha sostenido la Comisión Europea, a finales del año 2010 la mayoría de los países de la región habían realizado alguna política nacional incorporando factores ambientales en la práctica de la contratación gubernamental.

²⁷⁰ Definición obtenida de presentación institucional de Chilecompra, “Licitación Pública”, año 2014. Chile, ppt.57.

²⁷¹ Las cláusulas sociales son los requisitos o condiciones sociales, económicas o ambientales que establece el poder adjudicador en los pliegos de licitación o documento de solicitud de compra, en donde asigna a tales requisitos un puntaje que forma parte del puntaje final de evaluación. Estas pueden ser por ejemplo: área ambiental (reducción de emisiones al aire y al agua, exclusión o limitación de sustancias químicas nocivas, uso de productos ambientalmente más respetuosos, entre otras); y área social (mejora de las condiciones de empleo y remuneración, contratación de personas en paro, contratación de personas discapacitadas, entre otras) (Presentación institucional de Chilecompra “Elaboración de bases de licitación”, año 2015. Chile. ppt.44-53).

*mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios, obras y servicios públicos, obteniendo el mejor valor por el dinero gastado en términos de generación de beneficios no sólo para la organización, sino también para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimizan los daños al ambiente*²⁷².

Implantar este tipo de compras, a través de cláusulas especiales, necesita el apoyo de una regulación jurídica pertinente al respecto. Argumentando sobre ello RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, que las cláusulas de contenido social deben ser integradas en un complejo jurídico que permita que la administración pública, en colaboración con el sector privado, pueda disponer a los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad posible con el más elevado compromiso social²⁷³, indicando de forma más específica la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 75, que este tipo de cláusulas pueden incorporarse de la siguiente manera:

*“Los poderes adjudicadores que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo deben poder remitirse a etiquetas concretas, como la etiqueta ecológica europea, etiquetas ecológicas (pluri) nacionales o cualquier otra, siempre que las exigencias de la etiqueta, como la descripción del producto y su presentación, incluidos los requisitos de envasado, estén vinculadas al objeto del contrato*²⁷⁴.

Además de contar con leyes y políticas específicas que promuevan, permitan o requieran la aplicación de criterios de sustentabilidad para aplicar estas cláusulas, BELÁUSTEGUI VICTORIA señala que se necesita una mayor participación y un trabajo previo o simultáneo de adaptación de los instrumentos elegidos a las necesidades y realidades de los compradores, de manera de ayudarlos a modificar sus prácticas habituales²⁷⁵.

Este autor, igualmente manifiesta que entre los factores que afectan a esta implementación tanto en Europa como en América Latina, se encuentran: la percepción de que los productos sustentables son más caros; falta de información y conocimiento sobre las posibilidades y ventajas de estas cláusulas; creencia de que existen restricciones legales para su aplicación; y, muchas veces, el

²⁷² Beláustegui Victoria (2011), p.10. Definición también mencionada por SELA (2015), op. cit., p.18.

²⁷³ Rodríguez-Arana Muñoz (2013), op. cit., p.32.

²⁷⁴ Esta misma disposición Europea destaca algunos ejemplos de cláusulas específicas en sus Considerandos 97 y 99, añadiendo finalmente que los poderes adjudicadores no pueden exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa. Además, como sigue añadiendo esta directiva, es esencial que estos requisitos se redacten y adopten con arreglo a criterios objetivamente verificables, utilizando un procedimiento en el que los interesados, como los organismos gubernamentales, los consumidores, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones medioambientales, puedan participar, y que todas las partes interesadas puedan acceder a la etiqueta y disponer de ella.

²⁷⁵ Beláustegui Victoria (2011), op. cit., pp.12-13.

escaso compromiso o voluntad política para llevar adelante estas iniciativas²⁷⁶. Por último, termina indicando que para la implantación de este tipo de compras hay que basarse en un tridente básico formado por: ley, plan de acción, e información²⁷⁷.

Recapitulando, podríamos evidenciar que la función de aprovisionamiento público ha transcurrido desde proveer de las materias primas para que un Estado opere regularmente, hasta convertirse en un instrumento que propicia ayudar al desarrollo de otras áreas sociales. Es por ello, que se plantea que la compra pública de hoy debe ser sostenible, es decir, preocuparse por integrar y desarrollar los últimos aspectos citados.

Como reflexión, hay que destacar que en el sector público estos objetivos de carácter social deben ser un proceso paulatino, constante y en aumento, enseñando la finalidad de estas nuevas cláusulas y no sólo exigiendo su ejecución. Una implementación progresiva en todas nuestras compras obligará al mercado a que invierta en sus estructuras, personal y conocimiento, si quiere seguir ofertando al Estado y adjudicarse los contratos públicos. Esto los mercados lo saben y hacen desde siempre en una economía abierta y de libre mercado, no obstante, escucharlos, apoyarlos e informarlos correctamente es clave si se quieren obtener resultados exitosos.

A. Horizonte de los objetivos sociales

En cuanto a la perspectiva que se vislumbra de este tipo de objetivos, debemos volver a mencionar que en un contexto de creciente aceptación global sobre la necesidad de encauzar el desarrollo en patrones de sustentabilidad, las dimensiones ambientales y sociales han ido cobrando cada vez mayor importancia, incluso también en los sistemas de compras gubernamentales. Es así, que a partir de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sustentable (2002), comienza un proceso internacional para promover la modificación de los patrones de producción y consumo en los diferentes países²⁷⁸, proceso que al día de hoy está siendo progresivo.

En el continente europeo -donde según la Comisión Europea sólo un número limitado de Estados han participado activamente en la definición de políticas de contratación sobre innovación, medioambiente y responsabilidad social, dando lugar a un uso excesivo del precio más bajo como

²⁷⁶ Ver mayor detalle en Ibid, pp.56-57.

²⁷⁷ Ibid, p.12.

²⁷⁸ Luego, con el liderazgo y financiamiento del gobierno de Suiza, el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la participación de numerosos países en desarrollo, se conforma el Grupo de Trabajo del Proceso de Marrakech sobre compras públicas sustentables en septiembre de 2005 (Beláustegui Victoria, 2011, op. cit, pp.10-13).

criterio de adjudicación²⁷⁹ -, los objetivos sociales los podemos ver manifestados primeramente en la “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública”²⁸⁰, y en la “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”²⁸¹, ambas, en el año 2001.

Luego, al año 2004, podemos aludir a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, donde se empieza a hablar de criterios sociales y medioambientales con más habitualidad, para posteriormente dirigirnos a la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, la cual “*Insta a la Comisión a animar a los gobiernos y a las autoridades contratantes a utilizar más la contratación pública sostenible, apoyando y promoviendo empleos de alta calidad y proporcionando servicios y productos de calidad en Europa*”²⁸². Asimismo, y por último, debemos resaltar a las nuevas directivas de cuarta generación sobre contratos públicos, las cuales imponen un nuevo objetivo a todos los poderes adjudicadores: utilizar sus contratos de manera estratégica para implementar con ellos las políticas comunitarias en materia de fomento de la innovación, la promoción de la participación de las PYMES, y la incorporación de consideraciones sociales y ambientales²⁸³.

Esta participación de las PYMES, y su exigencia a aplicar tales criterios aludidos, según GIMENO FELIÚ “*No restringen la competencia, sino que suponen una adecuada regulación de la misma, optando por primar a las legislaciones más avanzadas en la aplicación de dichas políticas públicas...*”. De esta manera, tal autor aconseja que en la etapa de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, ya que lo contrario, supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance, y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas, traducándose en costes no rentables²⁸⁴.

Al año 2017, la Comisión Europea ha definido áreas prioritarias para la mejora del sistema de adquisición pública entre sus países miembros, alentando a los Estados a desarrollar un enfoque

²⁷⁹ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.6.

²⁸⁰ Ver Comisión de las Comunidades Europeas (2001). “Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública”. Bruselas, Julio.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Diario Oficial de la UE. Segunda misión 14. Recuperado el 26 de junio de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:es>.

²⁸³ “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial La Ley. nº 149.

²⁸⁴ Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.72; y también en Gimeno Feliú (2013a), op. cit., pp.66.

estratégico de las políticas de compras, centrándose entre sus seis prioridades, aquella referida a una mayor aceptación de criterios innovadores, ecológicos y sociales en la adjudicación de los contratos públicos²⁸⁵.

En América Latina, este tipo de compras cuenta con marcos institucionales y normativos relativamente modernos, fruto del proceso de modernización y reconversión en el que se hallan inmersos, con fuerte tendencia hacia la utilización masiva de medios electrónicos. En varios de estos países, estas compras están influenciadas por el marco legal internacional, tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratados de libre comercio, convenios sobre protección ambiental, entre otros, permitiendo tales ordenamientos jurídicos la aplicación de criterios de sustentabilidad, impulsando así una estrategia de compras en la materia sin necesidad de realizar reformas o generar nuevas normas que lo avalen²⁸⁶.

Por lo que respecta al Estado Español, y según el INAP, la contratación pública ha devenido en una cuestión cada vez más globalizada y está adquiriendo la cualidad de problema global. Planteando que las decisiones sobre esta materia ilustran los desafíos relacionados con la consecución de la sostenibilidad en una economía global²⁸⁷.

En este territorio, dentro de su normativa y disposiciones al respecto, podemos destacar primeramente a la Directiva 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las cuales sostenían la posibilidad de poder regirse por criterios destinados a temas sociales en materia de contratos públicos; así como también la anterior Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que ya incluía disposiciones y objetivos en esta materia. Al año 2008, destacamos el Informe 17/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 28 de julio, el cual resalta que la contratación pública debe ser considerada como una herramienta para políticas sociales, y no como un fin en sí misma.

Luego, al año 2011 aludimos al artículo 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el cual sostenía entre otras cosas, que para la valoración de las ofertas deberá atenderse además de otros criterios, a aquellos relacionados con características medioambientales o vinculados con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del

²⁸⁵ Comisión Europea (2017b).

²⁸⁶ Ver mayor detalle que incluye experiencias, en Beláustegui Victoria (2011), op. cit, pp.14-17 y p.60

²⁸⁷ INAP (2009), op. cit., pp.24-25.

contrato²⁸⁸. Asimismo, mencionamos a febrero de 2017 una iniciativa del Gobierno de Aragón referente a aprobar un Acuerdo que contempla medidas en materia de contratación pública para impulsar objetivos sociales comunes como la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma a través de los contratos públicos. Finalmente, hacemos referencia a la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la cual destacamos a su ya mencionado artículo 1.3, e incluimos su artículo 201, el cual garantiza el cumplimiento de las obligaciones sociales o medioambientales en los contratos, haciendo también referencia a su artículo 202, entre otros.

Resulta por tanto, que para que en la praxis este tipo de compras -a través de sus cláusulas de carácter social-, se pueda llevar a cabo con éxito, debería comenzar por informar y comunicar eficazmente a las empresas sobre su operatoria, ya que son ellos los que considerarán o no como una barrera tales cláusulas sociales al momento de ofertar, afectando esto directamente al ente contratante en la cantidad de propuestas que recibirá por cada proceso de compra. Una estrategia de comunicación efectiva, por parte del Estado, sería necesaria y productiva, entendiendo que el primer paso para funcionen estos objetivos es que sean entendidos y asimilados por quienes ofertarán²⁸⁹.

Asimismo, y aunque los proveedores se enfrenten a una serie de exigencias sobre normas medioambientales y/o sociales, junto con la proliferación de diferentes certificados o etiquetas exigibles con los que deban demostrar que sus insumos cumplen con ciertos estándares, esto no debería ser un obstáculo importante para avanzar en la implementación de tales criterios. Es claro que sobre todo, las PYMES, pueden sufrir mayormente con este tipo de exigencias en un comienzo, sin embargo, la adaptación de las empresas a los mercados no es algo nuevo, y a veces hay que dejar que esto siga su proceso.

²⁸⁸ En algunas de las últimas experiencias de aplicación de estos objetivos a través de disposiciones legales, podemos encontrar por ejemplo a Navarra y su Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno que adapta las directivas europeas al ordenamiento jurídico del país poniendo foco, entre otros asuntos, en la innovación, las PYMES, las cláusulas sociales, la contratación electrónica y la simplificación del procedimiento administrativo; la Resolución de 19/10/2016, de la Secretaría General de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se dispone la publicación de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional; en Andalucía, mediante el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Aragón y su Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario; Castilla y la Mancha y su Acuerdo de 20/12/2016, del Consejo de Gobierno, por el que se concretan las áreas de actividad objeto de la reserva de contratos a centros especiales de empleo y a empresas de inserción y se establecen las condiciones para garantizar su cumplimiento; y finalmente, como una directriz importante, en Cataluña se presenta la Guía de Contratación Pública Social a octubre de 2016, al igual que en la Comunidad Valenciana, entre otras disposiciones y lineamientos.

²⁸⁹ Importante al respecto, es decir que si vamos a aplicar criterios sociales no los incluyamos sólo en las cláusulas de empates, ya que estas ocasionalmente se usan.

A modo de reflexión, y en vista de las importantes externalidades positivas que estos objetivos nos entregarían si fueran vinculantes (obligatorios) de aplicar por parte de todo el aparato público, nos preguntamos ¿Cómo mejoraría y aumentaría el desarrollo social, económico y ambiental en un país, si exigiéramos por normativa aplicarlos con un porcentaje determinado a todas nuestras compras gubernamentales? Es interesante destacar este punto, ya que muchas veces nos cuestionamos cómo podemos incentivar a las empresas para ayudar y promover una mejora en las áreas aludidas, siendo que la exigencia por normativa a las administraciones públicas de estos criterios de forma paulatina, precisa y transparente, podría ser un camino concreto.

B. Diferencia entre los objetivos operacionales y finales en materia de contratos públicos

Por último, y al dividir o clasificar los objetivos expuestos en dos partes de acuerdo a su ámbito de acción, podríamos entonces clasificarlos en aquellos que llamaremos *operacionales*, y unos segundos que denominaremos *finales*²⁹⁰. Los primeros, son objetivos internos que se desarrollan al interior del proceso de contratación, siendo la primera línea o etapa de metas que se deben cumplir para alcanzar los objetivos finales. Nos referimos dentro de ellos al logro de la eficiencia y eficacia del proceso, concurrencia, reducción de barreras para la participación, aplicación de la normativa, control, entre otros. Incluyendo el Banco Mundial: transparencia, competencia, economía²⁹¹, equidad²⁹² y rendición de cuentas²⁹³.

En segundo lugar, están los objetivos finales, los cuales podríamos catalogar de externos, utilizando a la contratación pública como un instrumento estratégico para fomentar lo económico, social y medioambiental. Tales fines, para los países de la UE están basados en los valores sociales exigidos a esta materia en textos tales como: el Libro verde sobre la contratación pública en la UE; la Comunicación interpretativa de la Comisión, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001; y la Estrategia Europa 2020²⁹⁴.

²⁹⁰ Clasificación dada por el autor de este estudio.

²⁹¹ Este principio, centra su atención en comparar los medios planeados en un comienzo con los medios utilizados finalmente, tratando de minimizar el coste o, si se prefiere, intentando maximizar el ahorro de recursos (Fernández Llera, 2009, p.139). Según SIGMA, se centra en el pago del precio más barato para los bienes y servicios similares (SIGMA, 2013, op. cit., pp.2-3).

²⁹² La equidad, en un sentido amplio, la podemos definir como disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece (Real Academia Española. RAE). Los otros conceptos que acompañan a este término los iremos desarrollando más adelante con detención.

²⁹³ World Bank (2016), op. cit.

²⁹⁴ Ver fuentes en http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf; <http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxiu/com566-01.pdf>; y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0028> respectivamente. Recuperado el 8 de febrero de 2018.

Por el lado económico, estos objetivos buscan facilitar una mejor actividad comercial en un país a través de propiciar la participación de más empresas a los concursos públicos. En lo social, impactan al fomento de políticas dirigidas a ayudar a grupos sociales desvalidos y/o necesitados por medio de la adjudicación de contratos públicos en que participen tales sectores. Y por último, en lo medioambiental, apoyan las políticas en esta materia mediante la exigencia para concursar de requisitos que protejan o mejoren el medioambiente, tales como: utilización de productos biodegradables o inocuos para el entorno, políticas internas que respeten y mejoren el medioambiente, tratamiento de residuos, acreditaciones o certificaciones ambientales, entre varios otros. Para el caso de España, ejemplos tanto de características sociales como medioambientales, las podemos ver mencionadas en el artículo 145 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

De esta manera, ambos grupos de objetivos operacionales y finales son complementarios, focalizándose los primeros en el proceso de contratación interna, y los segundos en el resultado final de todo el ciclo de compra. Otra forma de poder entenderlos, es preguntarse sobre los primeros ¿Cómo logro un proceso interno de contratación óptimo?; y en los segundos, ¿Qué aspectos sociales, económicos, medioambientales o de otro tipo puedo lograr alcanzar al ejecutar una contratación pública?

No obstante esta preocupación y desarrollo mayor de los objetivos finales, no debemos olvidar la esencia y génesis del concepto de contratación pública: proveer de los mejores bienes y servicios que necesita el Estado en las mejores condiciones de precio y calidad. Como se desprende de las palabras de MEDINA ARNÁIZ, la contratación pública no está diseñada para ser un medio de fomento directo a los requerimientos sociales o medio ambientales, sino más bien puede favorecer (apoyar) el cumplimiento de estos tipos de objetivos²⁹⁵.

Es significativo mencionar este último aspecto, ya que en la actualidad, y sobre todo en la UE, se está solicitando que esta materia de contratos avance en fines sociales -sumando a ello la innovación-, siendo que una buena parte de países todavía no poseen una estructura de compras que les permite cumplir óptimamente sus objetivos operacionales, y con ello, saber cómo está funcionando realmente su sistema²⁹⁶ ¿Cómo se le puede solicitar a la Administración que

²⁹⁵ Medina Arnáiz (2013), op. cit., p.252.

²⁹⁶Se hace especial referencia a países como España, Italia, Grecia, Croacia, Hungría y Rumanía entre otros, quienes están dentro de los Estados con menos desarrollo o más disfunciones en sus sistemas de compras en la región, según estudio de la Unión Europea (2016). "The single market". Single Market Scoreboard. Recuperado el 17 de marzo de 2017 en

implemente eficientemente cláusulas sociales, económicas y ambientales, si todavía en muchas realidades se compra de manera ineficiente, ineficaz, con escasa transparencia y concurrencia?

Con esta pregunta, no se trata de inhibir el potencial de esta función abastecedora y todo lo que ella representa, sino más bien, tener claridad, orden y prioridad sobre qué objetivos debemos gestionar primero en nuestros procesos de aprovisionamiento, y qué corresponde hacer después. Tal y como indica AGUILAR ELENA al respecto, *“Debido precisamente a la gran cantidad de objetivos que pueden apoyar las compras públicas, es importante que los países definan una estrategia clara de cómo se abordarán y así evitar una sobre carga de funciones que a la larga pueda ocasionar que no se logre ninguno...”*²⁹⁷

El desafío para la UE es, por lo tanto, estudiar cómo regular la inclusión de estas consideraciones económicas, sociales y medioambientales en el proceso de adquisición, mientras al mismo tiempo, garantizar la toma de decisiones eficientes y transparentes por parte de las Administraciones²⁹⁸; lo anterior, como puede evidenciarse, no podrá lograrse alcanzando un sólo tipo de estos objetivos.

3. PROBLEMÁTICAS GLOBALES DE LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antes de comenzar este apartado, debemos primero recordar que la contratación pública y sus unidades ejecutoras, son un componente intrínseco del aparato público, por lo cual, los avances que podamos realizar para legislar, modernizar y/u optimizar nuestra administración pública, irán en directa ayuda a mejorar los sistemas de compras respectivos. Y por el contrario, las debilidades y problemas que posea la estructura organizacional estatal y no se resuelvan oportunamente, afectarán también sustantivamente al desarrollo de esta función de aprovisionamiento.

Dicho lo anterior, diremos entonces que los habituales errores en los sistemas de contratación gubernamental a nivel global, podríamos situarlos dentro de seis grandes materias: débil aplicabilidad de la legislación respectiva; escasa gestión y mejoramiento de procesos; vinculación excesiva de lo político sobre lo técnico; exigua profesionalización de los entes contratantes y contratados; limitada apertura y participación del mercado; e insuficientes mecanismos efectivos de control interno y externo.

http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

²⁹⁷ Aguilar Elena (2014). “Compras públicas como función estratégica”. Boletín Compras Responsables n° 36, p.1. CEGESTI. Costa Rica. Publicado en la RICG.

²⁹⁸ Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.23.

En un análisis internacional y transversal a los países que conforman la OCDE, se ha constatado que además de reflejarse un escaso control en esta materia, existe un retraso en cuatro aspectos más que son²⁹⁹: a) Falta de profesionalización³⁰⁰, b) La adquisición no se plantea como un ciclo de medidas para garantizar la eficiencia y la integridad del sistema, c) Riesgos y costes de oportunidad rara vez son evaluados utilizando las adquisiciones como una palanca política para apoyar los objetivos socioeconómicos y ambientales, y d) El acceso a los mercados internacionales de contratación sigue siendo un reto trascendente³⁰¹.

Hacia Europa, y en referencia a disfunciones de carácter jurídico provenientes de los Estados pertenecientes a la UE, la Comisión Europea al año 2012 señaló 97 casos de infracción pendientes por aplicación incorrecta de las normas de contratación pública. La mayoría de estos asuntos, se referían a denuncias de utilización injustificada del procedimiento negociado sin publicación previa, discriminación, adjudicaciones directas, falta de transparencia, modificación injustificada del contrato, aplicación incorrecta de las normas internas, o infracción de los principios generales³⁰².

Tal organismo europeo, además de manifestar que el número de ofertas recibidas por las Administraciones variaba dramáticamente entre grupos de países³⁰³, expresó posteriormente al año 2015 que los errores en la aplicación de las normas son la principal fuente de irregularidades detectadas por los auditores nacionales y provenientes de este órgano, al comprobar cómo se han gastado los fondos de subvenciones que esta Comisión entrega a sus países respectivos³⁰⁴. Tal situación, ya antes había sido también mencionada al año 2013 por SIGMA, quien identificó, por ejemplo, que las autoridades de los países miembros a menudo tienden a calcular el valor estimado de un contrato de tal manera que se mantiene por debajo de los umbrales de la UE, y por lo tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de la directiva correspondiente o la legislación nacional pertinente. Además, evidenció que tales autoridades adjudicaban con frecuencia contratos sin aplicar algunos de los tipos de procedimientos establecidos en la legislación, situación que viene siendo una importante violación de las normas de contratación de la UE y puede conducir a la nulidad del respectivo contrato³⁰⁵.

²⁹⁹ Magina Paulo (2014), p.13.

³⁰⁰ También mencionada como necesidad por Gimeno Feliú (2016a), op. cit., p.14.

³⁰¹ OCDE (2014a), op. cit., p.13.; e INAP (2009), op. cit., p.61 y 71.

³⁰² Comisión Europea (2014a), op. cit., p.25.

³⁰³ Comisión Europea (2011c), p.xi.

³⁰⁴ Comisión Europea (2015a), preámbulo.

³⁰⁵ SIGMA (2013), op. cit., pp.6-7 y 9.

Como otra de las problemáticas habituales que podríamos catalogar de carácter normativo, la Comisión Europea a través de la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 84, al igual que lo manifestado por AYMERICH CANO³⁰⁶, evidenció la dificultad en la presentación de documentos administrativos por parte de los oferentes a los concursos públicos, indicando específicamente que:

“Muchos operadores económicos, y en concreto las PYMES, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección³⁰⁷. Limitar estos requisitos, por ejemplo mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos”³⁰⁸.

Tales cargas administrativas, según AEVAL necesitan cambios normativos para que las Administraciones puedan racionalizar y simplificar sus procesos, a fin de reducir éstas sobre los ciudadanos y las empresas, como así también para liberar recursos y realizar ahorros. La simplificación administrativa -que busca optimizar los trámites de contratación para facilitar el acceso de las empresas, especialmente PYMES, a la contratación pública e incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles en términos de relación calidad precio³⁰⁹-, está diseñada para reducir la complejidad, la incertidumbre normativa, y para reducir las cargas innecesarias generadas por la burocracia y el papeleo³¹⁰.

Así, una propuesta para limitar los requisitos o cargas mediante algún documento único, ya antes fue mencionada en la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública en los países de la UE, en la cual se proponía mejorar el

³⁰⁶ Aymerich Cano (2013), op. cit., p.154.

³⁰⁷ La Comisión facilita y administra un sistema electrónico, e-Certis, que las autoridades nacionales están actualmente actualizando y verificando de forma voluntaria. El objetivo de e-Certis es facilitar el intercambio de certificados y demás pruebas documentales a menudo solicitadas por los poderes adjudicadores. De la experiencia adquirida hasta la fecha se infiere que la actualización y la verificación voluntarias son insuficientes para que e-Certis desarrolle todo su potencial de simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio de las PYMES en particular. Por lo tanto, como primer paso, el mantenimiento del sistema debe ser obligatorio (Directiva 2014/24/UE), Considerando 87. Otras iniciativas de compras coordinadas por la UE son también el PEPPOL y Open e-PRIOR. Ver mayor detalle en Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, (2015), op. cit., p.21.

³⁰⁸ Directiva 2014/24/UE, op. cit., Considerando 84. Sobre este punto que es trascendente por el efecto económico que causa en un país -además de advertir esta misma directiva el limitar estas cargas administrativas a través de un documento europeo único de contratación-, GIMENO FELIÚ agrega que los problemas que las PYMES encuentran se localizan principalmente en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, el acceso a la información sobre los contratos, y los retrasos de las instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones (proceso de pago fundamentalmente). Indicando que las propias PYMES han llegado a afirmar que lo más necesario para facilitar el acceso de las mismas a los contratos públicos no es tanto la introducción de modificaciones en la normativa sobre contratación, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores (Gimeno Feliú, 2014a, op. cit., p.66; y también en Gimeno Feliú, 2013a, op. cit., pp. 58-59).

³⁰⁹ Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2014), p.29.

³¹⁰ AEVAL (2016), op. cit., p.102 y 104.

acceso de las PYMES, mediante las “Autodeclaraciones, cuando sea factible, y sólo solicitar documentos originales a los candidatos preseleccionados o al adjudicatario, evitando posibles retrasos o distorsiones del mercado causadas por declaraciones incorrectas”. Además de solicitar la promoción de un pasaporte de contratación electrónico³¹¹. Del mismo modo, destacamos la Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre el resultado del Foro del Mercado Único, la cual recuerda la importancia que reviste la simplificación y la aplicación adecuada de la normativa relativa a los contratos públicos, y solicita, en este contexto, a la Comisión y a los Estados miembros que la garanticen en el marco legal vigente y futuro³¹².

Remitiéndonos ahora a las problemáticas encontradas en las etapas internas del proceso o ciclo de compra, el Tribunal de Cuentas Europeo ha encontrado entre los años 2015 y 2016 que se han presentado los siguientes reparos: en la *fase previa a la licitación*, la mayoría de los errores detectados fueron graves. Se eludió por completo la normativa procedimental de contratación mediante la adjudicación directa de contratos que exigían la utilización de procedimientos preestablecidos, dividiendo los contratos en licitaciones de menor envergadura. En la *fase de licitación*, la mayoría de los errores graves se detectaron en la especificación y aplicación de los criterios de selección/adjudicación. En cuanto a la etapa de *gestión de contratos*, los errores detectados fueron graves y se referían a modificaciones o ampliaciones del alcance de los contratos sin utilizar un procedimiento de contratación cuando este era obligatorio³¹³.

Sumado a lo anterior, no todas las elecciones de procedimientos fomentaban la competencia de la manera más amplia posible, evidenciándose trabas innecesarias que complicaban a los potenciales licitadores para participar en los concursos públicos. Por último, y según este Tribunal respectivo, a los operadores económicos que consideran haber recibido un trato injusto les resultaba difícil lograr un recurso rápido, y una indemnización por los perjuicios sufridos³¹⁴.

Desde una mirada macro a los países que conforman la UE, mencionaremos -a modo de referencia- un análisis abreviado de algunas de las dificultades específicas que presentan Estados como el Reino Unido, Alemania y Francia:

³¹¹Diario Oficial de la UE. Cuarta misión 41. Recuperado el 26 de junio de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:ES>

³¹² Ver Resolución en Parlamento Europeo, recuperado el 22 de febrero de 2018 en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0543+0+DOC+XML+V0//ES>

³¹³ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.22; y Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., pp.8-9.

³¹⁴ Ibid.

En el *Reino Unido* -y luego de realizar algunos diagnósticos de su sistema al año 2011-, se evidenció que se requerían cambios radicales en la planificación de sus adquisiciones; la mejora de las cualificaciones de los profesionales de compras y áreas comerciales; la asignación de recursos para proyectos de compras complejas; y el intercambio efectivo de mejores prácticas en todos los departamentos de gobierno³¹⁵. No obstante lo anterior, y destacando que este país es uno de los que más ha avanzado en desarrollar esta materia pública, al año 2016 HITCHCOCK y MOSSERI-MARLIO han sostenido que la contratación pública sigue siendo todavía demasiado burocrática, extensa en sus tiempos y poco transparente³¹⁶.

Entorno a *Alemania*, las dificultades más significativas de su sistema son las ineficiencias que resultan de la separación de las estructuras legales e institucionales, tanto entre ellas, como en las distintas administraciones federales y regionales; duplicación de tareas entre los cuatro organismos compradores federales centralizados y sus contrapartidas regionales; las múltiples plataformas de compras; requerimientos y procedimientos incongruentes entre categorías de productos, así como entre varios tipos de autoridades contratantes; y finalmente, la falta de recolección de datos de compras a nivel nacional y consolidado, entre otras³¹⁷.

Por su parte en *Francia*, el sistema de contratación pública del país se caracteriza por un elevado número y amplia gama de instituciones de contratación y supervisión, debido al tamaño del territorio y a su semi descentralizada estructura política. A pesar de los avances realizados en los últimos años, su sistema de compra sigue sufriendo problemas estructurales. Parte de ellos radican en la complejidad de las normas de contratación, así como las responsabilidades superpuestas de los distintos cuerpos de apoyo; la necesidad de simplificación de los procedimientos administrativos en relación con el proceso de contratación electrónica; la fragmentación del sistema; y el uso de muchas plataformas por territorio. La dispersión de la autoridad y responsabilidad entre las autoridades regionales y locales del país, es una barrera importante para estandarización de métodos, dando lugar a resultados muy variados. Como efecto de lo anterior, los contratos públicos en Francia son cada vez más territorio privilegiado para las prácticas contrarias a la competencia, siendo este país destacado por tener el mayor número de procedimientos de adquisición por año dentro de la UE³¹⁸.

³¹⁵ Cabinet Office (2011), pp.4-7.

³¹⁶ Hitchcock y Mosseri-Marlio (2016), p.26.

³¹⁷ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.89. Estas deficiencias y problemáticas encontradas en el territorio germano según la Comisión Europea pueden ser solucionadas con: mejorar la coordinación, mejorar la recopilación de datos, y aumentar las ofertas en el sistema.

³¹⁸ Unión Europea (2014), op. cit., pp.76-77.

Por último, y destacando también las dificultades que han tenido los países de Centro y Sudamérica, debemos decir que ellas están relacionadas básicamente con la necesidad de legislaciones de compras más integrales y menos voluptuosas³¹⁹; mayores sistemas de control sobre malas prácticas y actos de corrupción; además de cómo indica el BID sobre proyectos financiados con sus fondos, necesidad de mejoras en los procedimientos internos y planificación de las adquisiciones, entre algunas otras³²⁰. Una característica destacable en estos territorios, es el uso de indicadores de gestión y desempeño para medir sus actuaciones, los cuales ya hace un tiempo han empezado a controlar los sistemas de adquisiciones, aunque todavía en algunos países -sobre todo en Centroamérica- este proceso ha sido lento y parcial.

A modo de corolario sobre todo lo expuesto, debemos reflexionar que para avanzar y resolver gran parte de las disfunciones aquí mencionadas, necesitamos primeramente una pluralidad de visiones profesionales y aportes desde todos los ámbitos. Se requiere mayor colaboración entre disciplinas y participación. Los cambios normativos, las técnicas de gestión, los sistemas de datos y control, entre otros, pueden ayudar significativamente a mejorar esta realidad, pero el problema de fondo seguirá siendo el escaso involucramiento y formación permanente de los actores principales en esta temática. Como señala el INAP a este respecto:

“La investigación sobre contratación pública está empezando a mostrar, en la actualidad, la creciente complejidad de las unidades dedicadas a suministros, ya que las actividades de contratación se relacionan con muchas disciplinas académicas. Esta complejidad es también el resultado de la coordinación, necesariamente limitada, de conocimientos sobre contratación pública entre los Departamentos del gobierno, como, por ejemplo, entre organismos de contratación pública, competencia y auditoría, así como con el sector privado³²¹”.

En este sentido, terminamos por citar a la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 121, la cual ha sostenido que *“Una mejor orientación, información y asistencia a los poderes adjudicadores y los agentes económicos, podría también contribuir en gran medida a hacer más eficiente la*

³¹⁹ Esto se desprende de lo mencionado por MORENO MOLINA J.A. Este autor, plantea que la proliferación normativa en el sector ha ocasionado una complejidad creciente de la normativa sobre adquisiciones, que se ha acrecentado además por la existencia en la actualidad de una gran cantidad de normas aplicables a la contratación pública, muchas específicamente referidas a los contratos administrativos pero también otras disposiciones legales y reglamentarias que afectan a la materia, como son las normas presupuestales y de administración financiera. Por ello, su conocimiento resulta bastante complejo. Pese a que en la actualidad estas normas están publicadas en los portales web públicos de contratación de los distintos países, para los operadores económicos y sociales en compras, especialmente las micro, pequeñas y medianas empresas, acceder a la legislación y reglamentación en esta materia puede resultar una labor de mucha dificultad. La seguridad jurídica se ve notablemente afectada por esta situación y con ello también mermada la aplicabilidad de las normas. Sumado a lo anterior, también hace alusión a la existencia de un gran número de regímenes especiales que se apartan de la legislación general (Moreno Molina J.A., 2015c, op. cit.).

³²⁰ Tique et al (2013), p.8.

³²¹ INAP (2009), op. cit., pp.77-78.

contratación pública, gracias a mejores conocimientos, a una mayor seguridad jurídica y a la profesionalización de las prácticas de contratación”.

4. DISFUNCIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

De acuerdo a la UE al año 2016 a través de su Consejo, este organismo formuló una advertencia a España para que adoptase las medidas dirigidas a la reducción de su déficit, dentro de las cuales propuso una reforma cualitativa de su marco jurídico sobre contratación pública, advirtiendo a la vez que en el país existe una falta de mecanismos de control antes y después de la compra, lo cual afecta a la aplicación de la normativa en esta materia³²². Tal organismo, mencionó además que hay una ausencia de efectiva transparencia al respecto, dada la baja tasa de publicación de los anuncios de contratos, el correlativo abuso del procedimiento negociado sin publicación previa, y las adjudicaciones directas, además del uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta.

Remitiéndonos a los análisis anuales que realiza la Comisión Europea sobre la contratación en sus países miembros, al año 2017 este organismo sitúa a España dentro del grupo de Estados bajo el promedio, en relación al desenvolvimiento de sus sistemas de contratación, destacando entre sus deficiencias: pocas ofertas recibidas en las licitaciones, escasa coordinación entre organismos públicos para realizar compras en conjunto y así obtener mejores condiciones y precios (necesidad de cooperación), y deficiencias de calidad en los reportes e información entregada sobre las licitaciones y procesos de compras³²³.

Asimismo, y al igual que lo ha indicado el Banco Mundial, esta Comisión ha señalado la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en la materia para todo el país, lo cual obstaculiza la aplicación correcta de las normas y puede generar oportunidades para cometer irregularidades. Todo lo indicado, según opinión del Consejo de la UE, hace que la contratación pública española sea ineficiente³²⁴.

Desde organismos nacionales, y de acuerdo al informe “La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España: razones para el cambio y 25 propuestas de actuación”, del año 2017, se manifiesta que los problemas más destacables en el país son: la corrupción, la parálisis del

³²² Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5.

³²³ Página web Comisión Europea. Recuperado el 22 de marzo de 2018 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

³²⁴ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5.

sistema por la pérdida de confianza, y la inseguridad jurídica³²⁵. Complementariamente, la CNMC ha reconocido disfunciones tales como: la escasa utilización de las vías establecidas para detectar desviaciones de la norma, carencia simultánea de una evaluación interna y externa del grado de cumplimiento de la eficiencia económica, inexistencia de un organismo externo especializado para evaluación, ausencia de efectiva transparencia en el sistema y proceso de contratación (baja tasa de publicación de los anuncios de contratos), y procedimientos de contratación pública largos y engorrosos, entre varias otras³²⁶.

Así, y complementando lo dicho con uno de los autores nacionales destacados en este tema, GIMENO FELIÚ advierte la inexistencia de una política de efectiva coordinación entre Tribunales Administrativos, una falta de una política de profesionalización, y la necesidad de una nueva filosofía en la gestión de contratos, entre otras³²⁷; añadiendo otro de los sobresalientes juristas del país en esta materia, J.A. MORENO MOLINA, la presencia de demasiadas normativas sobre contratación (dispersión normativa), y la necesidad de normativa especial o más sencilla para la Administración Local³²⁸.

De esta manera, y a la luz de la evidencia retratada, diríamos entonces que las principales disfunciones que presenta el sistema nacional español, se centran en siete materias que hay que mejorar: legislación, profesionalización (poderes adjudicadores y contratistas), multidisciplinariedad de visiones en contratación, liderazgo efectivo, gestión interna, sistemas de información, y controles internos y externos (ver mayor detalle en anexo 1. “Desglose de las principales problemáticas y/o carencias en la contratación pública española”)³²⁹.

Luego, y con la finalidad de seguir ahondando aún más en estas disfunciones, hemos consolidado las materias anteriores en doce problemáticas específicas que explicaremos a continuación:

a) *Gran cantidad y diversidad de instituciones contratantes*³³⁰. Este escenario en la estructura contractual del Estado español, está creando una dispersión de la autoridad en la materia, la cual está produciendo más costes en recursos humanos y materiales, duplicidades de esfuerzos, así como una

³²⁵ Escobar et al (2017), p.15.

³²⁶ CNMC (2015), op. cit., pp.20-27.

³²⁷ Gimeno Feliú (2015b), op. cit., pp.39-40; Gimeno Feliú (2016a), op. cit., p.14; Gimeno (2015a), op. cit., p.154.

³²⁸ Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p.48 y 50.

³²⁹ Complementario a este detalle del anexo 1, ver también un análisis de los riesgos, deficiencias y casos reales de corrupción en el sistema de contratos español al año 2015, en Ferrando Gamir Alejandro (2015). “Mapping high-level corruption risks in Spanish public procurement”. Corruption Research Center Budapest.

³³⁰ Ver mayor detalle en Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212.

mayor inseguridad jurídica al existir más organismos que están interpretando la normativa en cuestión.

A tal respecto, resulta clarificador mencionar los estudios realizados por la Comisión Europea en el territorio, los cuales en síntesis, han concluido que en España no existe una contratación pública coherente, evidenciándose carencia de una política de contratación a todos los niveles administrativos que asegure transparencia, garantías, eficiencia económica, un alto nivel de competencia y coordinación³³¹.

En lo referente a esta coordinación, y con carácter general, debemos advertir como afirma BAENA DEL ALCÁZAR, que entre las instituciones contratantes debería estar muy bien asimilada, ya que en un Estado donde coexisten las Autonomías, las problemáticas sobre la duplicación o multiplicación de organismos son temas propios de tales divisiones territoriales, y si no se tratan, generarán las dificultades que se están apreciando al presente³³².

Del mismo modo, hay que buscar una coordinación inter institucional en la materia, ya que en un mismo organismo público podrían haber varios poderes adjudicadores que contratan de formas distintas sobre un mismo bien, debiendo por consiguiente, actuar con coherencia, sentido de pertenencia y desarrollando un liderazgo compartido y comprometido, orientando su actividad hacia objetivos comunes de servicio público³³³ que garanticen tanto la eficiencia, eficacia y calidad, como la transparencia e integridad.

*b) Elevado número y variedad de normativas*³³⁴. Actualmente, el marco jurídico de contratación pública en el país se basa esencialmente en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública; Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; Ley 31/2007 de sectores especiales; Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; y la LCSP 9/2017 con un articulado extenso de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias más una disposición derogatoria, 16 disposiciones finales y 6 anexos. No obstante estas disposiciones, existen además reglamentaciones particulares y jurisprudencias por cada gobierno local y autonomía del país, las

³³¹ Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

³³² Baena del Alcázar (2005), op. cit., pp.58-59.

³³³ AEVAL (2009), p.7.

³³⁴ Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211; CNMC (2015), op. cit., p.27; Vázquez Francisco (2016). "Opinión Diario el Mundo de España". Recuperado el 30 de junio de 2016 en <http://www.elmundo.es/economia/2016/04/19/571605d0ca4741c7118b4591.htm>; CEOE (2015), op. cit., p.3; Gómez Mateo (2016), op. cit.; Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., p.24 y 43.

cuales generan en la práctica un complejo escenario de interpretaciones y diversidad de vías de actuación sobre un mismo tema, sobre todo, cuando existen las potestades para ello.

En añadidura, y en referencia al informe “La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España: razones para el cambio y 25 propuestas de actuación”, del año 2017 realizado por el sector privado, se sostiene que en España existe una dispersión normativa, así como modificaciones legales con eficacia retroactiva que dan lugar a un escenario de gran inseguridad jurídica³³⁵.

Toda esta situación, según ESCOBAR et al, produce un alto grado de divergencia en la aplicación de las normas por parte de los poderes públicos, generando finalmente “*Una sensación típicamente presente cuando existe un problema de calidad normativa*”³³⁶. En este mismo sentido, PINTOS SANTIAGO agrega que existe una inseguridad jurídica manifiesta, la cual se produce por una modificación constante de la norma en esta materia³³⁷. Por último, y como uno de los tantos efectos de esta realidad, Transparencia Internacional España ha indicado que, “*La dispersión normativa o cambios normativos constantes de forma caótica, impiden una adecuada transparencia*”³³⁸, el cual es un principio fundamental de esta materia pública que no puede seguir denostándose.

c) *Excesivo foco en lo legal*. Que la contratación pública se sustente en lo legal no es ninguna crítica y debe ser así por estar sometida a derecho público y a un Estado de derecho. Sin embargo, cuando los estudios, análisis y reflexiones habituales sobre este aprovisionamiento provienen mayoritariamente de esta arista jurídica, es difícil poder construir una visión completa e integral de lo que está sucediendo en este tema. Hay otros tópicos importantes en la contratación pública, como son: la mejora de la gestión del proceso interno, la relación y gestión con proveedores, la ejecución de contratos, evaluaciones económicas, controles de eficiencia y eficacia, culturas y relaciones con proveedores, calidad, ética y probidad, entre otras, que una sola disciplina científica no puede resolver.

Es por lo anterior, que volviendo a mencionar a SNIDER y RENDON, debemos completar nuestra visión sobre esta materia con un desarrollo y análisis desde lo político y desde la gestión

³³⁵ Escobar et al (2017), op. cit., p.20.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.75 y 79.

³³⁸ Documento “Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción”. Transparency International España, p.4.

administrativa, agregando una perspectiva tecnológica y de las comunicaciones (TIC) que se está convirtiendo en la tendencia de las administraciones públicas desarrolladas³³⁹. La buena práctica invita a incluir equipos multidisciplinares de profesionales y/o técnicos de otras esferas, que como ya se ha indicado, permitan buscar un resultado integral del sistema en su conjunto.

d) *Carencia de formación a nivel nacional*³⁴⁰. En la mayoría de los análisis nacionales que se han realizado en España (CNMC, OBCP, IESE) como internacionales (Banco Mundial, OCDE, UE, Tribunal de Cuentas, entre otros), la profesionalización de la contratación pública es concebida como una debilidad latente en el territorio. La formación al más alto nivel directivo como mandos medios y funcionarios, es elemental no sólo para un sistema óptimo, sino para que esté funcione regularmente garantizando que se cumple la ley. Debe existir una política nacional de formación que evalúe, constantemente, la evolución del conocimiento de los funcionarios públicos tanto en lo legal como en su gestión interna, buenas prácticas y conductas apropiadas al cargo.

Asimismo, y tal como se ha indicado en la “Jornada sobre Transparencia Integral en la Contratación Pública”, celebrada el 26 de junio de 2017 en España, “*Es necesario impulsar la profesionalización de las Mesas de contratación, excluyendo la participación en las mismas de cargos políticos...*”³⁴¹.

e) *Demasiados procedimientos internos y tiempos en los procesos de compras*³⁴². Es claro que a medida que instruyamos más pasos, actividades, etapas o controles, nuestro proceso de contratación sufrirá demoras y contratiempos que desencadenarán en un servicio inoportuno y muchas veces de baja calidad. El revisar, analizar, reorganizar y/o eliminar procedimientos que no agregan valor en nuestro trabajo diario, debiese ser una tarea habitual, y llevada a cabo por personas idóneas en las instituciones. No se puede seguir culpando al marco jurídico actual de la burocracia e ineficiencia presente en nuestro organismo, cuando primeramente no hemos llevado a cabo las acciones elementales antes descritas.

f) *Ausencia de efectiva transparencia en el sistema y proceso de contratación*. La transparencia no sólo se debe decir, sino sentir. Aunque existe una ley sobre transparencia en país la cual es relativamente nueva, ésta todavía no ha tenido un efecto totalmente visible en materia de contratos

³³⁹ Snider y Rendon (2012), op. cit., p.337.

³⁴⁰ Gimeno Feliú (2016a), op. cit., p.14; Bernal Blay (2013), op. cit., p.122; Almonacid Lamelas en Galán et al (2013), pp.50-52.

³⁴¹ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

³⁴² De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

públicos. Es así, como en la Jornada sobre “Transparencia Integral en la Contratación Pública” antes aludida, se concluyó entre otros temas, la *“Necesaria mejora de la transparencia de una forma significativa, puesto que hay una ley que obliga a las instituciones públicas a publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la cual no se cumple mayoritariamente”*³⁴³.

De este modo, tanto la CNMC como la revista The Economist han mencionado la baja tasa de publicación de los anuncios de contratos en el territorio, así como en el TED³⁴⁴, señalando la Comisión Europea que existe un elevado uso del procedimiento negociado sin publicidad en los contratos públicos, lo que afecta una mayor participación de las empresas produciendo adjudicaciones directas³⁴⁵. A esto mismo, hay que agregar una desconfianza generalizada por posibles irregularidades administrativas -que aunque muchas veces se deben a errores menores-, pueden ser interpretadas públicamente como un síntoma de corrupción³⁴⁶.

g) *Falta de planificación interna y coordinación normativa entre Administraciones*³⁴⁷, y a la vez, *coordinación para compras en conjunto*³⁴⁸. La planificación formal de las adquisiciones es escasa en el país, no existiendo planes anuales y públicos donde se describan las compras que se realizarán para el siguiente año o período presupuestario. Si compramos año a año repetidamente lo mismo ¿Por qué entonces no es posible programar con antelación las compras? ¿Qué nos limita a planificar las adquisiciones para el período siguiente con sus consiguientes propuestas de pliegos, análisis económicos y demás requisitos?, y adicionalmente a estas preguntas, surge una última que cuestiona ¿Cuántas menos modificaciones de contratos se harían si se planificarán correctamente las adquisiciones?³⁴⁹

A esta falta de planificación interna, se suma también la escasa coordinación entre organismos nacionales, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, tanto para comprar en conjunto y producir economías de escala -situación que la Comisión Europea ha advertido en el país, indicando que el uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta, impide que las mejoras de

³⁴³Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

³⁴⁴CNMC (2015), op. cit., pp. 9-11. También a este respecto hay que mencionar al artículo publicado en la revista The Economist (2016). “Procurement spending. Rigging the bids”. Recuperado el 22 de junio de 2017 en <http://www.economist.com/news/europe/21710315-government-contracting-growing-less-competitive-and-often-more-corrupt-rigging-bids>

³⁴⁵ Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

³⁴⁶ Escobar et al (2017), op. cit., p.19.

³⁴⁷ Moreno Molina J.A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211.

³⁴⁸ CNMC (2015), op. cit., pp.19-20. Además ver Página web Comisión Europea (2016).

³⁴⁹ Ver las disposiciones específicas que establece la Directiva 2014/24/UE en su artículo 72 sobre modificación de contratos.

eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios³⁵⁰-, como para compartir experiencias normativas y jurisprudencias que permitan estandarizar casos habituales en la materia, y reducir a la vez malas prácticas y actos de corrupción³⁵¹.

Cuando las instituciones realizan compras aisladamente, no existe ninguna referencia para aplicar criterios en conjunto, ni tampoco vínculos con las iniciativas de contratación que se están llevando a cabo en otras partes del mismo sector público. Además de ser ineficiente, esta práctica reduce la transparencia, y tiene enorme impacto en el aumento de los riesgos de corrupción³⁵².

*h) Ausencia de un liderazgo nacional en contratación pública*³⁵³. En el territorio no existe un órgano profesional y autónomo que monitoree, controle y entregue los lineamientos a nivel nacional en esta materia, hallándose sólo algunas áreas de contratación ubicadas a nivel de gobierno central y en las Diputaciones provinciales, que hacen la labor, entre otras, de orientar y apoyar sobre este tópico, sin ser vinculantes en su cometido.

A tal respecto, GIMENO FELIÚ ha advertido que para desarrollar las exigencias de regular una nueva gobernanza exigida por el artículo 83 de la Directiva 24/2014, es necesaria la creación de un organismo de supervisión, el cual deberá contar con medios y preparación suficiente. Señalando que esta previsión es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión en esta materia, en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas³⁵⁴.

Tanto GÓMEZ MATEO como la CNMC, coinciden en la necesaria creación de un organismo de control que fiscalice la efectiva observancia de los principios generales consensuados en adquisiciones³⁵⁵, destacando el Banco Mundial que un buen sistema en este tema pasa por la

³⁵⁰ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5.

³⁵¹ En lo que respecta a la coordinación y cooperación para controlar prácticas de corrupción, la Comisión Europea ha expresado las siguientes medidas: garantizar la coordinación efectiva entre las autoridades encargadas de la supervisión de la contratación pública; desarrollar y dar a conocer directrices detalladas para la prevención y detección de las prácticas corruptas y los conflictos de intereses, en particular a nivel regional y local; y, proporcionar formación a medida para los fiscales y los jueces sobre los aspectos técnicos y jurídicos del proceso de contratación pública (Comisión Europea, 2014a, op. cit., p.39).

³⁵² Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas.p.19.

³⁵³ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5.

³⁵⁴ Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.99.

³⁵⁵ GÓMEZ MATEO, manifiesta que “sin estas instituciones de carácter supranacional es imposible caminar más allá de simples declaraciones de intenciones, de ánimo notable, pero sólo vinculantes desde un plano abstracto, casi moral”; por su parte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sostiene que “sería prioritaria la creación de

necesaria creación de una agencia u organismo superior de contratación, el cual se encargue de la formulación y cumplimiento de la política a nivel nacional, y tenga la autoridad para ejercer un control en relación con la correcta aplicación de las normas y sus reglamentos³⁵⁶.

Al presente, y recientemente, se ha aprobado la LCSP 9/2017 que a través de su artículo 332, crea la “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, y por medio de su disposición 333, concibe la “Oficina Nacional de Evaluación”. Aunque estos órganos -que son un avance en el control y supervisión de esta actividad- se presentan en la ley con la *“finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública”*, en la práctica su trabajo todavía está por evaluarse, sobre todo, entendiendo que no poseen la potestad de una autoridad vinculante. Como manifiesta GIMENO FELIÚ, *“Una nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión llevará a cabo investigaciones y dictará instrucciones vinculantes para los poderes adjudicadores de la Administración central. No obstante, no será competente para interponer acciones legales, anular decisiones o imponer sanciones”*³⁵⁷.

i) *Inexistencia de una base de datos en compras autonómica y a nivel nacional*³⁵⁸. Como se puede deducir, los datos e información sobre contratación pública son la base para controlar y mejorar su actuación. Sin ellos, es imposible saber si “efectivamente” el camino que se está eligiendo es el correcto.

De acuerdo a un diagnóstico de la CNMC al año 2015, este organismo sostuvo que con datos e información se podrían diagnosticar posibilidades de mejora económica en el aprovisionamiento del país, así como en la supervisión y detección de irregularidades e ineficiencias³⁵⁹. Asimismo, en el

una Autoridad Administrativa Independiente con funciones de supervisión, evaluación y diseño de la política de contratación pública”. Ver mayor detalle sobre este último punto en Blog de CNMC en temática “Por una normativa eficiente de contratación pública (I)”. <https://blog.cnmc.es/2017/02/02/por-una-normativa-eficiente-de-contratacion-publica-i/>

³⁵⁶ World Bank (2016), op. cit., Un ejemplo de lo mencionado, lo podemos ver en Rumanía, quién al tener una estructura centralizada de sus adquisiciones, dispone de una Autoridad Nacional para la regulación y seguimiento de su contratación pública, la cual entre otras cosas, realiza las tareas de: redacción de legislación emitida por las Cámaras o por el Gobierno; apoyo operativo y de consultoría; coordinación internacional; seguimiento y control; información; y, profesionalización y reforzamiento de la capacitación (INAP, 2009, op. cit., p.153).

³⁵⁷ Opinión Gimeno Feliú, José María (2018). “El Informe sobre España 2018 y su incidencia en la contratación pública: a propósito del control previo mediante órganos de recursos contractuales”, 12 de marzo, Observatorio Contratación Pública.

³⁵⁸ Comisión Europea (2016a), op. cit.

³⁵⁹ Según la CNMC, debería instrumentarse un mejor acceso informático a los datos de compras. Por ejemplo, a través de su digitalización en una base de datos única a nivel estatal para todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores, que recogiera, en línea y de forma fehaciente, tanto los procedimientos todavía abiertos como aquéllos ya finalizados, simplificando de esta manera el acceso a la información, y la abundancia y redundancia de fuentes existente en muchos casos incompletas (CNMC, 2015, op. cit., pp.18-23). Como propuesta de instrumento informático que podría

Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo de este mismo año, el cual analizó las deficiencias de gestión que incluían las referentes a contratación pública, se evidenció que los países de la UE comunican muy pocas irregularidades en compras que consideran fraudulentas, señalando que España y Francia no comunicaron ninguna entre 2007 y 2013³⁶⁰. En adición a esto, J.A. MORENO MOLINA ha sostenido que *“Existe una absoluta carencia de estadísticas sobre contratos públicos en el país, necesarias para poder diseñar las políticas estratégicas en la contratación del sector público”*³⁶¹.

En el territorio, podemos inducir que no existe una información consolidada, completa y coordinada de las adquisiciones públicas a nivel nacional, así como de su historial -salvo plataformas de contratación con información parcial e incompleta llevadas a cabo por comunidades autónomas, y la plataforma de contratación del sector público nacional (central)³⁶², que alberga licitaciones publicadas de algunas Comunidades Autónomas, Diputaciones y Ayuntamientos. Tal realidad, si no es enmendada por medio de una exigencia, seguirá afectando los cimientos de una contratación que avanza sin saber con certeza hacia dónde llegará.

j) *Grandes cargas administrativas para las PYMES*³⁶³. Una de las debilidades que advierte el sector privado español a la hora de participar en los concursos públicos, es la cantidad excesiva y/o compleja de documentación que deben presentar -documentos que en muchos casos los mismos poderes adjudicadores ya tienen en su poder. Este hecho, está generando resistencias que hacen que menos oferentes quieran concursar por el aumento de costes en la preparación de sus propuestas, afectando en consecuencia a la eficiencia, competitividad y calidad del bien que se desea adquirir. La misma Directiva 2014/24/UE advierte sobre esta debilidad en el sistema, proponiendo limitar estas cargas por medio de un documento europeo único de contratación.

Desde el sector privado, por su parte, hay quienes siguen sosteniendo que uno de los principales problemas de las PYMES y autónomos que quieren dar el salto a los concursos públicos,

ayudar a España a construir y administrar sus datos en contrataciones, mencionamos el “Cloud Computing” (informática en la nube). Esta herramienta es un conjunto de servicios que están disponibles a través de Internet, y para los que es irrelevante la ubicación física. Simplemente accedemos a ellos, los usamos y pagamos por el uso realizado. Finalmente, hay que señalar que esta necesidad de datos e información ya era demandada por la administración pública española desde comienzos de los años 80. Ver mayor detalle de ello en Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op cit., pp.69-72.

³⁶⁰ Los Estados tienen la obligación legal de presentar a la Comisión un resumen trimestral de todas sus irregularidades cuyo valor supere los 10.000 euros, indicando además las que sospechan han sido fraudulentas (Tribunal de Cuentas Europeo, 2015, op. cit., p.25).

³⁶¹ “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo de 2017, Editorial La Ley. nº 149.

³⁶² Ver mayor detalle en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/licitaciones>

³⁶³ Soria Collado (2013), op. cit., p.1.

es el alto grado de burocracia que implica, cargado de papeleo, impuntualidad en los pagos y existencia de criterios dispares en función de cada Administración. Estas circunstancias unidas a unos pliegos de condiciones que en ocasiones no son del todo claros, hacen que muchas pequeñas empresas desistan en su empeño antes incluso de comenzar³⁶⁴.

Es así, que la consecuencia de lo mencionado la podemos ver comprobada en los análisis de la Comisión Europea, quien argumenta que la mitad de los contratos públicos en España sólo tienen un único licitador³⁶⁵, pudiendo por lo tanto inferir, que las cargas administrativas mencionadas al igual que los efectos de la corrupción son parte de los principales motivos de esta debilidad. Sumado a ello, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha señalado que según una de las últimas evaluaciones realizadas por esta Comisión sobre la implantación de la “Small Bussines Act”, ha encontrado que la proporción de pequeñas y medianas empresas en la contratación pública en España es inferior en 5 puntos a la de la media de la UE: 33% frente al 38% en la UE. Este dato, es un antecedente más que pone en evidencia la necesidad de adoptar medidas para su corrección, máxime en época de crisis económica, donde las PYMES deben tener especial atención al ser la palanca de cambio para la creación de empleo³⁶⁶.

Al día de hoy, la nueva LCSP 9/2017 está buscando fomentar la participación de este sector económico, orientándose hacia las propuestas incluidas en el “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos”, SEC (2008) 2193, de 25 de junio³⁶⁷.

k) Mayor peso político que técnico en las decisiones de compra. Es evidente que toda compra pública debe ser parte de una decisión política sobre qué es mejor para la comunidad o grupo de ciudadanos interesados, no obstante, eso es muy distinto a incidir internamente en tal proceso de compra para favorecer intereses personales o a uno u otro proveedor, o por otros motivos que no sean obtener una compra con altos estándares de eficiencia, eficacia, transparencia y calidad, con un objetivo de interés común.

Esta situación, ya ha quedado de manifiesto en la Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España, donde se ha sostenido

³⁶⁴Diario el Mundo Financiero (2016). Entrevista realizada al Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Internet, Sr. Miguel Errasti el 21 de octubre de 2014; y, entrevista a subdirector de la Dirección General Pequeñas y Medianas Empresas del Ministerio de Economía en “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial La Ley. nº 149.

³⁶⁵ Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.3.

³⁶⁶ Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2014), op. cit., p.29.

³⁶⁷ Gimeno Feliú (2017f).

la necesidad de, por ejemplo, separar lo político de lo profesional, sobre todo en las mesas de contratación, advirtiendo que además hay que excluir la participación política en todo expediente de licitación, en especial los de concesión o de un importe elevado³⁶⁸. Asimismo, GIMENO FELIÚ ha advertido que la “contaminación política” en esta materia puede afectar a la planificación, programación, decisión de adjudicación y vigilancia del cumplimiento del contrato³⁶⁹, y sobre todo, como está ocurriendo, a la legitimidad que tiene la ciudadanía en las instituciones y autoridades.

*l) Necesidad de otros controles distintos a los tradicionales*³⁷⁰. Finalmente, y aunque esta disfunción la trataremos con mayor detención en el siguiente capítulo, diremos que los controles internos en el país sobre esta materia están basados fundamentalmente en mediciones concernientes a lo normativo y presupuestario, donde en este sentido podemos distinguir una legalidad general (reserva de Ley y jerarquía normativa), y una legalidad presupuestaria (cumplimiento de la actividad presupuestaria de la Administración)³⁷¹. Este escenario, en donde sólo existe un control mínimo y tradicional de la actuación estatal, no permite cumplir con las nuevas demandas de mejor uso de los dineros públicos, y tampoco reducir los actos de corrupción presentes.

Como se ha sostenido en la “Jornada sobre Transparencia Integral en la Contratación Pública”, celebrada el 26 de junio de 2017, es necesario reforzar los mecanismos de control al respecto, añadiendo que *“Un buen sistema de control preventivo por la propia Administración supone un ahorro del 5% en los propios contratos. En la medida que hay controles preventivos, se fortalece la transparencia, se reactiva la economía y se mejora la eficiencia...”*. Adicionando que para implementarlo como se debe, *“Es necesaria una autoridad independiente en contratación pública”*³⁷².

Por todo lo mencionado en este apartado, y por todos los diferentes aspectos que forman estas disfunciones, diremos entonces que como propuesta, son necesarias las siguientes mediciones en el

³⁶⁸ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

³⁶⁹ Gimeno Feliú, José María (2017). “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. I Jornadas sobre nuevos escenarios de la contratación pública, con atención a la nueva regulación de la contratación pública a debate desde la perspectiva de competencia, solidaridad e integridad. Zaragoza, p.10.

³⁷⁰ Otro aspecto que también merece una revisión y control está en relación a los precios pagados por bienes y servicios por las Administraciones españolas. La OCDE ha alertado de los precios excesivamente elevados en determinados ámbitos. Este es el caso de las obras públicas, donde tal organismo ha advertido que en España se paga por ellas un precio que supera en casi un 50% de media al precio pagado en la Unión Europea (De la Morena López, 2015b, op. cit., p.8). Ver mayores incidencias de la contratación pública en el país en Tribunal de Cuentas Español (2016), pp.14-88. Página web Tribunal de Cuentas Español (2016); Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24.

³⁷¹ Clasificación mencionada por Pardellas Rivera (2018), pp.841-843.

³⁷² Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

sistema de aprovisionamiento público español: medir si se están utilizando óptimamente los recursos públicos en los procesos internos de contratación (control de eficiencia); conocer si las adquisiciones están cumpliendo con sus objetivos propuestos en la ciudadanía (control de eficacia); establecer acciones concretas que aminoren tanto los riesgos en la gestión de la contratación, como aquellos vinculados a conductas funcionarias (control de riesgos); conocer los diferentes precios del bien antes de contratar y analizar cuáles propuestas son mejores a la luz de estudios económicos (control económico); y finalmente, mirar todo el proceso de contratación desde arriba, y monitorizar por medio de indicadores de desempeño que cada etapa del ciclo de vida del proceso de compra se vaya cumpliendo como fue planificado (control de gestión y establecimiento de Cuadros de Mando).

Como reflexión final, hay que hacer hincapié sobre la necesidad de cumplir los controles que las mismas legislaciones en el país ya han dispuesto para la administración pública y sus funciones. Si garantizáramos el cumplimiento óptimo del control de legalidad -sobre las actuaciones administrativas-, presupuestario, eficiencia y eficacia que nos entrega como potestad el marco normativo tanto de la contratación pública, como de sus procedimientos administrativos y uso de sus recursos públicos, es muy probable que ésta materia tendría una dinámica muy distinta y positiva, comparativamente con la actual; y la implementación del resto de controles propuestos potenciaría aún más sus resultados, garantizando el logro de un alto estándar en la calidad de las compras presentes.

Asimismo, y antes de terminar, relevante es destacar que una ayuda a estas problemáticas latentes puede ser apoyada por la reciente creación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, a través del artículo 334 de la nueva LCSP 9/2017, de 8 de noviembre. Esta estrategia, que es un instrumento jurídico de carácter vinculante y con un plazo de duración de 4 años, permitirá entre otras cosas: combatir la corrupción, incrementar la profesionalización de los agentes públicos, promover la eficiencia, impulsar el uso de la contratación electrónica, utilizar la contratación para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación, y a su vez, promover la participación de las PYMES.

IV. ASPECTOS RELEVANTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

A. Introducción

“La democracia se puede definir de muchas maneras, pero no hay definición que pueda excluir de sus connotados la visibilidad o transparencia del poder” (Bobbio Norberto, 1986)³⁷³.

Una acción gubernamental no sólo eficiente sino también transparente, es hoy en día cada vez más demandada por la sociedad. Desde la institucionalidad pública, las organizaciones todavía presentan en sus decisiones un alto grado de trascendencia política, llevando a los “policy makers” (tomadores de decisiones) a tener todo el poder para resolver sobre algún tema público. Esta decisión, es progresivamente más cuestionada y observada por la comunidad tanto interna como externa, obligando a los gobiernos a buscar distintas formas de mostrar, aclarar y validar sus fallos políticos, situación que ha implicado mejorar sus sistemas de control interno y externo (como por ejemplo las Oficinas de Control de Estados Unidos: GAO, y Reino Unido NAO), con la finalidad de hacer más transparente la gestión y aumentar la probabilidad de mantenerse como tendencia política siendo reelegidos³⁷⁴.

La transparencia como una acción más que una función, debe extenderse a todas las parcelas de la actividad estatal, mejorando la responsabilidad de los gestores, la rendición de cuentas (accountability)³⁷⁵ y la eficiencia del sector público³⁷⁶. Todo sistema o política de transparencia que se implante debe lograr los aspectos mencionados, disponiendo de información oportuna y efectiva para que el control y la rendición de cuentas puedan actuar óptimamente, y no a través de silos

³⁷³ Bobbio Norberto (1986), p.8.

³⁷⁴ Me remito a mi trabajo de tesina (2008) “Utilidad de las evaluaciones en el ámbito gubernamental y los factores que obstaculizan su utilización en salud pública”. Master UAB. Recuperado el 3 de marzo de 2017 en http://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2010/hdl_2072_45285/tesina_final.pdf.

³⁷⁵ Este concepto está muy vinculado con la idea de controlar el poder, de prevenir y evitar sus abusos, de limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta. Deriva de la palabra inglesa “accountability”, la cual a veces se traduce como control, otras veces como fiscalización, y otras como responsabilidad, pero la traducción más frecuente es como rendición de cuentas, incluyendo tanto a los que rinden cuentas como a los que exigen cuentas. Esta rendición incluye tres maneras distintas para prevenir y corregir abusos de poder: obliga al poder a abrirse a la inspección pública; lo fuerza a explicar y justificar sus actos, y finalmente lo supedita a la amenaza de sanciones (Naessens, 2010, pp. 2114-2117). Como complementa SUBIRATS “una organización que mantenga su capacidad de rendir cuentas, de ser transparente en su gestión, de evaluar su quehacer, será una organización capaz de aprender tanto de sus aciertos como de sus errores” (Subirats Humet, 2004, pp.1-5). Finalmente y resumiendo lo dicho, SCHEDLER expresa que esta rendición debe estar orientada a garantizar que las acciones de los funcionarios públicos estén enmarcadas en lo legal y en lo constitucional (Schedler, 1999, p.14).

³⁷⁶ Fernández Llera (2009), op. cit., p.137.

administrativos entregando datos que no pueden integrarse y tampoco articularse en un contexto de mejora de decisiones.

Es de esta manera, que ALLI ARANGUREN asevera que la transparencia e información están íntimamente relacionadas, de modo que este principio no es posible si no hay cauces y flujos de información política, económica, social y administrativa. Ambas, como sostiene el autor, exigen a la vez no sólo una sociedad con unos valores de ética pública, sino vertebrada y formada para poder exigir las, procesarlas, valorarlas, depurarlas y, finalmente, por su independencia del poder, transmitir las a la opinión pública y a los agentes políticos³⁷⁷.

De acuerdo a GAMERO y FERNÁNDEZ, este principio es el “*Corolario ineludible de todo Estado democrático, en el cual los ciudadanos deben controlar el ejercicio del poder público, lo que en definitiva requiere el acceso -claro, simple y oportuno-, a las fuentes de información pública*”³⁷⁸. Asimismo, LORENZO COTINO y con una amplia mirada, advierte que “...*la falta de una conciencia ciudadana interesada en conocer, controlar y participar en la Administración, hará de estos derechos (derecho a la transparencia) una exquisitez que será ejercida, como en el presente, por académicos, lobbies y periodistas...*”³⁷⁹.

En lo que respecta a este principio y su relación con la contratación pública, debemos sostener primeramente que está sustentando en varios Acuerdos internacionales, destacando el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, el cual garantiza condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en la esfera de esta materia³⁸⁰. Es de este modo, como sostiene MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, que la transparencia viene a ser ambivalente, siendo corolario del principio de igualdad de trato, que como resultado, entrega la adjudicación a la mejor oferta en un concurso público. Adicionando que también es concurrencia, ya que esta permite garantizar el principio de competencia³⁸¹. Por último, este autor expresa que ésta es “*Un principio derivado directamente de las libertades que proclaman los Tratados Constitutivos de la Unión Europea, y por lo tanto, informador de todo el derecho positivo que se dicte sobre contratación pública*”³⁸².

³⁷⁷ Alli Aranguren (2010), p.218.

³⁷⁸ Gamero y Fernández (2016), op. cit., p.107.

³⁷⁹ Lorenzo Cotino (2002). Comunicación presentada en las IV Jornadas Internacionales sobre “Derechos y libertades fundamentales” bajo el título: transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De “valor en alza” a derecho fundamental?

³⁸⁰ Página oficial de la OMC. Recuperado el 29 de septiembre de 2017 en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_1994_s.htm

³⁸¹ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.14.

³⁸² Ibid, p.11

En la actualidad, GIMENO FELIÚ et al indican que la transparencia en materia de contratos públicos es un objetivo principal en la reforma de la legislación sobre este tópico. Añadiendo que sin este elemento, no existe competencia real, aumentando los costes para las Administraciones y terminando por crear una evidente desafección ciudadana³⁸³. De este modo, tal autor junto a otros investigadores han confirmado que la ausencia de presión concurrencial -por no existir competencia real- puede originar desviaciones medias al alza del 25% del presupuesto de la contratación pública. Hacia España, y a nivel agregado, coinciden que esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros al año³⁸⁴.

Desde una panorámica de los Estados que componen la UE, la Comisión Europea ha mencionado que en ciertos países el acceso a documentos e información relativos a esta contratación está limitado por excepciones excesivamente generales, y una definición amplia de la confidencialidad. Agregando que la publicación de los contratos celebrados no es todavía una práctica extendida en tales naciones³⁸⁵.

Igualmente, el Banco Mundial ha indicado que los Estados de la Comunidad Europea adolecen de un mecanismo independiente de denuncia para problemas y reclamaciones en materia de contratos, siendo este aspecto la preocupación número uno para los proveedores de la región³⁸⁶. Esta omisión, ocasiona falta de transparencia, desconfianza en los oferentes, y poca participación, advirtiendo de esta manera la RICG, que debería existir un organismo autónomo e independiente que regule la contratación pública en un país, incluyendo entre sus funciones las de analizar y publicar las reclamaciones y problemas que manifiestan los oferentes sobre esta temática³⁸⁷.

La transparencia, de este modo, debemos entenderla como un proceso de cambio, al igual que un cambio de paradigma. Si hay algo que el sentido común nos dice sobre este principio y la contratación pública, es el hecho de que si no existe transparencia, no hay confianza; y si no hay confianza, no existe participación en los concursos públicos, y por ende, no se presentarán ofertas al

³⁸³ Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.2. Algunas de las Sentencias provenientes del TJUE que han consagrado este principio a modo de ejemplo son: la STGUE de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12; STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11; y la STGUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14.

³⁸⁴ Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.3. Para lograr la concurrencia es importante que exista competencia e igualdad de oportunidad desde los mercados, siendo imprescindible que las asociaciones empresariales y las cámaras de comercio se impliquen en este proceso. En la actualidad son los grandes ausentes del proyecto y deberían ser los más interesados, al igualar las oportunidades de negocio entre las grandes empresas, las PYMES y las micro PYMES (González y Rodríguez en Galán et al, 2013, p.71).

³⁸⁵ Véase documento de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. “Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE” en Comisión Europea 2014. Bruselas, p.34

³⁸⁶ World Bank Group (2016), op. cit.

³⁸⁷ Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG (2015).

Estado por parte de las empresas, afectando últimamente a los bienes sobre los cuales la ciudadanía puede disponer.

Como termina señalando GIMENO FELIÚ, *“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”*³⁸⁸.

B. Finalidad y nivel de transparencia en el proceso de contratación

La transparencia es instrumental, no un fin, siendo una herramienta para exhibir algo que la ciudadanía necesita saber. De acuerdo a AEVAL, este principio actúa para prevenir y detectar, proporcionando una salvaguarda contra posibles abusos de poder y sacando a la luz las transgresiones que puedan surgir³⁸⁹. Ésta, debe y tiene que ser una fuerte herramienta que faculte exponer claramente y con datos, cómo están haciendo su labor las autoridades elegidas. Si bien es cierto, este principio es un derecho ciudadano y democrático por excelencia, no es una condición natural de las organizaciones gubernamentales. Es algo que se tiene que elaborar, construir, implementar a largo plazo y que debe atender a diversos objetivos en relación a las instituciones estatales³⁹⁰. Hay que implicarse con la transparencia, y no sólo aplicarse.

Tal principio elemental de toda actuación gubernamental no se debería obligar, sino ser parte de los valores de servicio público. Como se desprende de las palabras de A. MARTINOVIC, tal principio no será útil si sólo actúa de forma reactiva, sino más bien por el contrario, opera con una divulgación voluntaria y proactiva de información sobre opciones, planes o programas³⁹¹. A este mismo respecto, el informe NOLAN elaborado en el año 1994, sostiene que quienes ocupan cargos públicos deberían obrar de la forma más abierta posible, en todas las decisiones que adoptan y en todas las acciones que realizan. Deberían justificar sus decisiones, y limitar la información sólo en el caso extremo de que esto sea lo más necesario para el interés público³⁹².

³⁸⁸ Gimeno Feliú (2015e). p.16.

³⁸⁹ AEVAL (2016), op. cit., p.61

³⁹⁰ Naessens (2010); y Rey Tristán Eduardo, Calvo González, Patricia (2010). “XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional”. 2010. Santiago de Compostela. España. Universidad de Santiago de Compostela. Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto, p.2121.

³⁹¹ Martinovic Aleksandra (2015), op. cit., pp.4-5.

³⁹² Canales Aliende (2012), op. cit., p.23.

Este concepto, en Europa se considera como una herramienta clave para alcanzar los objetivos de la contratación pública, resaltado la Directiva 2014/23/UE en su Considerando 126, que “*La trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude*”. Así, este principio según la STJUE, de 31 de enero de 2013, en el asunto T-235/11, Reino de España nº 48, tiene por objetivo “...*garantizar que no exista riesgos de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige 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...*”³⁹³, sumándose la STJUE de 8 de mayo de 2014, la cual implica la publicidad de las oportunidades de compra, así como las condiciones que rigen cada paso en el procedimiento de contratación³⁹⁴.

Sobre tal publicidad que genera esta transparencia, GIMENO FELIÚ sostiene que ésta debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como advierte este autor en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009 (Acoset), la cual señala que “*La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*”³⁹⁵.

De esta manera, y como afirma BOBBIO NORBERTO, tal publicidad permite al ciudadano conocer las acciones de quien detenta el poder y en consecuencia de controlarlo, ya que ésta es en sí misma una forma de control, siendo un expediente que permite distinguir lo que es lícito de lo que es ilícito³⁹⁶. Igualmente, habría que añadir que la transparencia apoya la toma de decisiones, basada en la regla que limita la discrecionalidad de las entidades contratantes o compradores públicos, evitando a fin de cuentas una mala solución y el abuso, además de incluir una mejor verificación y cumplimiento de las normas³⁹⁷.

Hacia América, y de acuerdo a la CEPAL, el dotar de más transparencia a esta materia no sólo tiene como finalidades las antes mencionadas, sino que también, persigue otros propósitos tales como: promover la igualdad y no discriminación entre los proveedores, facilitar la participación de contratistas, ampliar la base de oferentes y proveedores del Estado, mejorar el proceso de toma de

³⁹³ Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 47 supra, apartado 111. Citada por Moreno Molina J.A. (2015a), op. cit., pp.15-16.

³⁹⁴ Arrowsmith, Linarelli y Wallace en Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.30.

³⁹⁵ Gimeno Feliú (2014b), op. cit.

³⁹⁶ Bobbio Norberto (1986), op. cit., p.23.

³⁹⁷ Arrowsmith, Linarelli y Wallace en Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.30.

decisiones, exponer al público y al escrutinio social la gestión de la Administración, y hacer más predecibles los resultados de los procesos de contratación³⁹⁸.

De este modo, y conforme sostiene GIMENO FELIÚ, la transparencia tiene por finalidad evitar el secretismo en la contratación, permitiendo tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos como una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración, y a la vez generar, como así también lo manifiestan J.A. MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, la participación de todos en condiciones de igualdad³⁹⁹. Estos dos últimos autores, destacan que también tal concepto guarda relación estrecha con los principios de no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando tanto la mayor concurrencia de licitadores, como la mejora de sus ofertas⁴⁰⁰.

En cuanto al nivel o magnitud de aplicación necesario de este principio al interior de los órganos contratantes, FERNÁNDEZ LLERA sostiene que *“Debe extenderse a todas las parcelas de la actividad pública, mejorando la responsabilidad de los gestores, la rendición de cuentas y la eficiencia del Sector Público”*⁴⁰¹, advirtiendo asimismo ALLI ARANGUREN, que *“Se invoca como uno de los medios de lucha contra la corrupción, en la medida en que permite un conocimiento de los procedimientos y decisiones, de su legalidad y congruencia con los fines, de modo que evita los espacios oscuros donde es más fácil que se produzca la desviación de poder”*⁴⁰².

La transparencia y la responsabilidad por la gestión, son condiciones clave para el fomento de la integridad y para evitar a la vez la corrupción en la contratación pública. No obstante, estas circunstancias deben estar equilibradas por otros elementos necesarios para la buena gobernanza, tales como el eficiente manejo de los fondos públicos y la existencia de garantías para la libre concurrencia. Para garantizar que estos valores estén equilibrados, los funcionarios en la materia deben enfrentarse con la necesidad de definir un grado apropiado del nivel de transparencia y de responsabilidad, con el fin que se reduzcan los riesgos, al tiempo que persiguen los demás fines de la contratación⁴⁰³.

³⁹⁸ Página cepal.org, recuperado el 15 de octubre de 2015 en <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/S2007302.pdf?sequence=1>.

³⁹⁹ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.54; y Moreno y Pleite (2008), p.978.

⁴⁰⁰ Moreno y Pleite (2008), op. cit., p.978.

⁴⁰¹ Fernández Llera (2009), op. cit., p.137.

⁴⁰² Alli Aranguren (2010), op. cit., p.218.

⁴⁰³ INAP (2009), op. cit., p.18.

Según la OCDE, un grado adecuado de transparencia y accesibilidad de la información general sobre adquisiciones, es clave para promover la integridad, minimizar el desperdicio y prevenir la corrupción. Los gobiernos deben adaptar el grado de transparencia de acuerdo con el destinatario de la información y la etapa del ciclo de compra, a la vez que protegen la información confidencial para garantizar condiciones equitativas para los proveedores potenciales y evitar prácticas de colusión⁴⁰⁴.

Es así, que desde la óptica de los 34 países que conforman la OCDE, y a través de su Consejo de Contratación Pública, este organismo indica que para garantizar un nivel apropiado de este principio en un sistema de contratación y todas sus etapas, se debería:

“a) Promover un trato justo y equitativo para los proveedores potenciales, proporcionando un grado de transparencia adecuada y oportuna en cada fase del ciclo de la contratación pública; b) Permitir el libre acceso a la información a través de un portal en línea de todas las partes interesadas, incluidos los posibles proveedores nacionales y extranjeros, y la sociedad civil; y c) Garantizar la visibilidad del flujo de fondos públicos desde el principio y durante todo el proceso del ciclo de la contratación pública...”⁴⁰⁵.

Al igual que este último órgano, el INAP sostiene que la necesidad de transparencia debe ser atemperada, convirtiendo en transparente aquello que permite el control suficiente de la corrupción⁴⁰⁶. Asimismo, ambas entidades señalan que las etapas más oscuras en el proceso de contratación son la fase de pre-concurso y post-concurso⁴⁰⁷.

Si revisamos lo dicho hasta ahora, al igual que lo mencionado por la Directiva 2014/24/UE, veremos que aquí el nivel de transparencia que se está proponiendo no es total, sino sólo aquel que permita un “control suficiente de la corrupción”. Entonces, la interrogante que nos emana al respecto es ¿Cuál es el grado de transparencia que nos permite un control adecuado de la corrupción? ¿Acaso es el grado o nivel que definen las autoridades públicas actuales?

Es extraño pensar que una real transparencia sólo realice un control “suficiente” de la corrupción, y a la vez, sólo abarque ciertas etapas del ciclo de vida de una compra. Un grado adecuado de transparencia sólo será útil cuando se disponga abiertamente sin excepciones o limitantes. Así, una “transparencia apropiada” es la que hoy definen las autoridades públicas y

⁴⁰⁴ OCDE (2014b), op. cit., p.5.

⁴⁰⁵ Extracto de las recomendaciones del Consejo de Contratación Pública de la OCDE adoptadas el 18 de febrero de 2015, en “Recommendation of the Council on Public Procurement”. Recuperado el 20 de octubre de 2016 en <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=320&InstrumentPID=348&Lang=en&Book=False> Punto II.

⁴⁰⁶ INAP (2009), op. cit., pp.20-21.

⁴⁰⁷ Ibid, p.19.

adecuan a sus propios intereses; una transparencia total, o como se ha definido en el Estado de Georgia de Europa Oriental “Transparencia radical”⁴⁰⁸, es la que exige al presente una ciudadanía empoderada en interés de todos. Esta subjetividad manifiesta, ya ha sido analizada por RAMIÓ MATAS, destacando este autor la importancia de la transparencia total, la cual “...logra erradicar la corrupción de forma casi absoluta y se logra la complicidad con la ciudadanía”⁴⁰⁹. En este mismo sentido, mencionamos también el artículo de MARTINEZ FERNANDEZ, quién resalta en el título de su documento: “*Transparencia*” vs *transparencia en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción*”⁴¹⁰.

En la praxis, una transparencia total debería medirse y plasmarse con la elaboración de indicadores y en la publicación de datos fácilmente accesibles, actualizados y comparables nacionalmente como internacionalmente⁴¹¹, sumando a ello lo señalado por el autor antes aludido, quien indica que podemos hacer práctica esta transparencia en el proceso de contratación de la siguiente manera:

En la *fase de preparación* del contrato, se pueden primeramente realizar consultas preliminares al mercado e informar anticipadamente sobre las previsiones de contratación, publicándose anualmente los contratos que se prevea celebrar a lo largo de cada ejercicio⁴¹². Como expresa el Tribunal de Cuentas de la UE, las instituciones deberían utilizar de manera proactiva estas consultas preliminares, con el fin de preparar el procedimiento de contratación e informar a los operadores económicos de sus planes de contratación⁴¹³. Tales Consultas, hacia España, son reguladas en el artículo 115 de la nueva LCSP 9/2017.

De igual modo, y además de motivar adecuadamente la necesidad e idoneidad de tal requerimiento, se necesita redactar con precisión, amplitud y claridad toda la información necesaria para una participación eficaz de los oferentes, incluyendo sus exclusiones⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ Ver presentación de Huter Mathias el 21 de marzo de 2018 en Fundación Ciudadana CIVIO. Recuperado el 3 de mayo de 2018 en <https://civio.es/laboratorio-de-innovacion-en-la-contratacion-publica/>

⁴⁰⁹ Ramíó Matas (2013), p.27.

⁴¹⁰ Martínez Fernández (2015).

⁴¹¹ Fernández Llera (2009), op. cit., p.137.

⁴¹² Las consultas preliminares del mercado son un instrumento o práctica que se desarrolla durante la fase preparatoria del contrato al que pueden acudir las entidades contratantes con la finalidad de obtener información sobre la capacidad del mercado, el estado de la ciencia o tecnología e informar a los operadores económicos sobre los proyectos y los requisitos de las futuras contrataciones (Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía, 2015, “Guía 2.0 para la compra pública de innovación”. España, p.20).

⁴¹³ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.9.

⁴¹⁴ Estableciendo en tal redacción, la posibilidad de formular alegaciones, resolver dudas de los interesados y establecer los medios para acreditar la solvencia de los contratistas de manera sencilla, precisa y proporcionada al objeto mismo.

En la *fase de adjudicación*, se pueden disminuir los procedimientos sin libre concurrencia y promover en ellos una afluencia adecuada, ampliar los plazos de presentación sobre los mínimos legalmente previstos para facilitar la preparación de ofertas, establecer con precisión y claridad los criterios de valoración de las ofertas y sus fórmulas de puntuación, y hacer una adecuada elección y ponderación de los criterios para elegir con seguridad la oferta más ventajosa. Y por último, en la *fase de ejecución* del contrato, es posible regular de manera precisa e interpretar restrictivamente las modificaciones de estos, controlar la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato en favor de la parte que corresponda, recoger en los pliegos mecanismos para tratar de controlar la eficiencia en los casos de posible sucesión con subrogación laboral, vigilar el cumplimiento de las obligaciones sociales y tributarias, y finalmente, publicar toda la información de la actividad contractual, entre otras tareas⁴¹⁵.

Luego, y como otras acciones transversales de transparencia provenientes desde la práctica del ciclo de compra, podemos mencionar además: contacto con proveedores luego del cierre de las ofertas sólo de acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones; no fragmentar las adquisiciones para saltarse el orden normativo; no renovar los contratos de servicios sin previa evaluación formal y escrita, establecida antes en los pliegos respectivos; cumplir con todos los plazos establecidos en los pliegos del concurso; e informar claramente a los proveedores cuando lo necesiten (responder dudas y aclaraciones siempre de acuerdo a lo que establezca la normativa y los pliegos correspondientes).

En síntesis, podríamos decir entonces que la transparencia en la contratación pública contiene tres elementos importantes: publicidad hacia los proveedores interesados, limitación en discrecionalidad hacia los ofertantes, y contar con un sistemas de monitoreo y reglas⁴¹⁶.

Toda actividad que promueva o ejecute la transparencia al interior de las Administraciones, debería instrumentalizarse a través de algún “manual o procedimiento institucional” que valide -y restrinja en lo estrictamente necesario- cómo, cuándo y dónde se deben publicar las actuaciones en materia de contratos. Existirán algunos elementos o datos que posiblemente sean críticos de informar, sin embargo, salvo excepciones muy bien definidas, decir que hay etapas de compras que no deben ser públicas es algo que no tiene mayor fundamento desde las propias prerrogativas que protegen las libertades sociales y constitucionales, y algo que la ciudadanía en estos tiempos ya no

⁴¹⁵ Para mayores acciones por cada una de estas tres fases ver Martínez Fernández (2017), op. cit., pp.16-44.

⁴¹⁶ SELA (2015), op. cit., p.31.

está dispuesta a seguir tolerando. El nivel de transparencia que se exige hoy a las fases del ciclo de vida de compra es total; de lo contrario no podremos hablar de transparencia real.

Como finalmente se ha indicado en la “Jornada sobre Transparencia Integral en la Contratación Pública”, celebrada el 26 de junio de 2017 en España, *“Es fundamental la transparencia para transmitir a los ciudadanos lo qué se decide, cómo, y por qué”*⁴¹⁷.

C. Beneficios concretos de una transparencia bien implementada

Hablar de beneficios y ventajas de una transparencia bien implementada, es simplemente pensar en todo lo que nos proporciona potencialmente este concepto cuando es bien aplicado. Beneficios hay bastantes, ventajas también, sólo que para ello no basta con decir que existe una transparencia, sino que la ciudadanía debe sentirla sin excepciones, entendiendo que es una obligación del Estado garantizarla, y un derecho de toda sociedad disfrutarla. No debemos olvidar que una mayor transparencia aumenta la legitimidad de los gobiernos y sus Administraciones, y el no tenerla, produce el efecto contrario que varios países hoy en día están viviendo.

Las empresas privadas operan en un entorno que tiende a ser menos controlado que el sector público, sin embargo, se enfrentan a menudo al escrutinio de sus accionistas sobre las excesivas prácticas de gastos. Para este sector, la transparencia en las compras ha crecido en importancia hasta convertirse en un beneficio esencial, dando como resultado una reducción de riesgos, los cuales terminan garantizando que todas las oportunidades se presenten de una manera justa y abierta, y que las ofertas ganadoras en sus procesos de compra se publiquen en detalle, reduciendo así todo gasto transaccional al respecto⁴¹⁸.

Hacia el sector público, y según la OCDE, la transparencia promueve la rendición de cuentas y el acceso a la información⁴¹⁹. Tal obtención de información, hoy en día trasciende básicamente por implantar la contratación electrónica. De este modo, tal sistema informático -que veremos en detalle en el punto V de este capítulo- gracias a su accesibilidad y a su gran capacidad para manejar y almacenar procedimientos y documentos muy voluminosos, facilita que todas las operaciones queden registradas en la plataforma con firmas digitales y sellos temporales, dejando constancia legal y

⁴¹⁷ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

⁴¹⁸ Sourcesuite (2013b), pp.5-6.

⁴¹⁹ OCDE (2016b), op. cit., p.15.

fehaciente de todos los eventos, facilitando posteriores auditorías⁴²⁰. Esta implantación electrónica, es el primer paso de una transparencia bien implementada, y una práctica elemental de transparencia total en materia de contratos.

Los beneficios de esta transparencia, según GIMENO FELIÚ, pueden permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena Administración⁴²¹, de este modo, D. KAUFMANN afirma que contribuyen “...a mejorar la gobernabilidad y reducir la corrupción, ingredientes esenciales de un mejor desarrollo y un mayor crecimiento económico”⁴²². Conforme a MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, marcan un carácter instrumental o finalista y no meramente formal, asegurando la integridad de los procesos de contratación que reducen la corrupción⁴²³. De esta manera, la lucha contra tal corrupción y fraude, hace a la transparencia un arma eficaz como sostiene DE LA MORENA LÓPEZ, disponiendo de procedimientos claros e iguales para todos, ausencia de ambigüedades en las cláusulas contractuales, y desaparición de condiciones de inmunidad e impunidad para muchos infractores, siendo argumentos que permiten apoyar el control en esta materia⁴²⁴.

Enfocando este beneficio en los grupos objetivo que afecta, ALMONACID LAMELAS los divide en tres clases según el sector de interés a quién va dirigido, encontrándonos entonces con: “a) *Entidades públicas: aumenta la competencia, la seguridad jurídica, se reduce la litigiosidad y se facilita la facturación electrónica; b) Proveedores: aumenta la posibilidad de concurrir, la posibilidad de resultar adjudicatario y se facilita la facturación electrónica; y c) Ciudadanos: mejora la calidad democrática*”⁴²⁵.

En el contexto europeo -y nombrando como referencia a la STJUE, de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98-, la Comisión Europea constató que un beneficio concreto de la transparencia es el relativo a que permite una mayor competencia o concurrencia en el mercado, señalando que esto ocurre cuando “...un poder adjudicador que publica una convocatoria de licitación y recurre a un procedimiento abierto, puede esperar obtener un beneficio total equivalente a un ahorro del 3,8% sobre el valor final del contrato”⁴²⁶, añadiendo que este ahorro tiende a ser mayor cuando más

⁴²⁰ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.22.

⁴²¹ Gimeno Feliú (2017d), p.60.

⁴²² Kaufmann Daniel (2005), p.42.

⁴²³ Martínez Fernández (2017), op. cit., pp.12-13.

⁴²⁴ De la Morena López (2015b), op. cit., p.2.

⁴²⁵ Almonacid Lamelas en Galán et al (2013), op. cit., p.47.

⁴²⁶ Comisión Europea (2011b), op. cit., p.19.

competencia existe, como nos recuerda la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21; y la STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset.

De este mismo modo, la OCDE ha afirmado que este principio también permite expresar la igualdad de condiciones entre las empresas, promoviendo finalmente la buena gobernanza en el sector público⁴²⁷, donde según GIMENO FELIÚ, un mayor grado de esta transparencia y a su vez competencia en la praxis de la contratación, permitirá a las PYMES desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía⁴²⁸, adicionando que “...la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia...”⁴²⁹.

Sobre esta competencia y su beneficio, el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), advierte que la promoción de la competencia es uno de los aspectos fundamentales para lograr un sistema de compras transparente y eficaz, siendo la colusión una de las principales amenazas⁴³⁰. No obstante lo indicado, y mirando a la transparencia primero como un cimiento de la competencia y no como una consecuencia de ella, quizás deberíamos decir que la transparencia es un facilitador de los mercados, y en la medida que la potenciemos obtendremos, como consecuencia, mayor confianza de las empresas en los organismos de gobierno, y con ello, dispondremos entonces de una mayor competencia en esta materia.

Esto último, ya ha sido también validado por HITCHCOCK y MOSSERI-MARLIO, quienes haciendo referencia al Reino Unido, reconocen que la transparencia trae una perspectiva diferente al debate sólo de datos, permitiendo reducir las asimetrías de información en el mercado, y por ende, fomentando la competencia y un aumento del valor por dinero⁴³¹. Así, y para terminar con este argumento, igualmente debemos sumar lo indicado por el Banco Mundial, quien señala que practicar la transparencia permite alcanzar un PIB per cápita más alto⁴³², lo que muestra por consiguiente, la injerencia transversal y positiva de este principio como un factor previo y facilitador del desarrollo en la economía en un país.

Otro beneficio concreto de este principio, es facilitar la obtención de eficiencia. De acuerdo a lo expresado por GIMENO FELIÚ -quien hace referencia a la transparencia de la contratación en

⁴²⁷ OCDE (2016b), op. cit., p.15.

⁴²⁸ Gimeno Feliú (2013a), op. cit., pp.56-58; y también citado en Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.65.

⁴²⁹ Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.52.

⁴³⁰ SELA (2015), op. cit., p.33.

⁴³¹ Hitchcock y Mosseri-Marlio (2016), op. cit.

⁴³² World Bank Group (2016), op. cit., p.39.

España y su rol regulador-, “Una adecuada y efectiva transparencia, puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración...”⁴³³. Añadiendo asimismo MARTÍNEZ FERNÁNDEZ que contribuye a la eficiencia del gasto público⁴³⁴.

Según la CNMC, la necesidad de mayor transparencia está considerada internacionalmente como el factor fundamental para mejorar adicionalmente la eficiencia en el aprovisionamiento de las administraciones públicas en el siglo XXI⁴³⁵, no obstante, debemos tener el cuidado de entender que la transparencia es un facilitador de la eficiencia, y no un sinónimo de ella. Esto, es debido a que un sistema de contratación pública puede ser completamente transparente, publicitando todos sus actos, entregando análisis, evaluaciones e informes, entre otras acciones, sin necesariamente utilizar al máximo sus recursos humanos y materiales para este fin. Dicho de otro modo, puedo hacer un trabajo transparente pero al mismo tiempo puedo estar ejecutándolo mal o de forma incompleta sin que esté aplicando una eficiencia en ello. La transparencia no es una garantía de eficiencia, pero si es un componente importante y estructural para alcanzar ésta.

En un siguiente beneficio -que desarrollaremos con más detención en el siguiente punto-, destacamos el ser un factor clave en la promoción de un control tanto interno, como externo o social. En primer lugar, una política institucional que defina procesos, reglamentos y principios delineadores sobre la transparencia de sus adquisiciones, pasa a ser una fuente elemental para un óptimo proceso de control interno, siendo asimismo, un cimiento importante para la rendición de cuentas y el autocontrol.

En segundo lugar, cuando esta información que produce “todo” el proceso de adquisición es publicada abiertamente en un formato claro y preciso, permite un escrutinio público automático que decanta en un control social directo. Esta información, entrega a las organizaciones de ciudadanos las materias primas para que estas últimas presionen a las autoridades a rendir cuenta de sus actos, asignando una relevante “Contribución a la expansión de las prácticas democráticas, censuran comportamientos vinculados a la corrupción y combaten concepciones de la gobernabilidad basadas en el autoritarismo, la hegemonía y otras igualmente anacrónicas”⁴³⁶. Tal control social, no sólo obliga a los funcionarios a responder de sus actuaciones, sino que genera el derecho de la

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Martínez Fernández (2017), op. cit., pp.12-13.

⁴³⁵ CNMC (2015), op. cit., pp.9-11.

⁴³⁶ Arcidiácono et al (2006), op. cit., p.30.

sociedad a ejercer un examen sobre los procesos de compras que están destinados, en definitiva, a satisfacer sus propias necesidades.

Conforme establece a este respecto la CEPAL, la transparencia debe generar y brindar información hacia la ciudadanía, demostrando el correcto funcionamiento de sus procesos⁴³⁷, donde el ciudadano de hoy en día, según RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “...participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos”⁴³⁸.

De este modo, y en base a todo este fundamento, entre la ciudadanía debe existir, por lo menos, la responsabilidad de preguntarse de qué manera la Administración utiliza sus recursos⁴³⁹, y a la vez, monitorear en lo posible que todo contrato público promueva un interés general por sobre otro de cualquier naturaleza. Aunque tal control social -facilitado por la transparencia- ha ido en incremento en este último tiempo, hay que terminar por señalar que sigue necesitando de mayor y mejor información oportuna para su cometido.

En otra de las ventajas de este principio en cuestión, no podemos dejar de nombrar la mayor o menor legitimidad que produce la transparencia en los gobiernos y sus respectivas autoridades. Al presente, esta legitimidad está siendo cuestionada, y un importante elemento causal de esto ha sido la escasa e insuficiente transparencia sobre todo en cómo se están utilizando los recursos públicos, debiendo esperar los ciudadanos a que los resultados de las acciones de gobierno salgan a la luz pública para darse cuenta que este principio, que debería ser anterior a cualquier otro en esta materia de aprovisionamiento público, está fallando.

Por último, y remitiéndonos a los beneficios que genera este principio en un proceso interno de contratación, SUÁREZ y LAGUADO manifiestan que se configuran básicamente en dos partes: en la *fase pre-contractual*, permite que todos los interesados puedan conocer y comprender los mecanismos por los cuales los contratos van a ser adjudicados y administrados, y la manera como se ejecutarán. Y en la *fase contractual*, envuelve de garantías la administración del dinero público y le

⁴³⁷ CEPAL (2014), op. cit., p.75. Como indica este organismo, un caso interesante es el de la iniciativa “Analiza” para el caso de Chile, plataforma de inteligencia de negocios de Chilecompra que promueve información para obtener diferentes tipos de datos y permite acceder a información consolidada y detallada de las licitaciones y órdenes de compra que se transan en el sistema. Ver [http:// www.analiza.cl/web/](http://www.analiza.cl/web/).

⁴³⁸ Rodríguez-Arana Muñoz et al (2011), op. cit., p.36.

⁴³⁹ Arcidiácono et al (2006), op. cit., p.32.

da a la ciudadanía un arma de gran valor en verificar la correcta ejecución de los contratos, y la satisfacción de las necesidades públicas⁴⁴⁰.

Concluyendo, y para que esta transparencia sea provechosa, está debe como primer paso ser exigida y utilizada. No demandemos transparencia sólo por tendencias internacionales o de buen gobierno, sino esencialmente porque necesitamos medir y controlar. ¿Cómo pensamos que nuestro proceso de adquisición puede funcionar transparentemente si no nos preocupamos por hacer público lo importante? La aplicación de este concepto necesita de voluntad política; cuando esta voluntad no es plausible, hay que forzarla y presionarla con un control social que obligue a hacer cambios. ¿Qué más costes debe seguir pagando un país para implementar una contratación pública totalmente transparente?

La transparencia debe estar basada en la participación, situando al ciudadano como un ente central, y no como un aspecto secundario en el sistema. Conviene recordar que somos transparentes para los ciudadanos y no sólo para cumplir con normativas que así lo exigen. Aunque todos los beneficios expuestos no presentan dudas sobre lo positivo de este principio, hay que aclarar que todavía en varios países se mantienen sesgos y tradiciones interesadas que no permiten la aplicación integral o total de esta transparencia, debiendo por consiguiente no sólo realizar una gestión del cambio en los funcionarios públicos y una formación en los proveedores sobre como ejecutar este concepto, sino también, seguir abriendo canales de información destinados a la ciudadanía, con el fin de aumentar la presión social y exigir a las autoridades la regulación y garantía de una transparencia bien implementada⁴⁴¹.

D. La transparencia como instrumento para el control y rendición de cuentas

Si observamos algunos ejemplos de países que están utilizando “eficazmente” la transparencia como un instrumento de control, y su vez, para legitimar su gestión en la Administración, podemos mencionar, por ejemplo, al Reino Unido y su publicación constante de sus oportunidades de compra, así como la verificación y cumplimiento de las normas que rigen cada paso en sus adquisiciones⁴⁴². En Alemania, debemos destacar a la Agencia Federal para la Contratación Pública, quien ya hace algunos años ha establecido un sistema de trabajo informático que permite centralizar toda la

⁴⁴⁰ Suárez y Laguado (2007), op. cit., pp.14-15.

⁴⁴¹ Gestión del Cambio se puede definir como el conjunto de estrategias y herramientas que se utilizan para disminuir las resistencias que se producen ante los cambios (Federación Española de Municipios y Provincias, 2008, “¿Cómo abordar un plan de calidad y modernización en la administración local? grupo de trabajo de la comisión de modernización y calidad de la FEMP, p.49).

⁴⁴² Arrowsmith, Linarelli y Wallace en Parlamento Europeo (2013), p.30

información relacionada con el sistema de contratación, y ofrecer referencias de todas las distintas fases del ciclo de vida de la compra⁴⁴³. En Suecia, han utilizado su legislación llamada LOU para ampliar el ámbito de aplicación de la transparencia más allá de los umbrales financieros establecidos por la UE⁴⁴⁴. Y asimismo, en la República Checa, la legislación nacional establece un incremento máximo del 20% del valor del contrato por circunstancias imprevisibles, frente al límite del 50 % que fija la Directiva de la UE⁴⁴⁵.

Más al este, en Ucrania, el gobierno, las empresas y las sociedades civiles han desarrollado un sistema transparente de compras de primera calidad que se llama ProZorro⁴⁴⁶, con el objetivo de ejercer un mejor control de sus adquisiciones y de volver a generar confianza entre sus ciudadanos y organizaciones locales⁴⁴⁷. En Eslovaquia, la publicación completa de los contratos ayudó a exponer las irregularidades de los gastos y el fraude, y también originó un aumento significativo de la competencia para otros contratos posteriores⁴⁴⁸. En Corea del Sur, y en base a su sistema electrónico integral de compras públicas KONEPS⁴⁴⁹, se han introducido prácticas de control automático -y a la vez control social- de todos sus procesos de adquisición; lo anterior, sólo por el hecho de ser visualizados completamente sin restricciones⁴⁵⁰.

Por último, y hacia América, tanto Canadá como Estados Unidos poseen órganos de control externo importantes que supervisan tanto la eficiencia y eficacia de los procesos de contratación, como lo relativo a la transparencia y su acceso a la información. En Centro y América Latina, países como México, Colombia, Brasil, Paraguay y Chile, entre algunos otros, han puesto a disposición de

⁴⁴³ INAP (2009). Véase respuesta alemana al Cuestionario de la OCDE. Das Beschaffungsamt, A procurement agency that does more, Bonn, 2004, op. cit., pp.99-101. Otras prácticas de uso de la transparencia -aunque se aplicaron principalmente como instrumentos para prevenir la corrupción en las contrataciones-, fueron las realizadas por Finlandia, país que ha utilizado una unidad para centralizar las compras públicas, y con ello mejorar la transparencia de su gestión; Países Bajos, quienes han usado un modelo llamado PIANOo, el cual ha tenido la finalidad de mejorar el profesionalismo de las autoridades de contratación; y finalmente Italia, quien con su Programa Italian CAPACI ha permitido el seguimiento de los flujos financieros de los contratos públicos y de esta manera a limitado el fraude fiscal (Parlamento Europeo, 2013, op. cit., p.63).

⁴⁴⁴ Ibid.

⁴⁴⁵ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.25. Si bien el objetivo de este país era aumentar la transparencia, algunos de sus agentes económicos y poderes adjudicadores consideran que esta disposición supone una complicación innecesaria.

⁴⁴⁶ Ver mayor detalle en <https://prozorro.gov.ua/en/>

⁴⁴⁷ Véase documento "Contratación abierta" en Open Contracting Partnership 2016. Recuperado el 27 de diciembre de 2016 en <http://www.open-contracting.org/why-open-contracting/>

⁴⁴⁸ Ibid.

⁴⁴⁹ KONEPS maneja todas sus compras de forma electrónica, disminuyendo así cualquier espacio para posibles escándalos de corrupción, como por ejemplo mediante la eliminación de la visita innecesaria del proveedor al organismo público para algún pago. La apertura de la información sobre contratación en la página web garantiza el mayor nivel de transparencia y equidad de éstas en todo el país (Página web Public Procurement Service Korea. Recuperado el 21 de febrero de 2017 en <https://www.pps.go.kr/eng/jsp/koneps/overview.eng>).

⁴⁵⁰ Véase documento "Contratación abierta" en Open Contracting Partnership 2016. Recuperado el 27 de diciembre de 2016 en <http://www.open-contracting.org/why-open-contracting/>

la ciudadanía varios set de datos de compras en formato abierto, promoviendo el acceso a los registros oficiales de las adquisiciones públicas de todo el país sin restricciones, fomentando de esta manera una mayor transparencia y el conocimiento de cómo se han invertido los recursos en el territorio⁴⁵¹.

Como se aprecia en estos ejemplos, por lo tanto, este principio hace posible supervisar procesos y revisar decisiones, razón por la cual, los organismos públicos de hoy deben potenciar la divulgación de información de forma voluntaria y proactiva, disponiendo para ello webs institucionales de fácil acceso y abiertas⁴⁵². Con la transparencia, ha surgido el concepto en la contratación pública de compras abiertas (open contracting)⁴⁵³, las cuales al presente, son una de las principales manifestaciones del gobierno abierto a nivel internacional, siendo un desafío de las administraciones públicas de todo el mundo⁴⁵⁴.

La transparencia, de esta manera, debe ser información disponible y legible; y esta información, es la base del control. Esta idea ya la establecía el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de 1994, el cual reconocía la importancia de este principio en sus artículos XVI y XVII⁴⁵⁵. Del mismo modo, el artículo 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al año 2004, sostenía que cada Estado debía adoptar medidas para promover la transparencia y rendición de cuentas, y que tales medidas entre otras deberían abarcar sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ Véase situación de países en el portal de la RICG y el reporte avance país “Presentación Paraguay” de la XI conferencia anual de la RICG celebrada del 28 al 30 de octubre de 2015 en Santo Domingo, República Dominicana. Un caso destacable de entre estos países es Chile, quien posee uno de los sistemas electrónicos de compras más transparentes de la región. Mediante la obligación de todo el aparato estatal a operar por medio de la plataforma Chilecompra - incluyendo a las Administraciones Locales y excluyendo algunas temáticas como obras públicas-, se pueden apreciar las adquisiciones a nivel nacional y sus tendencias, incluyendo procesos abiertos, cerrados y adjudicados. Este sistema a la vez permite realizar reclamos y/o denuncias, como asimismo obtener datos estadísticos oportunos y detallados de las transacciones que hace el gobierno con privados. Lo característico de este sistema relativo a su transparencia, es que está disponible todos los días del año; es abierto y gratuito; y dispone de canales claros, simples y variados para obtener información efectiva de lo que está sucediendo con las adquisiciones del país; además de permitir realizar reclamaciones a través del mismo sistema si fuese necesario.

⁴⁵² Martinovic Aleksandra (2015), p.4-5.

⁴⁵³ La contratación abierta puede ahorrar a los gobiernos tiempo y dinero, entregar mejores bienes y servicios a los ciudadanos, prevenir la corrupción y crear un mejor ambiente de negocios para todos (open contracting partnership, 2015, “Estrategia 2015-2018”. Recuperado el 6 de noviembre de 2016 en http://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2016/01/OCP2015-2018_Strategy_espa%C3%B1ol.pdf. p.3).

⁴⁵⁴ Cerrillo i Martínez Agustí (2016), pp.3-4. Con este concepto, se hace referencia al conjunto de reglas y prácticas establecidas para incrementar la transparencia, la participación y la colaboración en la contratación pública en todas sus fases. Sobre tal respecto, conviene destacar la Guía sobre Gobierno Abierto al año 2013, elaborada por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional Open Contracting Partnership, la cual establece lineamientos para lograr un sistema de contratación abierta. Ver este documento en https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/open-gov-guide_summary_cross-cutting-topics_ES. Recuperado el 22 de febrero de 2018.

⁴⁵⁵ Página oficial de la OMC. Recuperado el 29 de septiembre en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm#articleXVI

⁴⁵⁶ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2004), op. cit., p.13.

De este modo, y ahondando primeramente sobre el control que este principio nos faculta, citamos las palabras de LORENZO COTINO, quien al respecto señala que:

“...con el reconocimiento de la apertura, transparencia y acceso a la información, se pretende aproximar al ciudadano a la Administración, permitir su control jurídico y democrático, así como implicar al ciudadano tanto en el funcionamiento de la administración, como en la adopción de decisiones políticas que la Administración ha de seguir...”⁴⁵⁷.

Cualquier actividad de la administración gubernamental, así como aquella relacionada con las compras públicas, exhibirá un control efectivo dependiendo del grado de transparencia que exponga ante el desarrollo de sus cometidos. Tal principio debe potenciarse e institucionalizarse, enseñando a los funcionarios públicos como puede utilizarse para ejercer un autocontrol. Diversos países utilizan la transparencia como un control básico de la contratación -sin ser un control propiamente tal-, y gran parte de estos territorios entienden que sin esta práctica no puede haber legitimación y avance de sus sistemas de aprovisionamiento.

Según SUARÉZ y LAGUARDO -en un trabajo realizado para las Naciones Unidas-, la transparencia no es sinónimo de control; y transparentar no es controlar, sino más bien es una base para ello. De acuerdo a tales autores, la práctica y creencia de que para transparentar los procesos es necesario controlarlos, atenta lastimosamente contra la debida eficiencia que debe estar presente en la contratación pública⁴⁵⁸. Es por lo anterior, que la transparencia no controla, pero si entrega los cimientos y brinda el escenario para efectuar este examen.

En este mismo sentido, GIMENO FELIÚ indica que este principio contribuye al ejercicio del control, siendo por lo tanto: *“a) Un mecanismo de fiscalización de la Administración, donde la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales, y b) Como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados”⁴⁵⁹.*

⁴⁵⁷ Lorenzo Cotino (2002). Comunicación presentada en las IV Jornadas Internacionales sobre “Derechos y libertades fundamentales” bajo el título: Transparencia y derecho a la información pública en la Unión Europea. ¿De “valor en alza” a derecho fundamental?

⁴⁵⁸ Suárez y Laguado (2007), op. cit, p.6.

⁴⁵⁹ Gimeno Feliú (2015c), p.41.

Añadiendo además que genera un autocontrol de la Administración y produce una disminución de costes en el control del sistema de contratación y su proceso, por el solo hecho de mostrarse lo que se hace, evitando a la vez el clientelismo entre proveedores y administración pública⁴⁶⁰.

De esta forma, podemos constatar que la transparencia es un arma de control no sólo para la eficiencia y eficacia del sistema de contratos en lo operativo, sino también, en la lucha contra la corrupción y los fraudes de todo tipo. Tal y como viene a indicar DE LA MORENA LÓPEZ a este respecto, *“La existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la desaparición de las condiciones de inmunidad e impunidad para numerosos infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento de rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública”*⁴⁶¹. Igualmente, J.A. MORENO MOLINA sostiene que este concepto constituye el corolario del principio de igualdad, garantizando que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte del organismo adjudicador (ver a este respecto STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo). Expresando, a su vez, que este principio *“Exige 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...”*⁴⁶².

Complementario a este objetivo de control (directo) como parte de su finalidad, la transparencia es también un instrumento clave en la rendición de cuentas. De acuerdo a ALLI ARANGUREN, se *“...vincula la transparencia a la participación, a la superación del corporativismo y al control democrático de las instituciones de gobierno y ejecutivas, como medio para hacer real y efectiva la democracia participativa...”*⁴⁶³. De esta manera, es aquí donde podemos apreciar que la rendición de cuentas se convierte, a través de la transparencia, en un instrumento democrático relevante por excelencia. Indicando a tal respecto la CEPAL, que para el ejercicio democrático y la legitimidad de la actividad de gobierno, los procesos de rendición de cuentas se han vuelto indispensables⁴⁶⁴.

En virtud de ello, BALLART y RAMIÓ argumentan que la democracia depende, en buena medida, de la capacidad del aparato público para dar cuenta de lo realizado, siendo los diversos instrumentos de control que posee, los mecanismos que permiten hacer realidad la accountability

⁴⁶⁰ Gimeno Feliú (2014b), op. cit., p.19.

⁴⁶¹ De la Morena López (2015b), op. cit., p.2.

⁴⁶² Moreno Molina J.A. (2015a), op. cit., pp.15-16.El origen de este planteamiento proviene desde la Sentencia del TJUE del 29 de abril de 2004 (Comisión contra Cas Succhi Di Frutta Spa).

⁴⁶³ Alli Aranguren (2010), op. cit., p.219.

⁴⁶⁴ CEPAL (2014), op. cit., pp.135-136.

(rendición de cuentas). Lo anterior, con el objeto de evitar que se cometan irregularidades, o que no se utilicen los recursos más eficientemente⁴⁶⁵.

Conforme a lo expresado por SCHEDLER ANDREAS, la rendición de cuentas está orientada a garantizar que las acciones de los funcionarios públicos estén enmarcadas en lo legal y en lo con institucional⁴⁶⁶. Está muy vinculada con la idea de controlar el poder, de prevenir y evitar sus abusos, de limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta. Deriva de la palabra inglesa “accountability”, la cual a veces se traduce como control, como fiscalización, y otras veces como responsabilidad⁴⁶⁷. En la rendición de cuentas el gobierno informa; la ciudadanía vigila⁴⁶⁸.

Desde la política, según G. O'DONNELL, la representación trae consigo la rendición de cuentas. De acuerdo a este autor, los representantes son considerados responsables de sus acciones por aquellos sobre quienes afirman tener el derecho a representar⁴⁶⁹. Luego, y hacia los organismos públicos, SUBIRATS HUMET sostiene que *“Una organización que mantenga su capacidad de rendir cuentas, de ser transparente en su gestión, de evaluar su quehacer, será una organización capaz de aprender tanto de sus aciertos como de sus errores”*⁴⁷⁰. Agregando que debemos de ser conscientes que sin mecanismos potentes de rendición de cuentas, la legitimidad de las administraciones públicas no será posible, y ello deteriora la base misma de existencia de esas Administraciones. Por último, y como termina agregando al respecto AEVAL, la razón de esta rendición es asegurar que los fondos públicos están siendo utilizados de manera eficiente y eficaz, e identificar mejoras, si es necesario, siendo los gobiernos y su sector público en última instancia los responsables de las decisiones que toman⁴⁷¹.

En materia de contratos públicos, GIMENO FELIÚ ha sostenido que la transparencia, así como su rendición de cuentas, son el eje de la regla de integridad que debe articularse hacia los ciudadanos, debiéndose eliminar su “anillo de la invisibilidad”⁴⁷². De esta forma, destaca que la información que entrega este principio es una herramienta de rendición de cuentas que permite explicar a la

⁴⁶⁵ Ballart Xavier y Ramió Carles (2000), p.527.

⁴⁶⁶ Schedler et al (1999), p.14.

⁴⁶⁷ Naessens (2010), op. cit., pp. 2114-2117. Según este autor, existen tres maneras distintas para prevenir y corregir abusos de poder: obligar al poder a abrirse a la inspección pública; forzarlo a explicar y justificar sus actos, y supeditarlo a la amenaza de sanciones. Ver otras definiciones de Rendición de Cuentas en Tribunal de Cuentas Europeo (2014a), p.11; John Elliott y M Kogan 1988, citados por AEVAL (2010), op.cit., p.21; y CEPAL (2013), op. cit., pp.27-30.

⁴⁶⁸ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas, p.6.

⁴⁶⁹ O'Donnell Guillermo (1994), pp.59-62.

⁴⁷⁰ Subirats Humet (2004), op.cit., pp. 1-5.

⁴⁷¹ AEVAL (2016), op. cit., p.29 y 43.

⁴⁷² Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.20.

ciudadanía en qué, cómo y cuándo se invierten los recursos públicos, sosteniendo que debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de ella. Tal información, recalca, debe ser accesible y comprensible⁴⁷³, haciendo hincapié que hay que explicar a los ciudadanos en qué se están invirtiendo sus fondos públicos y no sólo publicar datos en bruto⁴⁷⁴.

Asimismo, este autor añade que esta rendición de cuentas es aportar datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados, a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión⁴⁷⁵. Arguyendo la OCDE que la disponibilidad de estos datos, debe ser entregada con puntualidad, calidad de ellos, en informes idóneos, y a través de canales de denuncia si fuese el caso⁴⁷⁶, para terminar agregando AEVAL, que no es suficiente con explicar cómo se gastan los fondos públicos y controlarlos, sino responder de las acciones e inacciones que explican sus resultados alcanzados⁴⁷⁷.

Recapitulando, diremos entonces que la transparencia facilita el control, y este último no servirá mayormente sino se utiliza para dar a conocer sus resultados, es decir, rendir cuentas. En las adquisiciones gubernamentales -al igual que en el resto de funciones de la administración pública-, la transparencia sustenta al control, a la evaluación y a la rendición de cuentas⁴⁷⁸. Es decir, este principio nos abre el camino para medir actuaciones; el control compara tales actuaciones con la norma o estándar predefinido; la evaluación analiza la consecuencia de estas actuaciones; mientras que finalmente la rendición de cuentas dispone de forma clara y precisa tal información hacia la ciudadanía. Esta relación entre los cuatro conceptos recién mencionados, la podemos apreciar en la siguiente figura:

⁴⁷³ Gimeno Feliú (2014b), op. cit., p.23.

⁴⁷⁴ Gimeno Feliú en Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017. Tal autor, además indica que esta rendición de cuentas debe ir acompañada de una legislación codificadora, es decir, una ley de contratos no tan reglamentarios, con menos artículos y más comprensible para el ciudadano, y no sólo para algunos expertos.

⁴⁷⁵ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.21.

⁴⁷⁶ OCDE (2016b), op. cit., p.15.

⁴⁷⁷ AEVAL (2015), op. cit., p.24. En España la rendición de cuentas está regulada por el capítulo IV de la Ley General Presupuestaria y normas complementarias.

⁴⁷⁸ Para que la contratación pública pueda rendir cuentas con un mayor grado de calidad, debería sustentarse al menos en las siguientes acciones: persuadir a las autoridades políticas y directivos del beneficio social que conlleva esta acción; disponer de una estructura de información y datos completa, oportuna y de fácil acceso (base de datos institucional en compras); realizar informes de evaluación efectivos y ejecutivos, dirigidos a quienes toman decisiones (antesala de una rendición de cuentas de calidad); instaurar mecanismos de reclamos, sugerencias y/o denuncias que realmente se usen para mejorar; y confeccionar documentos e informes de rendición de cuentas adaptados a las audiencias (simples pero rigurosos en su contenido, y oportunos en su publicación).

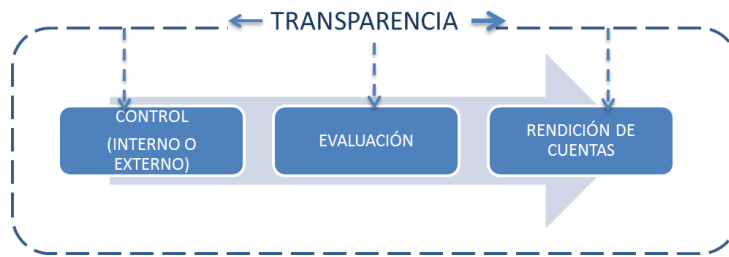


Figura 6. Fuente. Elaboración propia.

La explicación de tal esquema, comienza por efectuar una medición que permita saber si se está cumpliendo la norma u otros principios básicos de la contratación pública (*controles internos o externos*); luego, se analiza lo encontrado y se confeccionan informes simples y oportunos que entreguen opiniones y propuestas claras de la situación (*evaluación*); para finalmente, publicar por medio de vías accesibles, públicas y gratuitas, la información sobre nuestro proceso de contratación en un formato claro y preciso (*rendición de cuentas*). Todo esto, basado en un principio de transparencia transversal y total, el cual debe ser oportuno y disponible abiertamente.

En toda esta sucesión, y por cada una de las etapas mencionadas, la transparencia se visualiza como un insumo básico de producción, debiendo interrelacionarse con el resto de conceptos sin mayores barreras o cuestionamientos. Una transparencia efectiva debe acabar finalmente en una rendición de cuentas de calidad. Como sostiene FERNÁNDEZ LLERA al respecto, la ciudadanía exige conocer cuál es el origen de los fondos públicos, cómo se concreta su puesta a disposición por parte de las administraciones públicas, en qué manera se articula su utilización para el logro de los objetivos perseguidos y, por último, cómo se controla todo el proceso desde el principio⁴⁷⁹.

La falta de transparencia, según lo manifestado, es inversamente proporcional a la corrupción, es decir, a medida que hay menos transparencia, va a existir mayor corrupción, y viceversa. Así también podríamos decir lo mismo del control: a menor control, mayor probabilidad de corrupción, y viceversa. A veces se escucha que determinados gobiernos son transparentes porque muestran “datos” de su accionar, sin embargo, hay muchos de estos países que se dicen transparentes cuando sólo publican información parcial o sin clasificar, dispuesta en un formato que no permite su análisis, no entendida por el ciudadano común, y a destiempo.

Como termina advirtiendo GIMENO FELIÚ et al, preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad que debe “protegerse” con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a

⁴⁷⁹ Fernández Llera (2009), op. cit., p.135.

las prerrogativas del aparato público⁴⁸⁰. Sólo una transparencia integral, y sin excepciones en su operatoria (transparencia total), será aquella que propenda a un control y rendición de cuentas eficaz de la contratación; y asimismo, un control que comunique y explique habitualmente sus resultados, será aquel que use efectivamente la transparencia.

De acuerdo al informe DIGIWHIST financiado por la UE, aumentar la transparencia -así como la eficiencia del gasto público disminuyendo a la vez la corrupción-, son grandes desafíos para las sociedades europeas, donde los datos abiertos de alta calidad y las herramientas de evaluación innovadoras son la clave para concretar estos objetivos⁴⁸¹.

E. Dimensión legal de la transparencia española vinculada a los procesos de contratación

Los acuerdos e instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁸², la Ley Modelo de la UNCITRAL (por sus siglas en inglés) sobre la adquisición de bienes, los principios de la OCDE sobre la mejora de la integridad en contratos públicos, las normas de transparencia de la APEC sobre contratación pública⁴⁸³, el artículo 41.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 58, entre algunas otras (incluyendo las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE de anterior generación), establecen directrices globales que permiten guiar y promover la transparencia en un contexto internacional, entregando a la vez los cimientos que las legislaciones nacionales sobre contratos públicos necesitan para construir un cuerpo jurídico fuerte.

Así, lo primero que deberíamos destacar sobre este principio hacia el territorio nacional, es el hecho manifiesto que la Constitución en su artículo 105.b), ya hace más de 30 años indicaba que los ciudadanos deben tener acceso *“A los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”*.

Tal transparencia, que como se ha aludido aparece recogida en las Directrices comunitarias de contratación europeas, tiene principalmente su reflejo en las siguientes normativas españolas: Ley

⁴⁸⁰ Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.4; Citado también por Gimeno Feliú (2017b), op. cit., p.198.

⁴⁸¹ Ver esta información en DIGIWHIST Informe Resumido. Recuperado el 25 de febrero de 2018 en https://cordis.europa.eu/result/rcn/191378_es.html

⁴⁸² Ya las naciones Unidas en el año 2004, sostenía en su artículo 9.1 sobre contratación pública, que cada Estado, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2004, op. cit., pp.12-13).

⁴⁸³ OCDE (2014b), op. cit., p.5.

5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros de gobierno y de los altos cargos de la administración general del Estado; Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, el cual regula la publicidad relativa a la composición y a los actos de las mesas de contratación, así como de los Comités de expertos; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cual tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad, y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, entre otras⁴⁸⁴, destacando su artículo 8, el cual establece la obligación a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público -y todo contrato patrimonial- al margen de su importe y tipo; las obligaciones incorporadas por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado relacionadas con la publicidad de los contratos en la Plataforma de Contratación del Sector Público; y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, resaltando su artículo 3.1, c), principios generales.

A finales del año 2017, destacamos la LCSP 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, fundamentalmente en su preámbulo, punto II, donde se indica que *“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública...”*. Asimismo, en su artículo 132, demanda que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”* (habiéndose ya en el artículo 139 de la anterior Ley de Contratos, resaltado la importancia de garantizar este principio). De igual modo, mencionamos la relevancia de sus artículos 1, 63 y 64, entre otros.

Sobre este último marco jurídico, y en cumplimiento del artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE, se diseña la nueva función de los perfiles de contratante que deberán albergar contenidos relativos tanto a preparación y adjudicación como a ejecución, aspectos que claramente van en aumento de una mayor transparencia en relación a la normativa respectiva anterior. De este modo, en el artículo 138 de esta nueva LCSP 9/2017, se señala que:

⁴⁸⁴Portal de Transparencia España. Ver en <http://transparencia.gob.es/>. En esta normativa, se distingue entre la obligación de publicidad activa y pasiva, siendo el primero proactivo desde el actuar administrativo -como debería ser en la práctica de la contratación pública-, y el segundo reactivo.

“Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados”.

Con respecto a la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, donde se establecen las obligaciones de publicación que afectan a las entidades adjudicadoras para garantizar esta transparencia de su actividad, regulando el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, debemos señalar su artículo 5,1, el cual sostiene que: *“Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 (administraciones públicas) publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (publicidad activa)”*⁴⁸⁵.

Tal artículo, y recordando lo expuesto anteriormente en este apartado, nos evidencia que la transparencia que se propone para la Administración española es una de carácter “vinculante pero de forma parcial”, a potestad de la Administración, y no de manera total como hemos aludido que debería ser. De igual forma, esta parcialidad de aplicación de la transparencia también la podemos ver exigida en la Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en esta temática, donde se ha sostenido que los contratos tienen que someterse a una “publicidad adecuada” que permita abrir el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación⁴⁸⁶.

En adición, y a este mismo respecto, destacamos además la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000 (Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG) -la cual en este caso también demanda sólo una transparencia “adecuada” por parte de la Administración, enfatizando que *“La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”*⁴⁸⁷. No obstante este escenario advertido -que restringe esta

⁴⁸⁵Boletín Oficial del Estado (2013). Recuperado el 18 de noviembre de 2016 en <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>. n° 295. Ver también concepto en Gamero y Fernández (2016), op. cit., pp.107-108.

⁴⁸⁶Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, p.5.

⁴⁸⁷Ver Sentencia en European Union Law. Recuperado el 31 de mayo de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:61998CJ0324>

publicidad a lo que las Administraciones “consideren como relevante”-, debemos igualmente decir que ha sido un paso adelante hacia la publicidad en materia de contratos públicos en el territorio.

Tal importancia de esta publicidad, según MORETÓN TOQUERO sirve, con carácter general, para alcanzar la transparencia que permita a los ciudadanos visibilizar el funcionamiento de las Administraciones y, desde un prisma mayor, el ejercicio del poder público, lo que cumple en primer término, una misión evidente: la de permitir el control de dicha actividad y su sometimiento a la legalidad limitando su arbitrariedad, exigencia consustancial al Estado de Derecho⁴⁸⁸. Así, y en este mismo sentido, SANMARTIN MORA destaca que una de las consecuencias más importantes de la transparencia en materia de contratos públicos, “*Es la obligación de dar publicidad a los procedimientos de adjudicación desde la apertura hasta su resultado y a las incidencias que ocurren en el mismo*”. Añadiendo que es un instrumento elemental en la apertura de la competencia y los mercados⁴⁸⁹.

Lo que resalta además este último autor, es que esta publicidad no tendrá en ningún caso efectos jurídicos en el sentido de abrir plazos para reclamaciones o recursos. Aclarando que la publicidad activa que ejerce la Ley de Transparencia vigente y la LCSP son básicamente complementarias. La primera controla la buena administración, y la segunda examina la transparencia fundamentalmente de los operadores económicos⁴⁹⁰.

En lo específico, y por consiguiente, la transparencia y publicidad que obliga el ordenamiento jurídico español sobre contratos públicos, está supeditada principalmente a: la legislación que establece la obligatoriedad de publicar el anuncio de apertura del procedimiento de la adjudicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) -cuando el presupuesto del contrato supere una determinada cantidad debe también publicarse en el DOUE⁴⁹¹-; exigencia de publicidad o transparencia en la actuación de la mesa de contratación en la apertura de sobres con las correspondientes proposiciones y documentos anexos⁴⁹²; y la publicación de la adjudicación del contrato en el BOE⁴⁹³. Adicionando en lo presupuestario -que afecta a la contratación por medio del gasto de recursos públicos-, a la

⁴⁸⁸ Moretón Toquero (2014), p.4.

⁴⁸⁹ Sanmartín Mora (2013), pp.3-6.

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ Según la UE, y en caso de duda con los umbrales de la compra, se recomienda realizar la publicación en el DOUE como forma de garantizar competencia en la región (Unión Europea, 2015c, op. cit., p.22-23).

⁴⁹² Ver Disposición Adicional Segunda, apartado 7, de la LCSP 9/2017 sobre composición de estas mesas.

⁴⁹³ Cosculluela Montaner (2015), p.435.

regulación ejercida por la Ley General Presupuestaria y normas complementarias (LGP), esencialmente en su capítulo V⁴⁹⁴.

Por último, y en lo que respecta a algunas iniciativas concretas de esta transparencia en materia de contratos en el territorio, mencionamos a la Comunidad Autónoma de Aragón y su Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de esta Comunidad, relativa al fomento de la transparencia en esta materia de aprovisionamiento, la cual además de destacar la importancia de este principio, indicaba que es consustancial al concepto de “gobierno abierto”, el cual no es meramente formal, y que busca generar competencia a través de la concurrencia, aportando en integridad y lucha contra la corrupción⁴⁹⁵. De igual forma, resaltamos su Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana, la cual ha querido avanzar hacia un sistema de contratación abierta exigiendo en su artículo 16.2, a todo el sector público aragonés, publicidad sobre la fase de ejecución de sus contratos.

Igualmente, destacamos la Resolución de 19 de diciembre de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 2016, en el que se instruye a las entidades del sector público estatal para dar publicidad a determinados contratos no sujetos a regulación armonizada⁴⁹⁶.

A modo de reflexión, apreciamos que la transparencia en España viene siendo una obligación legal -aunque parcial- sobre los actos públicos que incluyen a la contratación pública. Está, no presenta un articulado de sanciones explícito para quienes incumplan este principio, así como tampoco quienes son los entes encargados de supervisar su cumplimiento. No se aprecia con claridad en este ordenamiento jurídico que ocurre cuando el plazo de las solicitudes es prorrogable y no se cumple, además de exigirse este principio sólo a nivel de gobierno central o estatal, dejando que las Comunidades Autónomas establezcan sus propias normativas en la materia.

Asimismo, y como se advierte, las nuevas disposiciones y entramado jurídico son un avance en materia de contratos públicos, pero no están ajenas a mejorarse y perfeccionarse, entendiendo que al presente están dejando muchos espacios sin cubrir y actuaciones públicas en esta materia al libre

⁴⁹⁴ Ley General Presupuestaria y normas complementarias. BOE. Actualizado el 2 de noviembre de 2016. España.

⁴⁹⁵ Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, pp.1-5.

⁴⁹⁶ Su vinculación a la transparencia es la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la exigencia que todo contrato superior a 50.000 euros en contratos de obra, o 18.000 euros en el resto de contratos, debe ser publicado al menos vía perfil del contratante con la antelación de siete días hábiles antes del cierre del plazo de presentación de ofertas.

albedrío de las interpretaciones. Una interrogante que finalmente deberíamos contestar para avanzar en este tópico, debería ser ¿Quién en la praxis está controlando y sancionando en el sector público español que se cumpla esta transparencia?

a) España y su transparencia en contratación pública

De acuerdo a GIMENO FELIÚ, la contratación pública en España se ha caracterizado por un déficit de transparencia y de concurrencia como regla general⁴⁹⁷, observando MARTÍNEZ FERNÁNDEZ que tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional, han recordado que garantizar la máxima concurrencia es una obligación en esta materia, lo cual lo han hecho plausible en la STS de 21 de septiembre de 2004, rec. 231/2003, que cita la STC 141/1993, de 22 de abril⁴⁹⁸.

La Comisión Europea en uno de sus últimos informes sobre la situación de la contratación pública en el país, ha expresado que ésta carece de una política coherente que abarque todos los niveles administrativos y que garantice la transparencia, coordinación, eficiencia económica y un alto nivel de competencia⁴⁹⁹. Habiendo formulado anteriormente -a julio de 2016- su Consejo, una advertencia para que el territorio establezca “...un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación...”⁵⁰⁰. Así, y según este organismo, al año 2016:

“España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados Miembros. Esto se traduce en una competencia limitada de las empresas de los demás países de la UE y, con frecuencia, en adjudicaciones directas, con consecuencias en términos de aumento del gasto de las administraciones públicas”⁵⁰¹.

Sumado a ello, se resalta el informe a noviembre de 2017 que emitió Transparencia Internacional España, sobre el grado de cumplimiento de la obligación legal de publicar los contratos en la Plataforma de Contratación Pública del Estado, en el cual se sigue criticando que aunque ha aumentado el número de instituciones cumplidoras, sigue habiendo un elevado el número de

⁴⁹⁷ Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.4; También ver mismo autor en (2017d), op. cit., p.50.

⁴⁹⁸ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.14.

⁴⁹⁹ Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

⁵⁰⁰ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado el 2 de junio de 2017 en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-12115.

⁵⁰¹ Comisión Europea (2016), op. cit., p.5.

entidades públicas que incumplen esta normativa legal⁵⁰². Es más, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sigue sin prever un régimen uniforme de publicidad de tales contratos, manteniéndose una regulación en función de la naturaleza del poder adjudicador y de la cuantía, al igual que los procedimientos de adjudicación⁵⁰³. En suma a ello, debemos decir además que de los 20.000 entes públicos en el país sólo 4000 de ellos, al primer semestre de 2017, han publicado sus contratos como exige la ley⁵⁰⁴.

Aunque de acuerdo a Transparency International España se ha visto una evolución positiva respecto del aumento de transparencia en las Comunidades Autónomas en los últimos 6 años (más las ciudades de Ceuta y Melilla)⁵⁰⁵, no podríamos aventurarnos a decir que existe la misma percepción para la praxis de la contratación pública. De hecho, y como se ha advertido, la transparencia no está totalmente garantizada en materia de contratos públicos, ya que los poderes adjudicadores que no reúnen el carácter de administración pública, sólo están obligados a publicar sus contratos no sujetos a regulación armonizada en su perfil, generando finalmente una fragmentación del sistema⁵⁰⁶.

Actualmente, en variados seminarios y simposios sobre contratación pública en España, se crítica que existiendo una Ley de Transparencia -aunque es relativamente nueva-, todavía no se visualiza desde la institucionalidad gubernamental una publicación de información clara de lo que se está comprando, y todo su proceso, hallándose que la información entregada aún sigue siendo poco entendible, inoportuna e incompleta. Por ello, y entendiendo que es necesario cambiar esta realidad, cada Comunidad Autónoma podría elaborar sus propias disposiciones sobre este tema, así como establecer entes encargados de supervisar su aplicación y sancionar, siempre sin contraponerse a las regulaciones de carácter nacional y procurando que la nueva normativa no abulte en demasía la ya existente. Un caso de lo propuesto, lo podemos apreciar en la experiencia ya mencionada de Suecia, quien ha utilizado su legislación llamada LOU para ampliar el ámbito de aplicación de la transparencia más allá de los umbrales financieros establecidos por la UE⁵⁰⁷.

⁵⁰²Ver informe en página Observatorio de Contratación Pública. Recuperado el 7 de febrero de 2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1247/releategoria.1059/relemenu.2/chk.703fa8ba16103410ae3358d71e30920f>

⁵⁰³ Fuentes I Gasó y Juncosa Vidal (2018), op. cit., pp.131-132.

⁵⁰⁴ Diario el Independiente de España. “La corrupción y la opacidad en los contratos públicos cuestan 20.000 millones al año”. Noticia publicada el 26 de junio de 2017 en <https://www.elindependiente.com/economia/2017/06/26/la-corrupcion-la-opacidad-los-contratos-publicos-cuestan-20-000-millones-al-ano/>

⁵⁰⁵ Ver resultados “Índice de transparencia de las comunidades autónomas 2016 en contratación pública y otros factores”. Recuperado el 7 de junio de 2017 en <http://transparencia.org.es/incau-2016/>

⁵⁰⁶ Escobar et al (2017), op. cit., p.29.

⁵⁰⁷ Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.63.

Conforme a la Comisión Europea y a la CNMC, ciertas recomendaciones en la implementación de este principio en la materia, aluden a las siguientes acciones: a) Garantizar normas mínimas comunes de transparencia a nivel regional y local en relación con los procedimientos y su fase de ejecución, b) Considerar alguna forma de publicación o garantizar el acceso a los contratos públicos celebrados, incluidas las disposiciones sobre derechos, obligaciones y cláusulas de penalización, y c) Aumentar la transparencia en las fases previa y posterior a la adjudicación, mediante la publicación en línea por todas las estructuras administrativas (nivel central, regional y local) de las cuentas y balances anuales, y el gasto desglosado en obras, suministros y servicios públicos.⁵⁰⁸

Asimismo, la CNMC añade que la oportunidad de mayores cotas de publicidad y transparencia en España debería entenderse a través de un triple prisma, el cual es mejorar adicionalmente el acceso a la información para los licitadores efectivos y potenciales; necesidad de incrementar adicionalmente la transparencia y publicidad de la propia Administración en relación con todos los procedimientos (desarrollados, abiertos y planificados); y por último, entender la transparencia como el fomento de una mayor estandarización en las diferentes categorías de contratos, y aún más importante, de las diferentes partidas de gastos incluidas⁵⁰⁹.

Esta publicidad, como hemos dicho ya en puntos anteriores, es un principio inseparable de la transparencia que la Administración Española debe ir adoptando a través de normas internas que la integren a sus procesos y toma de decisiones. Por ejemplo, en la realidad del territorio esta publicidad debería como mínimo, apuntar a justificar y fundamentar claramente en los expedientes el valor de mercado del producto/servicio a contratar, mostrar de forma simple la evaluación de los oferentes y sus puntajes, y en definitiva, publicar toda la información del proceso de contratación sin excepciones y oportunamente.

A su vez, también en la práctica de esta transparencia es relevante reglamentar la comunicación o contacto que la Administración tiene antes y después de una compra con sus proveedores, de forma tal, que el uso de recursos públicos no se vea afectado en su implementación por miedos o especulaciones mal entendidas. ¿Cuánta eficiencia y eficacia estamos perdiendo por temores a comunicarnos con un proveedor y preguntarle acerca de las características técnicas de un producto, servicio u obra? Preferimos la simpleza de una interpretación legal sin cuestionamientos, que una que colabore y propenda a un uso mejor y más efectivo de los recursos públicos.

⁵⁰⁸ Comisión Europea (2014a), op. cit., pp.38-39.

⁵⁰⁹ CNMC (2015), op. cit., pp.9-11.

Como indica la UE a este último respecto, una de las críticas frecuentes en esta materia pública, se refiere al insuficiente reconocimiento de la necesidad de participación de las partes interesadas (externas), lo que a menudo incide negativamente en el éxito del contrato y puede conllevar costes adicionales para rectificar omisiones o errores. No obstante, esta participación o consultas no deben ir en detrimento de la independencia del proceso decisorio del poder adjudicador, ni crear posibles conflictos de intereses ni afectar los principios de igualdad de trato y transparencia, es decir, los comentarios de las partes interesadas no deben influir en la esencia y el objetivo de la licitación⁵¹⁰, pero si ayudarla a cumplir eficazmente su fin. Como concluye este organismo, la falta de claridad y transparencia de los gobiernos, es una barrera adicional a la eficacia⁵¹¹.

Desde una perspectiva ética, la transparencia no hay que buscarla, ella misma nos encontrará si actuamos implicados en este concepto. Por ello, debemos definir una ética pública que provenga desde la ciudadanía y no desde los gobernantes, quienes al presente se defienden en base a una práctica ética que ellos mismos crearon e hicieron pública, y cuyo resultado denota una transparencia aplicada con intereses sólo en ciertos ámbitos públicos, y hasta cierto nivel de actuación.

De igual modo, y entendiendo que todavía no existe una ética pública que solucione gran parte de los vicios en la implementación de este principio, diremos entonces que se hace necesaria además la existencia de un ente supervisor en este tema, el cual tenga la facultad de exigir su cumplimiento, y en el mejor de los casos, sancionar cuando corresponda.

Finalmente, volvemos a destacar la recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, quien ha manifestado la necesidad de generar competencia y concurrencia empresarial en los concursos públicos a través de una mayor transparencia, añadiendo que los contratos deben someterse a una publicidad adecuada -aunque a la luz de este estudio deberíamos decir que esta publicidad debería ser total. Así también, la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su Preámbulo, termina destacando que hoy en día los ciudadanos:

“... ya no son únicamente destinatarios de la acción de gobierno y de los servicios que presta la Administración. Han variado su rol de sujetos pasivos de esa actividad, pasando a desempeñar un papel clave en el diseño,

⁵¹⁰ Unión Europea (2015c), op. cit., p.12.

⁵¹¹ Véase informe “Public procurement -study on administrative capacity in the EU Spain Country” en European Union 2015. Recuperado el 10 de octubre de 2016 en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/es.pdf, p.206.

ejecución y seguimiento de esas políticas públicas. Son sus promotores, pero, a su vez, son los auditores de la acción del gobierno, del buen desempeño de la Administración y de los servicios públicos que se les proporcionan”.

2. CONTRATACIÓN EFICIENTE Y EFICAZ. FUNDAMENTOS Y CONCEPTUALIZACIÓN

A. Introducción

Conforme sostiene MARTÍN MATEO, *“La Administración no debe sólo respetar a la ley, sino, dentro de este marco, actuar con eficacia y, por ende, con eficiencia”*, siendo un principio constitucional que preside el obrar administrativo⁵¹². Añadiendo en este mismo sentido el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en España (CORA), que hay que prestar los servicios públicos demandados con la máxima eficiencia y calidad, no habiendo nada más antisocial que la ineficiencia en la Administración, ya que los bienes y servicios públicos se sufragan con los impuestos de todos los contribuyentes⁵¹³.

Desde finales de la década de los ochenta, se viene asistiendo a un proceso acelerado de transformación mundial: liberalización económica, nueva regulación internacional, dominio del mercado, nuevos problemas sistémicos, e irrupción de nuevas tecnologías. Una de las consecuencias más importantes de estas vertiginosas transformaciones, ha sido la necesidad de perfeccionar el propio sistema democrático, de una parte, por el déficit de participación ciudadana en las decisiones; y de otra, por la exigencia de eficiencia y eficacia que se reclama cada vez más a lo público⁵¹⁴.

El gasto público, obliga a los Gobiernos a tomar decisiones sobre sus prioridades a través de un ciclo presupuestario regular de planificación, negociación y ejecución. Maximizar la eficacia y eficiencia de este gasto, significa asegurar el mayor valor de esas decisiones, la aplicación de controles, y evitar el despilfarro, los errores, el fraude y la corrupción⁵¹⁵. Las administraciones públicas actuales gestionan cerca de la mitad de la riqueza nacional -medida en términos del PIB-, revelando con ello la magnitud del impacto directo de éstas sobre la economía, y evidenciando la repercusión de la eficacia y de la eficiencia en la gestión de aquéllas. Los tiempos en que era posible aumentar el gasto mediante el recurso fácil de incremento de los impuestos, al aumento del déficit o

⁵¹² Martín Mateo (1994), op. cit., p.22.

⁵¹³ Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, CORA (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2014, op. cit., p.35.

⁵¹⁴ AEVAL (2010), op. cit., p.17.

⁵¹⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.147.

a ambas cosas, han quedado atrás. La modernización de las Administraciones pasa pues por una mejora de su propia competitividad que permita contener el déficit, y obtener así un mayor rendimiento social del gasto público⁵¹⁶.

Visiones provenientes de lo público, como la indicada por GARCÍA SÁNCHEZ, manifiestan que la nueva gestión pública persigue (o debería perseguir) la creación de un aparato público eficiente y eficaz. Uno que satisfaga las necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible, favoreciendo para ello la introducción de mecanismos de competencia que permitan la elección de los usuarios, y a su vez, promuevan el desarrollo de servicios de mayor calidad. Todo ello, rodeado de sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados, para que por un lado, perfeccionen el sistema de elección, y por otro, favorezcan la participación ciudadana⁵¹⁷.

Lo anterior, no exime a ninguna función pública ni organismo gubernamental, incluyendo como consecuencia a la contratación pública. A esta función de abastecimiento, por lo tanto, se le debe exigir la mayor optimización de sus recursos (eficiencia) y cumplimiento de sus fines (eficacia). Un objetivo básico de la administración pública -o más bien como indica BAENA DEL ALCÁZAR, administraciones públicas⁵¹⁸-, es usar los recursos de todos en un interés de todos; un objetivo básico del aprovisionamiento público al día de hoy, debiese ser comprar transparente, eficiente y eficazmente a todos, para el bien de todos.

Desde un plano internacional, el Banco Mundial ha manifestado que la compra pública es una variable clave en llevar a cabo una eficiente gestión de los recursos, jugando un rol estratégico en entregar un servicio ciudadano eficaz⁵¹⁹. Por ello, y para lograr esta tarea, la Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de Estados Unidos (GAO), ha identificado cuatro elementos que permiten alcanzar estos dos conceptos: alineación de la organización y el liderazgo, políticas y procesos, personal de adquisiciones reconocido como capital humano, y el conocimiento y manejo de la información⁵²⁰.

⁵¹⁶ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), p.30

⁵¹⁷ García Sánchez (2007), pp.37-38.

⁵¹⁸ Aunque siendo ortodoxos, según Baena es mejor hablar de Administraciones Públicas en vez de sólo Administración. Para efectos de este estudio utilizaremos de manera similar ambos conceptos para referirnos a lo mismo: el sector público estatal (Baena del Alcázar, 2005, op. cit., p.21).

⁵¹⁹ World Bank Group (2016), op. cit.

⁵²⁰ Government Accountability Office GAO (2016). Best Practices and Leading Practices in Acquisition Management. Recuperado el 9 de agosto de 2016 en http://www.gao.gov/key_issues/leading_practices_acquisition_management/issue_summary. Tales factores son tan importantes de potenciar como lo son generar incentivos efectivos para los funcionarios. En el sector privado las empresas pueden combinar las recompensas financieras y no financieras para mantener a sus empleados y lograr mayores

Tanto la eficiencia como la eficacia, conceptos que según PASCUAL GARCÍA son criterios extrajurídicos⁵²¹, son términos que a menudo se confunden⁵²², existiendo una percepción sobre una preocupación mayor por el primero que por el segundo, cuando la verdad si no cumplimos con el segundo concepto el primero no sirve de mucho. Así también, BALLART y RAMIÓ manifiestan que existe una preocupación mayor por la legalidad que por los dos principios aludidos, entre otros, mencionando que no hay ninguna incompatibilidad objetiva entre todos ellos, y sosteniendo que en la práctica, la concepción burocrática de la Administración se ha traducido en un relativo abandono de la eficiencia y eficacia en favor de esta legalidad⁵²³.

A. Contratación pública eficiente

Conforme sostiene GIMENO FELIÚ, *“En la gestión de la contratación pública no basta con realizar una tramitación que sea conforme al principio de legalidad. Además, es necesario que se respete, junto al principio de estabilidad presupuestaria, el principio de eficiencia”*⁵²⁴. Tal autor, afirma que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Basándose en PONCE SOLÉ, añade que se debe articular atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁵²⁵.

Al año 2016, la OCDE ha indicado que las materias o temas que se deben priorizar en las reformas de la contratación pública, están marcadas en orden de importancia principalmente por: aumentar la eficiencia y transparencia -las cuales son una de las máximas prioridades para las reformas presentes del sector público⁵²⁶-, y además de ello, mejorar la eficiencia al interior de los sistemas respectivos, no olvidando la optimización de los mecanismos de monitorización⁵²⁷.

cuotas de eficiencia y eficacia. Las primeras pueden incluir aumentos de sueldo, bonos, ascensos y regalos; las segundas, premios de reconocimiento para empleados y socios comerciales, celebración de actividades varias, acceso a cursos de capacitación, entre otras (Naciones Unidas, 2013, p.82).

⁵²¹ Pascual García (1999), op. cit., p.332.

⁵²² Es así, que por ejemplo RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ establece que “eficiencia significa buscar resultados efectivos, con el mínimo coste...”, sumando en un mismo concepto objetivos distintos (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, op. cit., p.40).

⁵²³ Ballart y Ramió (2000), op. cit., pp.537-538.

⁵²⁴ Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.17.

⁵²⁵ Gimeno Feliú (2017e), op. cit., p.11.

⁵²⁶ Business and Industry Advisory Committee to the OECD (2014). “BIAC Economic Policy Survey 2014”. Citado por OCDE (2016b), op. cit., p.7.

⁵²⁷ Ibid, P.8.

En cuanto al significado de este concepto, debemos inicialmente mencionar que según las Naciones Unidas, describe el tiempo o esfuerzo que se utiliza para una tarea o propósito. Conforme a ZAPICO y MAYNE, “*Es una relación entre inputs y outputs o resultados*”⁵²⁸. A menudo, se usa con el objetivo de producir un resultado específico con una cantidad mínima de los residuos, gastos y esfuerzos⁵²⁹. La OCDE, concuerda con lo anterior, expresando que la eficiencia es el logro máximo de salida a partir de un determinado nivel de recursos utilizados para llevar a cabo una actividad⁵³⁰, o dicho de otro modo, como lo plantea SIGMA, la eficiencia se puede expresar como reducir al mínimo la entrada de dichos recursos públicos para una producción determinada de bienes o servicios⁵³¹.

El Tribunal de Cuentas Europeo, y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), por su parte, sostienen que este concepto es la mejor relación entre los medios empleados y los resultados obtenidos⁵³², concordando la FEMP, que es una relación entre el resultado alcanzado y los recursos utilizados⁵³³. AEVAL, y desde un prisma más amplio, establece que esta eficiencia es poner en relación fines con medios⁵³⁴, existiendo a su vez una relación entre las entradas/recursos y los productos de las políticas, programas, proyectos, servicios y organizaciones⁵³⁵, añadiendo que tales resultados y/o efectos deseados deben ser con la menor cantidad de recursos posibles⁵³⁶. Por último, uno de los mayores filósofos de la administración del siglo XX, DRUCKER FERDINAND, expresa que este principio se refiere simplemente a hacer las cosas bien⁵³⁷.

Desde un plano jurídico, ALMONACID LAMELAS y MORENO BONILLA indican que “*La eficiencia de la Administración es un derecho*”, y no es simplemente un objetivo sino una obligación de las Administraciones. Cuando una Administración no es eficiente, significa que está restando derechos a los ciudadanos, lo cual implica que se dispondrán menos recursos para financiar sus servicios básicos⁵³⁸.

⁵²⁸ Zapico y Mayne (2000), p.25.

⁵²⁹ Naciones Unidas (2015), p.55.

⁵³⁰ OCDE (2015b), op. cit., pp.162 y 206.

⁵³¹ SIGMA (2013), op. cit. Iniciativa conjunta entre la OCDE y la UE, p.2.

⁵³² Tribunal de Cuentas Europeo (2014b), p .19; y Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD (2008), p.11.

⁵³³ Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.49.

⁵³⁴ AEVAL (2009), op. cit., p.7.

⁵³⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.29.

⁵³⁶ AEVAL (2015), op. cit., p.98.

⁵³⁷ Drucker Ferdinand (1986), p.36.

⁵³⁸ Almonacid y Moreno (2015), op. cit., p.2.

LAZO VITORIA, por su parte, señala que este concepto “*Elude a la correcta y adecuada utilización de los medios para la satisfacción de los intereses generales*”⁵³⁹, considerando DE LA MORENA LÓPEZ que es parte del principio de economía en la contratación, el cual solicita la eficiencia en el manejo de los recursos de las Administraciones, ya que por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar. De igual modo, este último autor añade que este principio busca aminorar los costes de la contratación mediante la utilización de los procedimientos esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios⁵⁴⁰. En esta misma línea, COSCULLUELA MONTANER indica que tal principio -que en la legislación española pasada se denominaba de economía-, es considerado al presente un principio de organización, el cual tiene relación con la suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales⁵⁴¹, agregando por último y como complemento GIMENO FELIÚ, que es también calidad y equidad social en la prestación de un servicio⁵⁴².

Desde un ángulo ahora más presupuestario, PASCUAL GARCÍA afirma que la eficiencia (o economía) se puede definir como alcanzar unos objetivos determinados a un coste mínimo, o también menciona que dado un coste o presupuesto de gasto determinado hacer máximo un objetivo o conjunto de objetivos⁵⁴³, coincidiendo de igual modo FUENTES VEGA et al, quienes sostienen que es comprobar si los objetivos previstos de una actividad se cumplen con un coste razonable⁵⁴⁴.

En lo que respecta a la contratación pública, BAENA DEL ALCÁZAR indica que la gestión de las adquisiciones repercute de forma significativa en el uso eficiente de los fondos estatales y, en términos más generales, en la confianza sobre sus gobiernos y su gobernanza⁵⁴⁵. De este modo, la importancia de esta eficiencia ya ha sido puesta de manifiesto en la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 2, al igual que lo ha manifestado GIMENO FELIÚ⁵⁴⁶, donde se sostiene que la contratación pública debe desempeñar un papel relevante para alcanzar los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020, “*...garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos*”

⁵³⁹ Lazo Vitoria (2008), op. cit., p. 146.

⁵⁴⁰ De la Morena López (2015b), op. cit., p.8. Interesante es mencionar que autores como FUENTES VEGA diferencian entre el concepto de eficiencia y economía, mientras que otros como PASCUAL GARCÍA sostienen que son lo mismo (Fuentes Vega et al, 1999, pp.606-607 y Pascual García, 1999, p.332).

⁵⁴¹ Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.169.

⁵⁴² Gimeno Feliú (2016c), ppt.10.

⁵⁴³ Pascual García (1999), op. cit., p.332.

⁵⁴⁴ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.567.

⁵⁴⁵ Según este autor, la gobernanza alude a la aptitud para decidir sobre los fines públicos y para cumplirlos en un entorno de gran complejidad en el que hay diversos subsistemas sociales interrelacionados. Cada uno con su lógica y su cultura específica (Baena del Alcázar, 2005, op. cit., pp.47-48).

⁵⁴⁶ Gimeno Feliú (2014b), op. cit., p.16.

públicos”⁵⁴⁷. Advirtiendo asimismo en su Considerando 80, que para ganar tal eficiencia y hacer más rápidos los procedimientos de contratación, los plazos para participar en los concursos deben mantenerse tan breves como sea posible, sin crear obstáculos indebidos al acceso de los operadores económicos de todo el mercado interior, y en particular de las PYMES.

De hecho, la misma Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre el resultado del Foro del Mercado Único ya antes mencionada, sostenía que debe mejorarse la participación de las PYMES en la adjudicación de contratos públicos, y de que los procedimientos de contratación deben ser menos complicados, onerosos y más abiertos a ellas (eficientes), poniendo de relieve la necesidad de aplicar con más frecuencia el principio de “oferta económicamente más ventajosa”, en lugar del “ precio más barato”⁵⁴⁸.

Resulta por tanto, que la política de la UE resalta la transcendencia de los objetivos de la contratación, garantizando la utilización eficiente de los fondos gubernamentales, y a su vez la mejora operacional en la eficiencia del gasto⁵⁴⁹. Esta utilización de fondos, de acuerdo a BALLART y RAMIÓ, hace referencia a la relación entre la actividad administrativa y los recursos usados, debiendo la Administración intentar reducir al máximo estos recursos⁵⁵⁰, pero sin dejar de olvidar cumplir su objetivo en términos de eficacia. En síntesis, y como termina afirmando la Comisión Europea, la contratación pública tiene un enorme impacto en las economías nacionales y, por lo tanto, cada pequeña mejora de su eficiencia generará enormes ganancias⁵⁵¹.

Entorno a España, este concepto está consagrado en el artículo 31.2 de su CE, estando también destacado en: artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en el cual se indica que se deberá actuar con “*Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*”; además de ser exigido en su artículo 1 de la reciente aprobada LCSP 9/2017, mencionando así también su artículo 28.2, respecto de la necesidad e idoneidad del contrato y la eficiencia que debe adoptar la contratación, explicitando que “*Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública...*”. Por último, a este respecto citamos una de las propuestas

⁵⁴⁷ Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. 26 de febrero de 2014. Diario Oficial de la UE. Considerando 2.

⁵⁴⁸ Ver Resolución en Parlamento Europeo, recuperado el 22 de febrero de 2018 en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0543+0+DOC+XML+V0//ES>

⁵⁴⁹ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit.

⁵⁵⁰ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.534.

⁵⁵¹ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.10.

señaladas por la “Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas”, la cual manifiesta que *“Las administraciones públicas han de gestionar de manera eficiente y responsable los recursos que les son confiados por la ciudadanía”*⁵⁵².

No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, y pese a la existencia de variada normativa y directrices legales que exigen este principio, GIMENO FELIÚ concluye que la gestión de la contratación pública actual en el país no resulta eficiente, es decir, no se optimizan los recursos públicos. Así también lo ha puesto de relieve la CNMC, quien cifra en 47.000 millones de euros a la “ineficiencia” del modelo de contratación pública español. Argumentando además que una parte de esta ineficiencia encuentra su explicación en conductas patológicas, es decir, en corrupción; y en las restantes, en la aplicación burocrática de los procedimientos, con ausencia de reflexión práctica sobre sus consecuencias desde la perspectiva de la eficiencia de la decisión adoptada⁵⁵³.

Es por lo anterior, que este mismo organismo nacional advierte que en la Administración española uno de los graves efectos de la corrupción, es la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos, y que por ello, *“Nuestro sistema de contratación pública requiere simultáneamente una evaluación interna y externa del grado de cumplimiento de la eficiencia económica”*⁵⁵⁴, debiendo autoimponerse una contratación cada vez más transparente, pro competitiva y económicamente eficiente⁵⁵⁵. Asimismo, y en adición a ello, la Comisión Europea ha indicado además que una mayor coordinación y cooperación entre Comunidades Autónomas, podría no sólo reducir la incertidumbre entre los profesionales de esta materia, sino también, mejorar la eficiencia del sistema en su conjunto⁵⁵⁶, principios que ya recoge el artículo 3.1 de la LRJSP, indicando que las Administraciones en España deberán actuar con *“Cooperación, colaboración y coordinación...”*.

De este mismo modo, y hacia el ámbito de la Administración Local, BERNAL BLAY manifiesta que esta eficiencia en el sector pasa necesariamente por la simplificación de los procedimientos de contratación, argumentando que *“Resulta imprescindible la eliminación de trámites que no aporten un valor añadido al procedimiento y no hagan sino retrasar el mismo y generar costes innecesarios para las empresas y para las entidades adjudicadoras”*⁵⁵⁷. En sintonía con este autor, ya el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos” en España al año 2000,

⁵⁵² AEVAL (2009), op. cit., p.7.

⁵⁵³ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., pp.8-9; y Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.20.

⁵⁵⁴ CNMC (2015), op. cit., p. 6 y 14. Según la información y la experiencia de la CNMC, los órganos de contratación no realizan, sino muy marginalmente, evaluaciones en términos de eficiencia económica del conjunto de decisiones que toman a lo largo del proceso de aprovisionamiento público.

⁵⁵⁵ Ibid, p.4.

⁵⁵⁶ Comisión Europea (2015a), op. cit., pp.121-123.

⁵⁵⁷ Bernal Blay (2013), op. cit., p.66.

sostenía que la Administración debía mejorar la regulación y simplificación de los procedimientos del aparato público, en donde el ordenamiento jurídico debía de estar en consonancia con los problemas y expectativas de ciudadanos y usuarios⁵⁵⁸.

Por todo lo mencionado, podemos darnos cuenta entonces que la eficiencia además de afectar a lo económico, incide posteriormente en lo social, y por ende, debe buscar alcanzar ambos fines. Ya GIMENO FELIÚ planteaba esta idea, expresando que *“La eficiencia económica en la contratación pública es un paradigma ineludible, pero debe conciliarse con un modelo de eficiencia social”*⁵⁵⁹, argumentando que este principio debería *“Valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”*⁵⁶⁰.

Esta eficiencia social abarca muchos elementos, relacionándose regularmente con el concepto de “impacto social”. Aunque su objetivo es darle una perspectiva distinta al solo hecho economicista y de precios en las compras, es un tanto difícil poder determinar al día de hoy en materia de contratos que decisión pública nos entrega una mayor o menor eficiencia social, ya que en esta materia intervienen muchos factores de los cuales varios sólo son medibles luego de un tiempo. Sabemos que lo social es bueno; pero comprobar esto muchas veces no es fácil, usando normalmente más percepciones que datos sólidos y/o análisis profesionales, además de basarnos habitualmente en criterios políticos por sobre los técnicos.

B. Contratación pública eficaz o efectiva

Por lo que respecta al concepto de eficacia o efectividad, debemos mencionar que este es un principio complementario al anterior, señalando las Naciones Unidas que se refiere esencialmente a la consecución o logro de objetivos⁵⁶¹. Para BALLART y RAMIÓ, esta eficacia significa alcanzar los resultados e impactos previstos en relación con los problemas reales⁵⁶², agregando la FEMP y AEVAL que tales resultados a lograr deben ser contrastados con sus actividades planificadas o programadas⁵⁶³. Es decir, según ZAPICO y MAYNE, son *“Resultados obtenidos en comparación con los previstos”*⁵⁶⁴. Así, y en este mismo sentido, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), expresa que es la consecución de los objetivos, metas y estándares,

⁵⁵⁸ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., pp.76.

⁵⁵⁹ Gimeno Feliú (2016b).

⁵⁶⁰ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.7.

⁵⁶¹ Naciones Unidas (2015), op. cit., p.55.

⁵⁶² Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.534.

⁵⁶³ Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.49; y AEVAL (2016), op. cit., p.29.

⁵⁶⁴ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.25.

resaltando que está orientado a la satisfacción de las necesidades y expectativas del ciudadano⁵⁶⁵, donde para sintetizar lo expuesto DRUCKER FERDINAND manifiesta que es hacer las cosas correctas⁵⁶⁶.

De este modo, y en materia de contratos, este principio se puede definir como aquel que evalúa si el rendimiento obtenido, como una salida de mercancías o servicios adquiridos, cumple con los objetivos planteados⁵⁶⁷. Desde lo jurídico, y en una definición que rescata lo sustantivo de este concepto, LAZO VITORIA manifiesta que la eficacia “*Es un criterio eminentemente cuantitativo, ya que permite conocer el quantum en la realización de unos determinados objetivos, pero no proporcionan información relevante desde la perspectiva del ahorro y buen empleo de los recursos públicos*”⁵⁶⁸. Citando nuevamente a FUENTES VEGA et al, diríamos simplemente que es verificar el cumplimiento de los objetivos previstos en el sistema de adquisición⁵⁶⁹.

La incorporación de la eficacia, al presente, debe insertarse como un imperativo propio en el contexto del Estado social del derecho. Como indica MARTÍN MATEO, el Estado actual no sólo es de derecho, sino también social, y debe preocuparse de las injusticias sociales y de la desigualdad de los ciudadanos⁵⁷⁰. De esta forma, PAREJO ALFONSO coincide que esta eficacia se conecta estrechamente con la proclamación del Estado social, y supone la necesidad de que los poderes públicos atiendan las necesidades de prestación de servicios que manifiestan los ciudadanos⁵⁷¹.

De acuerdo a KELSEN HANS, sobre este concepto existe una relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica, en donde una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. Es decir, la eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez⁵⁷². De tal modo, y si la llevamos al ordenamiento jurídico en materia de contratos, podríamos señalar, por lo tanto, que una norma no será eficaz cuando no se implementa como debería, o atendiendo a las definiciones anteriores, no cumple con sus objetivos preconcebidos⁵⁷³.

⁵⁶⁵ CLAD (2008), op. cit., p.11.

⁵⁶⁶ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.36.

⁵⁶⁷ SIGMA (2013), op. cit., p.2.

⁵⁶⁸ Lazo Vitoria (2008), op. cit., p.146.

⁵⁶⁹ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.567.

⁵⁷⁰ Martín Mateo (1996), op. cit., pp.81-82.

⁵⁷¹ Parejo Alfonso citado por Gamero y Fernández (2016), op. cit., p.93.

⁵⁷² Kelsen Hans (2009), p.32.

⁵⁷³ Ver con mayor detención el concepto de eficacia desde lo jurídico en autores como: Hans Kelsen, Joseph Raz, y Manuel Zorrilla Ruiz,

En la misma línea de este anterior razonamiento, CHIAVENATO IDALBERTO termina agregando que desde la eficacia administrativa, se plantea que para lograr ésta se debe alcanzar una de sus condiciones esenciales: la adaptación al ambiente externo⁵⁷⁴. Por esta razón, sólo nos queda por preguntarnos, ¿Está nuestra contratación pública escuchando lo que ocurre en su entorno para adaptarse a las nuevas necesidades sociales?, y complementario a ello, ¿Se está poniendo foco en lo que realmente le importa a los ciudadanos?

Hacia el continente europeo, la misma Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, le entrega a esta eficacia una significativa relevancia, solicitando que -entre otras cosas-, a través de las autoridades públicas se “*Garantice un uso eficaz de los fondos públicos*”, reconociendo en él “*una auténtica fuerza motriz para la promoción de puestos de trabajo, salarios y condiciones laborales de calidad, así como de igualdad, de capacitación y formación, de promoción de políticas ambientales y de concesión de incentivos para investigación e innovación*”⁵⁷⁵.

Entorno a España, esta eficacia es exigida en su artículo 103 de la Constitución párrafo primero, señalándose entre otros principios, que “*La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia...*”⁵⁷⁶. La misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su exposición de motivos, también indica la significancia de este principio sobre los actos administrativos para la Administración española, destacando que debe ser una prioridad; luego, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, sostiene que la utilización 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*”⁵⁷⁷. Así también, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 3, recoge este principio, señalando que las Administraciones deberán respetar en su actuación, el principio de “*Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados*”.

Sumado a todas estas disposiciones, habría además que resaltar lo indicado en las propuestas que establece la “*Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas*”,

⁵⁷⁴ Chiavenato Idalberto (1999),p.52.

⁵⁷⁵Diario Oficial de la UE. Primera misión 4 y segunda misión 14. Recuperado el 26 de junio de 2017 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:ES>.

⁵⁷⁶ Constitución española de 1978, artículo 103.

⁵⁷⁷Boletín Oficial del Estado (2012). “Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

al año 2009, la cual expresa que *“La administración pública no sólo está legitimada en tanto sirve a la Ley, algo inherente al Estado de Derecho, sino también en la medida que da cumplimiento al mandato constitucional de eficacia de la acción pública, al servicio de la sociedad”*⁵⁷⁸.

Referente a lo presupuestario, hay que mencionar el artículo 2.3, Título I, Disposiciones Comunes, de la Ley General Presupuestaria y normas complementarias, el cual enuncia que el control de eficacia, a ejercer por la Intervención General de la Administración del Estado: *“...comprenderá el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como del cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas, sin que dicho control pueda emitir juicio sobre las decisiones de carácter político”*⁵⁷⁹.

Tal eficacia en la contratación pública, por lo tanto, no sólo busca que se cumplan los objetivos parciales de cada fase del ciclo de compra respectivo, sino que además, exige dejar la visión economicista (referida a preocuparse sólo del precio), y abordar los problemas de cumplimiento de contratos, precisando reglas limpias que garanticen que se cumple el objeto de estos⁵⁸⁰. Asimismo, y como indican LÓPEZ GUERRA et al, este principio debe concretarse en toda la regulación jurídica de la organización y acción de la Administración⁵⁸¹, de lo contrario, COSCULLUELA MONTANER sostiene que el no cumplir esto en el aparato público, debería obligar a los funcionarios respectivos al menos a dimitir o cesar de sus funciones, o en casos más graves, exigirles responsabilidades disciplinarias que procedan, previa al correspondiente expediente sancionador⁵⁸².

A modo de resumen, podríamos expresar entonces que la eficacia nos reclama “qué buscamos lograr”; mientras que la eficiencia nos señala “cómo estamos usando los recursos”. En un ciclo de vida de una compra, la eficacia nos demanda que lo que se requirió en el documento de solicitud o pliegos de condiciones, sea en un 100% igual a lo que se pagó y recibió; la eficiencia, por su parte, nos exige utilizar todos los recursos materiales, humanos y financieros de la forma más óptima posible.

Un aspecto interesante de diferenciar que no podemos dejar de mencionar según SALGUEIRO ANABITARTE, es aquel que posiciona a la eficacia en alcanzar los resultados deseados, los cuales

⁵⁷⁸ AEVAL (2009), op. cit., p.6.

⁵⁷⁹ Ley General Presupuestaria y normas complementarias. Edición actualizada a 30 de junio de 2017, p.370.

⁵⁸⁰ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

⁵⁸¹ López Guerra et al (2003), pp.194.

⁵⁸² Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.169.

vienen definidos en función del cliente o en el caso de la administración pública y su función de compras, en los proveedores y ciudadanía. Mientras que la eficiencia, se asocia con factores internos de la institución que no se relacionan necesariamente con los clientes⁵⁸³.

Hay que esforzarse por cumplir realmente ambos conceptos a la vez, ya que no tiene ningún sentido ser sólo eficaces sin ser eficientes, y viceversa. Qué lógica tiene aplicar una norma sin controlar si ha cumplido su objetivo. Al mismo tiempo, no podemos sólo seguir preocupándonos de los costes y maximizar nuestros recursos cuando realizamos una compra, si luego recibimos un bien que no se ajusta completamente a los fines que dieron origen a esta adquisición. Como sostiene FUENTES VEGA et al reforzando esta idea, “...en la práctica, no puede existir una gestión que los considere aisladamente”⁵⁸⁴(refiriéndose a estos conceptos y algunos más). Por todo lo señalado, la interrogante que finalmente debemos responder al implementar estos dos conceptos en materia de contratos, es ¿Se ha cumplido el objetivo de la compra pública utilizando óptimamente los recursos disponibles?

3. CONTRATACIÓN ORIENTADA A LA INNOVACIÓN O COMPRA PÚBLICA DE INNOVACIÓN

A. Definición y características

Innovar no es sólo aplicar tecnología a un proceso de contratación que no lo tenía, y tampoco adquirir productos, servicios u obras con características especiales o novedosas, sino sobre todo, es cambiar nuestro pensar y búsqueda de nuevas formas de hacer las cosas, comprendiendo que lo que siempre se ha hecho no es que este mal, sino que puede hacerse mejor para quienes demandarán tal servicio. Es de este modo, que este concepto reconoce su importancia internacional basada en encontrar nuevas y superiores maneras de hacer las cosas⁵⁸⁵.

Desde el ámbito organizacional, DRUCKER FERDINAND ha sostenido que hay esencialmente tres tipos de innovación: a) Innovación en producto o servicio, b) Innovación en el mercado, y el comportamiento y los valores de los consumidores; e c) Innovación en las diversas habilidades y actividades necesarias para hacer los productos y servicios, ubicándolos en el

⁵⁸³ Salgueiro Anabitarte (2001), p.24.

⁵⁸⁴ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.605.

⁵⁸⁵ Semple Abby (2015), p.5. Ver distintos autores y “otros tipos de innovación” en Geldes, C., Felzensztein, C. y Palacios, J (2017). “Technological and non-technological innovations, performance and propensity to innovate across industries. The case of an emerging economy. Industrial Marketing Management.

comercio. Podrían llamarse respectivamente: innovación de producto, innovación social e innovación gerencial⁵⁸⁶. Conforme a la OCDE, existen cuatro tipos de innovaciones: de productos, de procesos, en marketing y organizacionales⁵⁸⁷.

Fue J.A. SCHUMPETER quien ya concibió la innovación como un fenómeno inmerso en un proceso de mayor calado, por afectar a la economía global y que calificó como de “destrucción creativa” permanente. Según su definición de innovación (tecnológica), *“Es un proceso de mutación (...) que revoluciona incesantemente la estructura económica desde dentro, destruyendo ininterrumpidamente lo antiguo y creando continuamente elementos nuevos”*⁵⁸⁸.

Tanto la OCDE como la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 2.22, sostienen que una innovación es la implementación de un nuevo o significativamente mejorado producto (insumo o servicio), proceso, un nuevo método de comercialización; o un nuevo método en las prácticas empresariales, lugar de trabajo o relaciones externas⁵⁸⁹.

Acorde advierte la FEMP, una organización que no esté preparada para el cambio, que no sea capaz de innovar y transformarse a tiempo, está condenada al fracaso. Por eso, las grandes empresas que son consideradas de éxito tienen asumida esta condición sistemática como factor clave de su dirección. Asimismo, añade que la innovación no es sólo cosa de laboratorio. Innovar significa utilizar la creatividad de los empleados/as y los conocimientos científicos y tecnológicos para generar y/o introducir procesos que aumenten el valor añadido a los “clientes”. Con la innovación, las empresas consiguen añadir valor a los productos y servicios; crear otros nuevos; introducir modelos de gestión más eficientes, y así, lograr posiciones de ventaja en un medio altamente competitivo⁵⁹⁰.

Hacia el sector público, y de acuerdo a AEVAL, la necesidad de innovar en sus prestaciones en favor de la ciudadanía hace necesario un modelo que permita conjugar factores como la medición, evaluación, aprendizaje y mejora continua, así como también la comunicación interna y externa, la cultura corporativa, la estrategia, la planificación y la gestión de los recursos públicos⁵⁹¹. Como expresa este órgano, la búsqueda de la mejora en el aparato público, proveniente de la innovación, debe traducirse en la apertura a la transformación y la creación de sistemas que fomenten las ideas

⁵⁸⁶ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.79.

⁵⁸⁷ OECD (2005), pp.47-52.

⁵⁸⁸ Schumpeter, J.A., citado por Menguzzato Boulard (2009), p.182.

⁵⁸⁹ OECD (2005), op. cit., p.46.

⁵⁹⁰ Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.8.

⁵⁹¹ AEVAL (2009), op. cit., p.10.

nuevas y maneras creativas para resolver desafíos por venir o ya existentes, dentro y fuera de la administración, pudiendo abarcar siete dimensiones: producto, proceso, servicio, posicionamiento, estratégico, gobernanza, y lingüística⁵⁹².

Por todo esto, y para convertir la teoría en realidad, tal organismo termina destacando que las organizaciones del sector público deben ser capaces de gestionar y adaptarse al cambio⁵⁹³, debiendo para ello soslayar barreras que frenan su aplicación, tales como: débiles factores facilitadores o un marco de condiciones desfavorable, falta de liderazgo para la innovación en todos los niveles, limitado conocimiento y aplicación de procesos y métodos innovadores, y uso insuficientemente preciso y sistemático de la medición y de los datos⁵⁹⁴.

De esta forma, el reto sobre innovación de la Administración puede redefinirse como la capacidad para crear valor, haciendo las cosas de forma diferente e, incluso, haciendo cosas radicalmente nuevas. Una administración pública que pretenda innovar, debe replantear sus procesos y dar lugar a marcos de trabajo propicios, y esto, es algo que tiene mucho que ver con una perspectiva de gestión de calidad, orientada a facilitarle al ciudadano una relación más cómoda, ágil y a aumentar la capacidad de los servicios públicos⁵⁹⁵. De este modo, la noción de gestión de calidad que se aplica al presente, cuyo principal argumento es la “medición de la satisfacción y la mejora continua”, predispone a las organizaciones públicas hacia la innovación y está intrínsecamente ligada a esta, nombrando al respecto la propuesta de Norma Práctica para encuestas de Investigación y Desarrollo Experimental o Manual de Frascati, y el Manual de Oslo, instrumentos que se centran en abordar el concepto de innovación y los criterios de su medición⁵⁹⁶.

En la actualidad, además de exigir a la contratación pública -dentro de sus objetivos operacionales- que sea transparente, eficiente, eficaz, de calidad y competitiva, se le está, por consiguiente, solicitando también que pueda desarrollarse de forma innovadora, adquiriendo para ello insumos con estas características, además de repensar sus propios procesos desde otras perspectivas.

La compra pública orientada a la innovación (CPOI) o compra pública innovadora, se ha discutido en todo el mundo para entender cómo los gobiernos pueden ayudar en el desarrollo de

⁵⁹² AEVAL (2016), op. cit., p.50.

⁵⁹³ Ibid, p.29.

⁵⁹⁴ Ibid, p.50.

⁵⁹⁵ Ruiz López Joaquín y Cuellar Martín Eloy, 2012, citados por mismos autores (2013), p.14.

⁵⁹⁶ Sine Cantorna (2018), p.657.

nuevas tecnologías y promover mayores negocios, investigación, y por extensión, aportar a la economía en un país⁵⁹⁷. Ésta, ha pasado a considerarse también como un factor estratégico, ya que actúa demandando determinadas tecnologías, productos o servicios que estimulan o promueven el mercado⁵⁹⁸, su economía, y en definitiva, propician un bien social.

Conforme señala la “Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación”, en España, esta condición significa *“Desarrollar un producto, servicio o proceso nuevo, o significativamente mejorado, incluyendo -con carácter no limitativo- los procesos de producción o construcción, un nuevo método de comercialización, o una nueva forma de organización de las prácticas empresariales, con el objetivo de solucionar retos sociales”*⁵⁹⁹. De la misma manera, la Guía 2.0 para la compra pública de innovación, de la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía español, añade que *“La compra pública de innovación es una actuación administrativa de fomento de la innovación, orientada a potenciar el desarrollo de soluciones innovadoras desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública”*, contemplando entre sus objetivos: la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores, el fomento de la innovación empresarial, y el impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia⁶⁰⁰.

Por su parte, para ARNÁEZ ARCE, la CPOI es *“Un mecanismo en manos de los poderes públicos, que tiene por objeto o finalidad el impulso y la incentivación del desarrollo e incorporación de tecnología innovadora en los bienes y productos que se adquieren y utilizan para la prestación y gestión de los servicios públicos”*⁶⁰¹. Este autor, plantea que la necesidad de transformación de las Administraciones, bajo nuevas fórmulas e instrumentos que garanticen la integración de conocimientos técnicos junto con las destrezas y habilidades materiales, es imprescindible para satisfacer el objetivo final de una gestión pública óptima. Añadiendo que debe ponerse de manifiesto la incorporación específica de criterios de eficiencia y publicidad en materia de contratos públicos, así como el impulso a la colaboración entre el sector público y privado. Terminando por destacar sobre la nueva regulación de la contratación pública, su expresa referencia

⁵⁹⁷ Vonortas et al (2011), op. cit., p.2.

⁵⁹⁸ Informe Fraunhofer, 2005, citado por Vonortas et al (2011), op. cit., p.2.

⁵⁹⁹ Semple Abby (2015), op. cit., p.5.

⁶⁰⁰ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía (2015), p.8.

⁶⁰¹ Arnáez Arce (2012), op. cit., pp.19-20.

a la necesidad de adoptar medidas específicas para impulsar la denominada compra pública innovadora⁶⁰².

Para MURILLO JASO, la CPOI no es una nueva forma de contratar sin más, sino que “*Es una política pública dirigida a la búsqueda de nuevas soluciones y a adquirir bienes con prestaciones que no existen en el mercado*”⁶⁰³. Adicionando en este mismo sentido LÓPEZ MIÑO, que es una “*Plasmación de la voluntad de los poderes públicos de orientar el sistema productivo a sectores I+D+I, aprovechando para ello la potencia de fuego de la contratación pública e impresionante participación en la riqueza nacional*”⁶⁰⁴.

Esta CPOI, por tal razón, podemos traducirla como la búsqueda de soluciones innovadoras, lo cual significa un nuevo producto o proceso, la prestación de un nuevo servicio, o la forma en que se lleva a cabo el proceso de contratación. Tal actividad, abarca la investigación y desarrollo (I+D) y sus fases posteriores⁶⁰⁵, indicando la Comisión Europea que podemos enfocarnos tanto en los resultados de la innovación, así como a formas innovadoras de compra⁶⁰⁶. En tal sentido, SINDE CANTORNA ha argumentado que ni toda la innovación requiere I+D, ni siempre debe ser tecnológica, sino debe tenerse muy presente que tanto los procesos y la forma en que se prestan los servicios públicos tienen mucho margen para innovar⁶⁰⁷.

De esta manera, la CPOI se ha asociado con casos en los cuales organismos públicos realizan una compra de un suministro, servicio o sistema que no existe en el momento, pero que podría desarrollarse en un plazo razonable; es decir, que requiere un trabajo innovador para satisfacer la demanda del comprador⁶⁰⁸. Tal tarea, puede ser realizada por una empresa externa⁶⁰⁹ o por la misma

⁶⁰² Ibid, pp. 18-19.

⁶⁰³ Murillo Jaso (2013), op. cit., p.6.

⁶⁰⁴ López Miño (2013), p.215.

⁶⁰⁵ Fases tales como: la preproducción, la producción, la distribución, la formación, la preparación del mercado, y los nuevos métodos de organización o de marketing (Políticas de Innovación en la Contratación Pública, WATER PIPP, 2015, “Guía para la aplicación de procedimientos de compra pública orientada a la innovación”. Estudio financiado por la Comisión Europea. España, p.4). Ver distintos autores y “otros tipos de innovación” en Geldes, C., Felzensztein, C. y Palacios, J (2017). “Technological and non-technological innovations, performance and propensity to innovate across industries. The case of an emerging economy. Industrial Marketing Management.

⁶⁰⁶ Comisión Europea (2017b).

⁶⁰⁷ Sinde Cantorna (2018), op. cit., pp.657-658.

⁶⁰⁸ Utarra et al (2014), op. cit., p.632; y Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía (2015), op. cit., p.38

⁶⁰⁹ Por el lado de la empresa externa, innovar es solicitar a una empresa una solución frente a un problema, y no necesariamente describirle el producto servicio que necesita. Es la empresa que debe “innovar” y ofrecer una solución nueva al problema respectivo. Sin embargo, es la administración pública quien debe primero entender muy bien el problema, y plasmarlo claramente como insumo para una solución innovadora (Unión Europea, 2011a, op. cit., p.9).

Administración, no olvidando siempre basarse en el uso de nuevas ideas⁶¹⁰, además de comprender que para que esta se considere como tal, necesita ponerse en práctica y estar introducida en el mercado⁶¹¹.

Así, conviene insistir en que la incorporación de nuevas ideas debe generarse a través de una inversión focalizada en un cambio de mentalidad en los funcionarios públicos, y como toda inversión, debe asimismo realizarse antes de ejecutar cualquier proyecto. En palabras de MURILLO JASO, “*Estamos ante unas posibilidades muy interesantes de que el sector público potencie la innovación. Estas posibilidades, todavía no suficientemente exploradas, van a suponer un notable cambio de mentalidad...*”⁶¹².

B. Importancia y tendencia

La adquisición de suministros, servicios y obras innovadoras desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los órganos públicos, respondiendo al mismo tiempo a desafíos fundamentales de una sociedad como la hoy demandada⁶¹³. De este modo, tal concepto ha pasado a ser otra meta más de las directivas de contratación europeas, precisamente en aquellas de 4ª generación promulgadas al año 2014, evidenciándose parte de lo expuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en su Considerando 47, la cual ha sostenido la importancia de este elemento en la contratación pública argumentando que:

“La investigación y la innovación, incluidas la innovación ecológica y la innovación social, se encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación”.

De igual manera, destacamos su Considerando 95, el cual manifiesta que el aprovisionamiento público es crucial para impulsar la innovación en las Administraciones, siendo a la vez un aspecto de gran relevancia para el futuro de Europa. Tales preceptos normativos -que buscan fomentar la

⁶¹⁰ Wehrh et al (2012), p.614. Un ejemplo de estas nuevas ideas lo podemos apreciar en uno de los últimos premios a la innovación otorgado por la RICG, que en esta ocasión recalcó en Chile, quien por medio de Chilecompra, adoptó una política de datos abiertos disponiendo la información de las licitaciones públicas de manera transparente, pertinente y con mayor acceso. En el año 2009 partió con el sitio Analiza para facilitar el uso de los datos de las compras públicas, al año 2012 sumó el Observatorio para monitorear las contrataciones, y al 2014 la API de Mercado Público que permitió desarrollar aplicaciones innovadoras con la información de las compras públicas (Página web ricg.org. Recuperado el 23 de Junio de 2016).

⁶¹¹ OCDE (2015b), op. cit., p.138.

⁶¹² Murillo Jaso (2013), op. cit., p.6.

⁶¹³ Ibid.

innovación a través de la CPOI-, permiten recurrir al diálogo competitivo, a la asociación para la innovación⁶¹⁴ y al procedimiento de licitación con negociación, así como al procedimiento abierto⁶¹⁵, agregando tanto GIMENO FELIÚ como ARNÁEZ ARCE, que además de adquirir las Administraciones productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, la estrategia de CPOI se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada contratación pre comercial⁶¹⁶.

Tanto GIMENO FELIÚ et al como F. GÓMEZ et al, sostienen que este concepto tiene su origen en el seno de la Comisión Europea, consistiendo en la incorporación o aplicación de prácticas de innovación en los productos y servicios que adquieren las Administraciones y entidades del sector público⁶¹⁷. F. GÓMEZ et al además, expresan que la innovación debe reforzar, a mediano y largo plazo, la capacidad innovadora de la UE mejorando la calidad y eficiencia de las instituciones, buscando alcanzar un triple objetivo: mejorar el funcionamiento de los servicios públicos a través de insumos innovadores, fomentar la innovación empresarial, y finalmente, impulsar la internalización de la innovación utilizando el mercado público. Un aspecto relevante que destacan estos últimos autores, es que tanto la compra pública pre comercial⁶¹⁸ o aquella de tecnología innovadora, *“Exigen la previa revisión y adaptación del marco jurídico y normativo vigente y de la regulación de los procedimientos específicos para su implementación...”*⁶¹⁹.

⁶¹⁴ La Directiva 2014/24 considera a la asociación para la innovación como un procedimiento de contratación específico, accesible a los poderes adjudicadores “cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes”.

⁶¹⁵ Políticas de Innovación en la Contratación Pública, WATER PIPP (2015). “Guía para la aplicación de procedimientos de compra pública orientada a la innovación”. Estudio financiado por la Comisión Europea. España, p.5. Con respecto al diálogo competitivo, la misma Directiva en su Considerando 42 ha señalado que este recurso “...Ha demostrado ser útil en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en los proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o los proyectos informáticos de gran tamaño que requieran financiación compleja y estructurada”. Sin embargo, esta Directiva también ha advertido que “Por lo que respecta a los servicios o suministros disponibles en el mercado que pueden ser proporcionados por distintos operadores económicos, no debe utilizarse el procedimiento de licitación con negociación ni el diálogo competitivo”.

Luego en su Considerando 45, sostiene que el procedimiento de licitación con negociación debe poder utilizarse también en los casos en que un procedimiento abierto o restringido haya conducido exclusivamente a ofertas irregulares o inaceptables. En tales casos, los poderes adjudicadores deben poder llevar a cabo negociaciones con objeto de conseguir ofertas normales y aceptables. Este procedimiento debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

⁶¹⁶ Arnáez Arce (2012), op. cit., pp.19-20.

⁶¹⁷ Gómez F et al (2012), p.194; y Gimeno Feliú et al (2015), p.307.

⁶¹⁸ La contratación pre comercial es aquella perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta (Arnáez Arce, 2012, pp. 21-22; y Gimeno Feliú, 2014a, op. cit., pp. 63-64). También definida en AEVAL (2016), op. cit., p.158.

⁶¹⁹ Gómez F et al (2012), op. cit., pp.195-196.

Hacia Europa, y con carácter general, se gasta en innovación actualmente menos que los EE.UU, Japón y muchos otros países. Se ha estimado que incrementando la inversión en investigación y desarrollo (I+D) hasta el 3% del PIB en 2020, se podrían crear 3,7 millones de empleos e incrementar el PIB en 795.000 millones de euros al año hacia el 2025⁶²⁰. De este modo, la OCDE ha reconocido por medio de un número creciente de académicos y responsables políticos, que mediante la compra de productos y soluciones innovadoras por parte del sector público no sólo se pueden prestar servicios más eficaces y eficientes, sino también, influir en las actividades de innovación de las empresas privadas⁶²¹, promoviendo con ello una demanda de esta materia que producirá mayor trabajo y dinamismo en la economía⁶²². En tal región, la investigación y la innovación -incluidas la innovación ecológica y la innovación social-, se encuentran entre los principales motores de crecimiento, siendo parte importante de su plan de desarrollo presente y futuro.

De igual forma, y siguiendo en este territorio, también hay que decir que esta contratación de innovación no se está desarrollando a gran escala, debido entre otras cosas, a: carencia de incentivos, o los existentes son inadecuados para la compra de soluciones innovadoras a una nueva empresa; hay problemas de percepción, conocimiento, experiencia y capacitación en relación con las nuevas tecnologías y desarrollos comerciales; la contratación pública es tratada habitualmente como una cuestión puramente financiera y administrativa; los mercados en materia de contratos están más fragmentados en Europa que en otros lugares, haciendo más difícil alcanzar la masa crítica necesaria y limitando las oportunidades para favorecer soluciones más estandarizadas o interoperables; y por último, hay dificultades específicas para que las PYMES innovadoras participen en contratos públicos como contratistas principales⁶²³.

Para hacer frente a tal escenario, la Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía, en España, ha señalado que *“Los beneficios de la compra pública de innovación únicamente se alcanzan con una elevada concurrencia de operadores económicos a los procedimientos. Y para ello, resulta necesario reforzar los mecanismos de*

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Urtarré et al (2014), p.632.

⁶²² En una encuesta de este organismo al año 2015, la gran mayoría de los países que conforman este grupo utiliza la contratación pública como una herramienta para implementar políticas o estrategias de fomento a objetivos secundarios tales como la innovación. De hecho, 30 de ellos (94 %), incluyendo Chile, Alemania y Japón, han desarrollado estrategias o políticas de apoyo a la contratación pública ecológica, PYMES y/o bienes y servicios innovadores. Sólo dos países de este conglomerado -Estonia y la República Eslovaca- no han nunca desarrollado una estrategia al respecto (OCDE, 2015b, op. cit., p.138).

⁶²³ Semple Abby (2015), op. cit., p.8.

*publicidad y de efectiva transparencia*⁶²⁴. De igual forma, GIMENO FELIÚ ha indicado que el éxito de esta innovación “...requiere que los compradores públicos actúen como clientes con visión estratégica y planifiquen lo que van a necesitar comprar y cómo comprarlo”, argumentando a ello que uno de los primeros pasos sería identificar qué sectores o ámbitos de actuación son los más apropiados o en los que resulta factible impulsar un procedimiento encaminado a la compra de innovación⁶²⁵.

Asimismo, este autor ha sostenido que para conseguir los objetivos de hacer de la compra pública de innovación una estrategia práctica, será necesario mejorar la preparación de los técnicos de las unidades de contratación para que puedan demandar al mercado soluciones tecnológicas adecuadas a sus necesidades, como de igual forma “*Romper con la idea de siempre se ha hecho así y evitar la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión administrativa de la contratación pública*”. Agregando por último que entre algunas buenas prácticas en esta materia, se debería: a) Mejorar los pliegos de prescripciones técnicas (necesidades funcionales) de las licitaciones con el fin de facilitar la participación de las empresas innovadoras en los procedimientos de adjudicación de compra pública de innovación, b) Explorar posibilidades de compra conjunta/agregada: se limitan los riesgos del sector privado, c) Impulsar y analizar la difusión de buenas prácticas de compra de innovación en el sector público, d) Comunicar al mercado los planes de compra a largo plazo con antelación, para dar tiempo al mismo de reaccionar y desarrollar soluciones innovadoras que responden a la necesidad definida, y e) Identificar las soluciones innovadoras disponibles en el mercado consultando a potenciales proveedores siempre que se respete la transparencia y no se impida la competencia⁶²⁶.

C. Realidad sucinta del contexto español

En lo referente al marco jurídico que sustenta este concepto en nuestra materia de estudio, debemos mencionar que se basa principalmente en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible; la Ley

⁶²⁴ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía (2015), op. cit., p.19.

⁶²⁵ Gimeno Feliú (2018b), p.15.

⁶²⁶ Ibid, pp.23-25. Sobre el resto de buenas prácticas al respecto, podemos añadir: Identificar y planificar los riesgos, ya que son inherentes en la compra de soluciones de innovación y es muy importante valorar su potencial impacto en el proyecto; Decidir el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista (hay que estimular la participación empresarial); Determinar el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial que habitualmente se plantean cuando se desarrollan productos innovadores; Incluir en el contrato incentivos por soluciones innovadoras adicionales; Diseño de un régimen de gestión del contrato planificado e incluido en los Pliegos de Prescripciones Funcionales que se publican en la convocatoria de licitación, de manera que las partes conozcan claramente sus respectivas obligaciones; Realizar un seguimiento y aprender de su aplicación: ello puede ayudar a apoyar futuras innovaciones; Establecer procedimientos de evaluación para mejorar los conocimientos de innovación en los procedimientos de compra pública; y finalmente, valorar los sistemas de arbitraje en cuestiones de ejecución.

14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; y la nueva LCSP 9/2017, de 8 de noviembre, la cual destaca en su Subsección 6ª, procedimiento de asociación para la innovación, la vía de llevar a cabo este concepto (en la anterior Ley de Contratos, la innovación fue destacada en los artículos 4.1.r y q; 11.1.c; 22.2; 136.i; y la Disposición adicional vigésima quinta, 4.c y g).

Así, tanto ARNÁEZ ARCE como LÓPEZ MIÑO, sostienen que la CPOI no posee un ordenamiento jurídico específico en el territorio, por ello, podría tramitarse por cualquiera de los procedimientos de adjudicación vigentes en la ley de compras actual (LCSP)⁶²⁷, sin embargo, manifiestan también que el diálogo competitivo -así como además lo indica la Directiva 2014/24/UE- es el procedimiento idóneo para su implementación⁶²⁸. Según ARNÁEZ ARCE, existe en el ordenamiento jurídico español dos tipos de instrumentos para la formalización jurídica o materialización de la compra pública de tecnología innovadora (CPTI): los procedimientos de contratación ordinarios y los contratos de colaboración público-privado⁶²⁹.

Con carácter general, la productividad en España según la Comisión Europea al año 2018, ha dado los primeros pasos para mejorar la gobernanza de su sistema de investigación e innovación⁶³⁰, debiendo precisar que aunque en los últimos 10 años el número de publicaciones científicas de las universidades españolas prácticamente se ha duplicado, y existen a la fecha 11 centros españoles dentro del ranking de las 100 universidades más innovadoras de Europa⁶³¹, la realidad operativa en esta materia no presenta un buen diagnóstico. Según un artículo del Diario el País a noviembre de 2016:

“España es el único país de toda la UE, junto con Portugal, que acumula cuatro años de caída en el gasto público de I+D (-15%) y seis en el gasto privado (-16%) [...]. Además de la falta de inversión, la ciencia y la innovación españolas están ahogadas en una interminable burocracia, en la complejidad de un sistema que no ofrece condiciones competitivas para los investigadores y las empresas extranjeras, y en una opacidad y una inestabilidad que lastran la carrera de los más jóvenes”⁶³².

⁶²⁷ Arnáez Arce (2012), op. cit., pp.26-31; y López Miño (2013), op. cit., pp.213-238.

⁶²⁸ Políticas de Innovación en la Contratación Pública, WATER PIPP (2015). “Guía para la aplicación de procedimientos de compra pública orientada a la innovación”. Estudio financiado por la Comisión Europea. España, p.5.

⁶²⁹ Arnáez Arce (2012), op. cit., pp.26-31; y López Miño (2013), op. cit., pp.213-238.

⁶³⁰ Comisión Europea (2018), op. cit., p.18.

⁶³¹ Artículo Diario el país “Razones por las que España es el cuarto país de Europa en innovación universitaria” de fecha 20 de julio de 2017. Recuperado el 15 de agosto de 2017 en https://economia.elpais.com/economia/2017/07/17/actualidad/1500279975_143774.html

⁶³² Artículo Diario el país de fecha 22 de noviembre de 2016. Recuperado el 24 de julio de 2017 en https://politica.elpais.com/politica/2016/11/22/actualidad/1479808969_014642.html. Asimismo, en este artículo se presentan cuatro propuestas para mejorar esta situación: más presupuesto público y privado; menos burocracia, más transparencia; una educación innovadora para generar innovadores; y la innovación en el corazón del sistema: compra pública innovadora.

Esta situación, y particularmente la vivida por la contratación pública que está en una etapa de inicio en la implantación de este nuevo concepto, sólo podrá ser cambiada con una voluntad política en todos los niveles de la Administración, y a la vez, haciendo frente a dos grandes obstáculos:

Por un lado, está la presión política y de algunos gobiernos locales y autónomos por avanzar rápidamente en esta materia, llevando a que muchas Administraciones se aventuren a correr primero antes que caminar, es decir, pongan primeramente sus esfuerzos y recursos en alcanzar objetivos de innovación, cuando previamente no han resuelto problemas elementales y permanentes de formación, incentivos para la innovación, gestionar el cambio a este nuevo estado, y creación de liderazgos al interior de las instituciones para implementar este nuevo enfoque.

Asimismo, hay que añadir que el sistema de contratación pública español no cuenta con una base de datos y/o sistemas de información integrales sobre contratos públicos que permitan saber, por ejemplo, ¿Qué productos, servicios u obras innovadoras se han estado comprando? ¿Qué disfunciones han tenido este tipo de compras en las instituciones?, y aún más importante ¿En qué áreas, sistemas o procesos internos en materia de contratación pública debemos priorizar esta innovación?

Dicho de otro modo, ¿Cómo podemos pretender implantar innovación en nuestro proceso de contratación buscando nuevas ideas y formas de realizar el trabajo, si todavía no podemos operar nuestro sistema de adquisiciones de manera óptima? No se trata de restar importancia a este trabajo que sabemos con creces entrega muchos beneficios, sino comprender, que la innovación como está definida, se basa en “nuevas ideas y un cambio de mentalidad”, objetivos que no se han visto como una priorización operativa en las últimas guías, disposiciones, instructivos y demás documentos gubernamentales desarrollados en el país a la fecha.

De igual manera, ¿Qué insumos innovadores podremos solicitarles al sector privado sino tenemos una educación suficiente sobre qué y cómo deseamos que sea tal innovación? Es claro que los gestores en materia de contratos públicos no pueden saber todos los productos y/o servicios de este tipo existentes en el mercado, no obstante, si pueden informarse y capacitarse sobre los principios fundamentales que sustentan este enfoque, además de tener una comunicación clara y directa con las empresas, de manera de no dejar que habitualmente el proveedor termine por definir esta innovación.

En consecuencia, si es desde la Administración de dónde se proveen los recursos económicos para una adquisición pública, es ésta quien debe establecer las pautas y lineamientos de la innovación que se requiere. Se solicita que la contratación pública innove; y no que sólo compre innovación. Debemos aumentar la demanda pública de este concepto a través de incentivos, como lo está haciendo, por ejemplo, Estados Unidos y su formación continua y logro de metas en este tema⁶³³. Así, y en síntesis, uno de nuestros primeros pasos para avanzar en esta materia debe ser crear “*Una educación innovadora para generar innovadores*”⁶³⁴. Como destaca un artículo publicado por el Diario el País a julio del año 2017, “*La innovación va de personas*”, siendo el punto más crítico de este concepto, y por ello, necesita un plan de educación eficaz al respecto⁶³⁵.

Luego, y como segundo gran obstáculo, debemos hacer frente a las resistencias propias de una cultura pública que no está acostumbrada a transformaciones, y aún más, cuando la contratación pública vigente presenta disfunciones legales, de eficiencia y eficacia, transparencia, y competitividad, entre otras, que hacen de la innovación para muchas Administraciones, una meta bastante difícil de alcanzar.

A esto último, además hay que sumarle el miedo del aparato público a contactarse con las empresas para averiguar y/o cotizar acerca de algún requerimiento con características innovadoras, asumiendo erróneamente que está transgrediendo la normativa de contratos vigente, e incurriendo en una falta significativa. De hecho, la “Guía 2.0 para la compra pública de innovación” recomienda potenciar el diálogo técnico con el mercado, el cual puede ser un instrumento efectivo para la preparación de procedimientos de licitación cuando la entidad contratante carece de la experiencia o conocimientos en el campo de las tecnologías innovadoras. El diálogo con el mercado, parte de las necesidades que pretende satisfacer la entidad contratante, las cuales deben haber sido identificadas con carácter previo. Una vez concluido, este contacto revelará si esas necesidades pueden ser satisfechas, y si existen suficientes proveedores para una competencia efectiva, impulsándose a partir de entonces el procedimiento de licitación pertinente⁶³⁶. En este mismo sentido, AEVAL recomienda facilitar la comunicación entre los proveedores, lo cual se puede realizar a través de talleres de

⁶³³ Artículo Diario el país “La innovación también se compra” de fecha 6 de julio de 2017. Recuperado el 15 de agosto de 2017 en https://elpais.com/elpais/2017/07/04/ciencia/1499167748_832573.html

⁶³⁴ Reflexión obtenida desde artículo Diario el país de fecha 22 de noviembre de 2016. Recuperado el 24 de julio de 2017 en https://politica.elpais.com/politica/2016/11/22/actualidad/1479808969_014642.html.

⁶³⁵ Artículo Diario el país “La innovación española reclama su sitio en la empresa” de fecha 9 de julio de 2017. Recuperado el 15 de agosto de 2017 en https://economia.elpais.com/economia/2017/07/07/actualidad/1499420909_065370.html

⁶³⁶ Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía (2015), op. cit., pp.20-21 y 27.

consulta, visitas in situ, y la publicación de un directorio de empresas que han manifestado interés en este tema⁶³⁷.

Disminuir tanto las barreras como los miedos, debería comenzar en consecuencia, primero por comunicar “efectivamente” al interior de las Administraciones lo que conlleva este nuevo proceso, señalando tanto sus beneficios directos y ventajas, como el esfuerzo y trabajo específico que se espera de cada funcionario al respecto. Asimismo, se deberían crear liderazgos internos por departamentos o áreas estratégicas que informen y persuadan sobre la importancia de practicar esta innovación. Finalmente, sería necesario crear algunos incentivos mínimos dirigidos a quienes compran, como a su equipo de trabajo, con la finalidad de garantizar una motivación constante en la búsqueda soluciones innovadoras. Informar, capacitar, incentivar y proveer de liderazgo a quienes implementarán la innovación, debiese ser el primer paso antes de demandarla en los sistemas de aprovisionamiento público⁶³⁸; medir su resultado y usar esta información para tomar mejores decisiones y avanzar, debiese ser lo segundo.

En complemento a ello, debemos además advertir que el principal reto que conlleva esta innovación -además de como indica la Comisión Europea que necesita mejorarse e impulsar la competitividad⁶³⁹- es diseñar las condiciones y el clima para que la creatividad aflore sobre la cultura organizacional. La innovación puede introducirse en las instituciones si se anima y se habilita a los funcionarios para actuar como “emprendedores” del sector público, dejando de tener miedo a la normativa que los rige y entendiéndola como una aliada. El propósito debe ser crear una atmósfera en la que se acepta, y se espera que los servidores públicos puedan pensar imaginativa y radicalmente acerca de las soluciones sobre las materias en cuestión, y de este modo, proponer internamente sus ideas sin inhibiciones⁶⁴⁰.

En base a este anterior razonamiento, la clave está en “caminar antes de correr”, entendiendo que los obstáculos expuestos deben ser resueltos, y que la innovación la hacen los funcionarios públicos y no sólo las normativas, tecnologías o sistemas. Este proceso no es de corto plazo, sobre

⁶³⁷ AEVAL (2016), op. cit., p.158.

⁶³⁸ Algunas acciones informativas al respecto en el país las podemos ver al 28 de octubre del 2011 donde la junta consultiva de contratación administrativa (JCCA) del Ministerio de Economía y Hacienda informó favorablemente “La guía de la compra pública innovadora” dirigida a las administraciones públicas y demás organismos del sector público. Luego, al 30 de diciembre de 2015 la Dirección General de Innovación y Competitividad del MINECO finalizó la actualización de esta guía “Guía 2.0 para la compra pública de innovación” (Ver mayor detalle en página web del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Recuperado el 6 de junio de 2017 en <http://www.idi.mineco.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.7eeac5cd345b4f34f09dfd1001432ea0/?vgnextoid=281c12c94d364410VgnVCM1000001d04140aRCRD>).

⁶³⁹ Comisión Europea (2018), op. cit., p.26.

⁶⁴⁰ AEVAL (2016), op. cit., pp.50-51.

todo en las Administraciones poco profesionales y mayormente politizadas. De este modo, el foco de los esfuerzos actuales no puede pretender conseguir resultados exitosos que trasciendan en el tiempo con exigencias innovadoras corto placistas y populistas⁶⁴¹.

Así, tal innovación caracterizada debe ser parte de una política de Estado permanente, y no de prerrogativas de Administraciones Locales o Autónomas que sólo quieran hacerlo. Está bien que exijamos jurídicamente innovar, pero este proceso debe ser a la vez acompañado de una priorización de recursos, participación, coordinación y evaluación. De igual manera, debe materializarse a través de una colaboración público-privado que en la actualidad está ya exigida por la “Carta de compromisos con la calidad” para las administraciones públicas, la cual expresa que las Administraciones *“Promoverán alianzas con el sector privado para la ejecución de aquellos cometidos que puedan redundar en un mejor servicios a la ciudadanía...”*⁶⁴². No obstante, sobre este punto hay que decir que este cometido debe matizarse y regularse estableciendo obligaciones y límites jurídicos manifiestos, debiendo definir claramente el rol del sector público y el que le compete al sector privado.

Por último, hay que insistir en la recomendación realizada por el Consejo de Compras Públicas de la OCDE, la cual alienta a los países miembros a utilizar tecnologías digitales para apoyar la innovación, sobre todo en los procesos actuales que utilizan la contratación pública electrónica durante todo el ciclo de adquisiciones⁶⁴³.

⁶⁴¹ Me remito a mi breve artículo sobre “Innovación en la contratación pública: primero caminar, luego correr”, El Consultor Contratación Administrativa, 8 de Septiembre de 2017, Editorial LA LEY.

⁶⁴² AEVAL (2009), op. cit., p.9.

⁶⁴³ OECD (2015c), op. cit., p.22.

V. CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA COMO MEJORAMIENTO INTEGRAL E INSUMO DE CONTROL

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez existe mayor reconocimiento que la contratación pública “no electrónica” genera altos costes para la Administración y el mercado, ineficiencias de todo tipo, y poca transparencia que afecta a la competencia y legitimidad de los gobiernos. Razones más que suficientes por las cuales al día de hoy, ningún país puede seguir excusándose de no implantar este nuevo sistema.

La contratación electrónica es cambio y control. No obstante, como sostiene PIN ARBOLEDAS, *“La licitación electrónica no es un cambio puramente técnico, también implica un cambio cultural. Ese cambio cultural se refiere al interior de la organización y a sus relaciones con los proveedores”*⁶⁴⁴. Es por ello, que es necesario adaptar enfoques, estructuras y prácticas propias de otras décadas que impiden responder a los ciudadanos tal y como estos demandan, entendiendo que el cambio no es que ha llegado, sino que siempre ha estado presente.

Las sociedades cambian al igual que sus gobernantes. Una sociedad avanzada y democrática no puede prescindir de una administración pública adaptada a los cambios, ágil y a la vez capaz de gestionar lo público con eficiencia y transparencia. Las necesidades sociales cada vez evolucionan más velozmente y el aparato público no siempre lo hace al mismo ritmo, lo que puede provocar que éste se convierta en un freno al desarrollo de un país⁶⁴⁵.

De este modo, ya varios Estados han iniciado su cambio hacia la contratación electrónica. Muchos de ellos lo han hecho comprendiendo los beneficios que entrega esta nueva forma de gestionar las compras; otros, obligados indirectamente por los sistemas económicos reinantes, presión ciudadana, o por organismos internacionales que velan por las economías de la zona. El motivo no debiese tener mayor importancia, sino el haber empezado ya con este nuevo proceso.

No se trata, por lo tanto, sólo de aplicar un sistema electrónico a un escenario que no lo tenía, y menos aún, creer que esta nueva forma de contratación cambiará todo nuestro trabajo, sino más bien, es asimilar que debe existir una modificación de nuestro pensar, y con ello otras mejores maneras de

⁶⁴⁴ Pin Arboledas et al (2015), op. cit., p.31.

⁶⁴⁵ PricewaterhouseCoopers, PWC (2012). “Informe ¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público”. Recuperado el 13 de marzo de 2017 en <https://www.pwc.es/es/publicaciones/sectorpublico/assets/transformaradministracion-publica-esp.pdf>.

hacer las tareas que nos posibilitarán no solamente mayores eficiencias, sino mostrar todo nuestro actuar.

Una vez que un sistema de contratación electrónica está operando, el control, la auditoría y el análisis financiero, se convierten inmediatamente en menos gastadores de recursos, liberando el tiempo empleado⁶⁴⁶. Igualmente, al ser ésta un espacio de inversión y mercado abierto para todos, se transforma en un instrumento “controlador” por excelencia, el cuál si se optimiza puede brindar muy altos estándares de calidad, eficiencia, eficacia y transparencia.

El aumento de operadores económicos (PYMES), más la participación de una sociedad civil bien empoderada, son la clave para el éxito de una contratación electrónica. Sin un mercado proveedor importante, no se lograrán los objetivos deseados. La mayoría de las implementaciones exitosas en esta materia, han sido en gran parte a causa del tamaño y el alcance de la comunidad de proveedores participantes⁶⁴⁷, sosteniendo sobre esto último HITCHCOCK y MOSSERI-MARLIO, que los gobiernos obtienen los mercados de contratación que se merecen, mencionando que la dependencia a un grupo básico de proveedores no competitivos puede ser el legado de la mala administración del mercado⁶⁴⁸.

Por tales razones, y como sostiene la OCDE, hay que buscar herramientas avanzadas de e-procurement (contratación electrónica) que sean modulares, flexibles, escalables y seguras para garantizar la continuidad, privacidad e integridad del sistema de contratación. Entregar un trato justo y proteger los datos sensibles, al tiempo de proporcionar las capacidades y funciones básicas que permitan la innovación empresarial son otros aspectos a cumplir. Por último, termina añadiendo que tales herramientas deben ser fáciles de utilizar y adecuadas a su finalidad, ya que los sistemas excesivamente complicados podrían crear riesgos y desafíos para la implementación de los nuevos participantes, o de las pequeñas y medianas empresas⁶⁴⁹.

De esta manera, y al día de hoy, debemos comprender que la transparencia, eficiencia, eficacia y control debe ser contratación electrónica; y la contratación electrónica debe ser transparencia, eficiencia, eficacia y control.

⁶⁴⁶Sourcesuite (2013b), op. cit., pp.5-6.

⁶⁴⁷Naciones Unidas (2011), op. cit., p.22.

⁶⁴⁸Hitchcock y Mosseri-Marlio (2016), op. cit., p.7.

⁶⁴⁹ OCDE (2015c), op. cit., p.10.

2. OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Como ha señalado el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), el uso creciente de los medios electrónicos en los sistemas de adquisiciones del Estado persigue un doble objetivo: el aumento de la eficacia de los servicios prestados por los poderes públicos, y correlativamente, el ahorro de costes que las nuevas tecnologías propician. Adicionalmente, también debemos decir que representa un claro refuerzo de las garantías de transparencia, publicidad e igualdad en todas las actuaciones y decisiones del proceso en esta materia⁶⁵⁰.

Hacia Europa, la introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación, por la que apuestan decididamente las nuevas directivas de contratación, supone para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia en los procedimientos⁶⁵¹, aportando al control de ella cuando se disponga a ejecutarse, más que sólo a discutirse. Por esta razón, la aplicación de estos medios tiene un enorme potencial para conseguir múltiples objetivos en paralelo: el logro de ahorros por eficiencia, la mejora del impacto ambiental de la contratación, el aumento de la transparencia y la eliminación de la discrecionalidad, la apertura a la competencia, el aumento del acceso a las oportunidades de licitación por parte de las PYMES, y beneficio para la implementación de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (ESIF)⁶⁵².

Es así, que el uso de esta nueva forma de comprar ha pasado a ser de importancia estratégica en la región para alcanzar el objetivo de crecimiento inteligente y sostenible de la Estrategia 2020⁶⁵³, ya que puede hacer frente a dos retos importantes de la economía europea: la necesidad de maximizar la eficiencia del gasto público en un contexto de restricciones presupuestarias, y la de encontrar nuevas fuentes de crecimiento económico⁶⁵⁴.

En una amplia definición de esta nueva forma de contratar, según CROOM y BRANDON-JONES, la contratación electrónica se refiere al uso integrado (comúnmente basado en webs) de sistemas de comunicaciones para conducir parte o todo el proceso de contratación⁶⁵⁵. Es el proceso de aprovisionamiento del Estado llevado a cabo a través de un sistema electrónico, el cual nos permite ejecutar todas nuestras compras digitalmente, exigiéndonos también que toda la

⁶⁵⁰ INTECO (2011). op. cit., pp.4-5.

⁶⁵¹ De la Morena López (2015b), op. cit., p.3.

⁶⁵² AEVAL (2016), op. cit., p.155.

⁶⁵³ Bausa et al (2013), p.8.

⁶⁵⁴ Comisión Europea (2012), p.2.

⁶⁵⁵ Croom y Brandon-Jones (2007), p.2.

documentación generada en este proceso sea anexada para que pueda ser visible y con ello monitoreada por todos los interesados.

Conforme a la OCDE, este concepto es la integración de la tecnología digital en el reemplazo o rediseño de procedimientos basados en papel a través del ciclo de contratación⁶⁵⁶. Argumentando en este mismo sentido el Libro Verde sobre la Generalización del Recurso a la contratación pública electrónica en la UE, así como el Tribunal de Cuentas Europeo⁶⁵⁷, que este término es la utilización de medios electrónicos para las operaciones y transacciones que realiza el sector público, en lo referente a adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas. En específico, este Libro Verde añade que “*Supone la introducción de procedimientos electrónicos para sustentar las distintas fases del proceso de contratación, es decir, publicación de los anuncios de licitación, suministro del pliego de condiciones, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación, pedido, facturación y pago*”⁶⁵⁸. Siendo aún más precisos, y conforme indica AEVAL, la introducción de estos procedimientos permite el intercambio de información y transacciones electrónicas aplicables a cualquier etapa del proceso de contratación, incluyendo: notificación electrónica, acceso electrónico, presentación electrónica, adjudicación electrónica, contratación electrónica, pedidos electrónicos, facturación electrónica, pago electrónico y archivo electrónico⁶⁵⁹.

Desde lo jurídico, las definiciones no varían significativamente, distinguiendo GIMENO FELIÚ et al dos simples nociones. La primera, es más restrictiva y es relativa a implementar los procedimientos de contratación desde su inicio hasta su fin por medios electrónicos; y la segunda, es más amplia definiendo a este concepto como la aplicación y/o utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación en materia de contratos⁶⁶⁰.

Conviene volver a precisar, que este nuevo escenario no está formado sólo por lo informático o electrónico. Muchos de los problemas identificados en la contratación electrónica tienen mayor relación con la aplicación de sus procesos y las políticas operacionales de apoyo al sistema, que sólo la tecnología asociada con el mismo sistema. Como sostienen las Naciones Unidas, esto le da credibilidad al hecho de que el aprovisionamiento público a través de medios electrónicos, es más

⁶⁵⁶ OCDE (2015b), op. cit., p.140.

⁶⁵⁷ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.5.

⁶⁵⁸ Unión Europea (2010), op. cit., pp.2-3; Además, citado por Almonacid Lamenlas en Galán et al (2013), pp.39-40.; y por INTECO (2011), op. cit., p.6. También este concepto lo podemos encontrar en http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm.

⁶⁵⁹ AEVAL (2016), op. cit., p.156.

⁶⁶⁰ Gimeno Feliú et al (2015), op. cit., p.244.

una operación de gestión de negocio, y no sólo una implementación de proyectos acerca de TIC⁶⁶¹. De esta manera, implementar este sistema no se trata sólo de colocar una “e” (por ejemplo, e-commerce, e-marketing, e-business, etc) delante de anticuadas prácticas de adquisición, sino, es predominantemente un ejercicio de gobierno que debe ir más allá de los aspectos de las tecnologías de la información y comunicación⁶⁶².

De esta manera, y en base a las definiciones expuestas, diremos por lo tanto que los objetivos generales que tendría que poseer cualquier sistema de contratación pública electrónica, deberían contemplar los siguientes elementales aspectos: consolidar la transparencia y el acceso de los interesados al sistema (potenciar el control); colaborar al aumento del ahorro y la eficiencia del gasto público; favorecer e incentivar el comercio y gobierno electrónico; y contribuir a mejorar la gestión de la contratación de la Administración.

3. BENEFICIOS DIRECTOS

Hacia el sector privado, estudios confirman que mediante la aplicación de un sistema de compras electrónicas se pueden obtener significativos ahorros y menores costes, incluso permite eliminar gastos innecesarios. En un análisis realizado por la empresa Aberdeen Group, se afirma que mediante el uso de estos medios los costes de transacción durante el proceso de una compra se redujeron en un 70%. En otra investigación realizada por PriceWaterHouseCoopers y Killen & Associates, se sostuvo que una reducción del 5% al 10% en tales costes de transacción de una compra puede aumentar los márgenes de ganancia de hasta un 50%⁶⁶³.

En lo que concierne al sector estatal, y de acuerdo a lo afirmado por la Comisión Europea, poderes y entidades públicas que ya tienen implementado este sistema electrónico pueden ahorrar de entre el 5% y el 20% de sus gastos de contratación. Este organismo, estima que el tamaño total del mercado de la contratación de la UE es de más de 2 trillones euros, por lo que cada 5% ahorrado podría resultar en unos 100 billones de ahorro al año⁶⁶⁴. La misma UE alienta y proclama el uso de estos medios electrónicos, hasta el grado de justificar públicamente la necesidad de extender su obligatoriedad a todos sus Estados, basado en el aumento de la eficiencia y la eficacia en los

⁶⁶¹Naciones Unidas (2011), op. cit., p.4.

⁶⁶²Ibid, p.ix.

⁶⁶³Sourcesuite (2013b), op. cit., pp.5-6.

⁶⁶⁴Comisión Europea (2012), op. cit., p.2.

sistemas⁶⁶⁵. Ya la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 52, hacía mención directa a los efectos positivos de esta contratación electrónica, aludiendo a que puede simplificar considerablemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia, además de mejorar la transparencia⁶⁶⁶.

Asimismo, y en referencia a los beneficios operativos que implican estos medios a través del uso de una plataforma electrónica, este organismo ha encontrado 24 ventajas, de las cuales podemos destacar: a) Las plataformas transmiten automáticamente todas sus notificaciones a un punto único de acceso para su publicación, b) Los operadores económicos pueden acceder y recuperar avisos de contratos y pliego de condiciones como usuarios anónimos, y c) Los agentes económicos son notificados de cualquier cambio en las especificaciones de la oferta, entre otras más.

Conforme a lo señalado por la OCDE, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la contratación pública, puede aumentar la transparencia, facilitar el acceso a los concursos públicos, reducir la interacción entre los funcionarios de adquisiciones y empresas, aumentar el alcance y la competencia, y permitir una detección más fácil de las irregularidades en todo el ciclo de adquisición: desde la planificación, licitación y adjudicación, hasta la gestión de contratos⁶⁶⁷. Agregando AEVAL, que la “automatización” de los procesos -a través de estos medios- es una de las soluciones más eficaces para reducir o eliminar la discrecionalidad⁶⁶⁸.

De este modo, y resumiendo todo lo dicho, ALMONACID LAMELAS sintetiza tales beneficios generales y los divide en tres: transparencia, economía y eficiencia⁶⁶⁹. Adicionando que *“La implantación de la contratación pública electrónica sólo genera consecuencias positivas, tanto jurídico-formales -mayor y mejor salvaguarda de los principios de la contratación pública- como económicas -en los países en los que está implantada ya se ha verificado el ahorro de millones de euros”*⁶⁷⁰. Recordando DE LA MORENA LÓPEZ, que además de los aspectos positivos anteriores,

⁶⁶⁵Galán et al (2013), op. cit., p.11. De acuerdo a GIMENO FELIÚ, los deberes que se le deben exigir a un sistema de contratación electrónica en las instituciones de toda Europa -y con ello a España-, entre otras cosas deberían priorizar: publicación de los anuncios de contratos públicos en línea; habilitación de un único portal Web centralizado para el Estado y las Comunidades Autónomas; libre acceso a los anuncios; motor de búsqueda multifuncional; posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio; descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria; sistema de licitación electrónica que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las directivas sobre contratación pública en lo que respecta a la integridad de la información, la confidencialidad, la accesibilidad, entre otros (Gimeno Feliú, 2014a, op. cit., p.70).

⁶⁶⁶ También mencionado por CNMC (2015), op. cit., p.21.

⁶⁶⁷ OCDE (2014a), op. cit., p. 13; Y ver también en OCDE (2015c), op. Cit., p.10.

⁶⁶⁸ AEVAL (2016), op. cit., pp.66-67.

⁶⁶⁹ Almonacid Lamelas en Pin Arboledas et al (2015), op. cit., p.17.

⁶⁷⁰ Ibid, p.13.

se encuentra el hecho de permitir ampliar la competencia del mercado⁶⁷¹, sobre todo para el sector de las PYMES, como termina también añadiendo AYMERICH CANO y la Comisión Europea⁶⁷².

Hacia España, estos beneficios descritos ya han sido expuestos hace años por la Federación de Municipios de Madrid (FMM), quien ha manifestado que hay ejemplos suficientes como para afirmar que el uso de medios electrónicos aporta una mejora de la eficiencia en tiempo, y un ahorro de costes administrativos para administraciones públicas y empresas, un incremento notable de la transparencia y mejora de la fiscalización, así como una mejor monitorización, control y planificación⁶⁷³.

De esta manera, resulta por tanto, que luego de esta introducción a los beneficios de este nuevo sistema y describirlos con carácter general, los consolidaremos y clasificaremos a través de cuatro vertientes principales: beneficios económicos, beneficios de gestión y procesos, beneficios referidos a transparencia, y beneficios de control.

Los primeros, los *beneficios económicos*, son en la praxis los más evidentes. CROOM y BRANDON-JONES señalan que los estudios existentes enfatizan la importante contribución de estos sistemas electrónicos en reducir los costes totales de la contratación⁶⁷⁴. Asimismo, la Comisión Europea ha sostenido que este nuevo sistema puede ayudar a la reducción de precios, teniendo importantes repercusiones macroeconómicas⁶⁷⁵. Al interior de los organismos públicos, según INTECO, maximiza la eficiencia del gasto, aumenta la productividad y reduce los costes tanto para las Administraciones, como para los potenciales proveedores⁶⁷⁶. Lo anterior, ya que aumenta el grado de concurrencia de las empresas⁶⁷⁷ y apertura de los mercados, disponiendo por tanto de competencia, de innovación, y de un crecimiento en el mercado interior⁶⁷⁸, proporcionando finalmente nuevas fuentes de desarrollo económico y de empleo para toda la sociedad⁶⁷⁹.

⁶⁷¹ De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

⁶⁷² Aymerich Cano (2013), op. cit., p.149.; y Comisión Europea. Public Procurement. Recuperado el 8 de marzo de 2016 en http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/index_en.htm.

⁶⁷³ Jiménez Javier en Pin Arboledas et al (2015), op. cit., p.10.

⁶⁷⁴ Croom y Brandon-Jones (2007), op. cit., p.2.

⁶⁷⁵ Comisión Europea (2012), op. cit., p.4.

⁶⁷⁶ INTECO (2011), op. cit., pp.4-5; También señalado por Carabello, L (2001). "E-procurement can reduce expenses". Healthcare Financial Management. Vol. 55, p.82.

⁶⁷⁷ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit. Por su parte, y en líneas muy similares, la UE en su Libro Verde, 2010, indica que la importancia en la implantación de este sistema radica en: mayor accesibilidad y transparencia, ventajas en relación con los procedimientos concretos (reducir costes al eliminar el papel), ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación, y potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE.

⁶⁷⁸ Almonacid Lamelas en Pin Arboledas et al (2015), op. cit., p.18.

⁶⁷⁹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.2 y 34; y también citado por Bausa et al (2013), op. cit., p.8.

Por el lado de los ahorros, debemos decir que en Europa la misma Directiva 2014/24/UE en su Considerando 80, sostiene que la utilización de estos medios electrónicos conlleva no sólo a mejorar la transparencia, sino permite un mayor ahorro de tiempo, el cual resulta en un ahorro económico. No obstante, aunque en la región la contratación pública supone un importantísimo 20% de su PIB, encontramos aún que menos del 5% de los contratos se adjudican en la actualidad a través de medios electrónicos⁶⁸⁰. Como se desprende del Informe “Deutsche Bank Research on e-Procurement”, publicado en febrero de 2011, si todas las autoridades de contratación europeas implementaran sistemas electrónicos se podrían conseguir ahorros de más de 50.000 millones de euros⁶⁸¹. Ningún otro aspecto de mejora gubernamental puede dar un beneficio tan grande (sin considerar cambios de índole estructural)⁶⁸².

Aún más, si visualizamos este ahorro económico en la operatoria interna de compras, se pueden obtener hasta 6,5 euros por documento gestionado de forma electrónica (2,20 euros en ahorro en material de archivo, 4 euros en concepto de gestión y 0,30 euros en concepto de espacio). Al mismo tiempo, esta gestión puede aumentar la productividad hasta en un 72%, por lo que podemos concluir que gracias al correo electrónico, la intranet y otras herramientas TIC, las organizaciones públicas ganan además de rapidez, en ahorro sobre sus costes administrativos⁶⁸³. Como terminan indicando PIN ARBOLEDAS et al, la principal ganancia que ofrece una licitación pública

⁶⁸⁰ TED (Tenders Electronic Daily) es el medio electrónico que utiliza la Unión Europea para la contratación pública. Es la versión en línea del "Suplemento al Diario Oficial " de la UE. TED proporciona libre acceso a las oportunidades de negocio de la UE, del Espacio Económico Europeo y otros. Información sobre todos los documentos de licitación se publican en las 24 lenguas oficiales de la UE. Todas las notificaciones de las instituciones de la UE se publican íntegramente en estos idiomas. Para mayor información ver <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.

⁶⁸¹ Tales ahorros los podemos apreciar en la práctica en algunos países que ya han implementado este sistema electrónico, encontrándonos por ejemplo a Portugal, quien se estima ha generado un ahorro de alrededor de 650 millones EUR en el primer año de implantación, y que hubiera podido haber alcanzado 1200 millones EUR si todos los poderes adjudicadores hubieran adoptado plenamente ese sistema desde el inicio; en el Reino Unido, se ha llegado a informar que a menudo se ha logrado un ahorro superior al 10% (que ha llegado incluso hasta el 45%) gracias a la utilización de la subasta electrónica, realizando otros progresos tales como superar la meta del 25% de compra a las pequeñas o medianas empresas, y el uso de G-Cloud, un mercado digital en línea para las contrataciones del Servicio Comercial de la Corona (Crown Commercial Service. CCS), que han generado un 20% a 50% de ahorro; En Austria, en 2008 se reportó ahorros de 178.000 millones de euros contra un volumen de contratación de 830.000 millones de euros y un coste anual de mantenimiento de 5 millones de euros; y finalmente Corea del Sur, logró ahorrar 2.5 billones de dólares al crear un sistema de contratación pública electrónica que le costó 26 millones. En este territorio la contratación electrónica a través de su sistema KONEPS, ha ayudado a que el sector público del país ahorrara costes equivalentes a US\$1400 millones, apoyando también a que las empresas economizaran US\$6600 millones en sus transacciones. Asimismo, permitió que el tiempo que lleva procesar las ofertas disminuyera de 30 horas a tan solo dos (Datos obtenidos por país desde: Portugal (Comisión Europea (2012), op. cit., p.4; Reino Unido (European Union Law, 2010, “Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE”, p.6, y Hitchcock y Mosseri-Marlio, 2016, op. cit., p.18); Austria (European Union, 2010, op. cit., p.6); y Corea del Sur (Suárez y Laguado, 2007, op. cit., p.6, y Open-Contracting, 2016. Véase documento “Contratación abierta” en Open Contracting Partnership 2016. Recuperado el 27 de diciembre de 2016 en <http://www.open-contracting.org/why-open-contracting/>).

⁶⁸² Meyer Thomas (2011).

⁶⁸³ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.19.

electrónica entendida como servicio, es el ahorro de hasta un 20% de los costes de gestión y adjudicación de sus procedimientos⁶⁸⁴.

De igual modo, estos autores, precisan que si se licitaran los concursos electrónicamente en el Estado Español, se ahorrarían casi 2.500 millones de euros al año. La implantación de este tipo de sistemas supondría un ahorro cerca de 620 millones de euros anuales para la Administración General del Estado, mientras que los gobiernos autonómicos recortarían sus gastos en aproximadamente 1.400 millones, y las entidades locales en algo más de 460 millones. Se estima que tan sólo sustituyendo el tradicional sistema de licitación en papel, las administraciones españolas podrían reducir en su conjunto casi un 4% el gasto en contratación de bienes, servicios y obras⁶⁸⁵.

En lo relativo al beneficio que este sistema entrega a la *gestión y sus procesos*, el Banco Mundial ha señalado que el uso de medios electrónicos reduce significativamente los costes de transacción para las empresas⁶⁸⁶, lo cual redundaría a la vez en reducir las cargas de gestión administrativas. Asimismo, según la Comisión Europea, permite simplificar sustancialmente los procesos de contratación, dando como ejemplo la transición gradual a la contratación electrónica en Francia, la cual ha reducido sus cargas administrativas para los compradores en un 10 %, y en otro 10 % las cargas que soportan los servicios jurídicos involucrados⁶⁸⁷. De acuerdo a PINTOS SANTIAGO, este sistema “*Centraliza la información y permite así compartirla con mayor agilidad; automatiza los procedimientos de conformidad con la normativa haciéndolos más simplificados y más y mejor documentados, regidos y controlados...*”⁶⁸⁸.

En relación a su beneficio de entregar una mayor *transparencia*, este nuevo sistema facilita a través del sólo hecho de disponerse en una plataforma electrónica pública y abierta, que se pueda mostrar todo y cada etapa del proceso interno de contratación, así como cada documento adjunto; es decir, procesos oscuros se revelan, exponiéndose a la luz datos antes no vistos que permiten su análisis. La misma Directiva 2014/24/UE menciona este beneficio, argumentando que aumenta la visibilidad de los procedimientos de contratación⁶⁸⁹. Adicionando a ello la Comisión Europea, que además ofrece garantías en términos de prevención y detección de prácticas corruptas, generando

⁶⁸⁴Ibid, p. 20.

⁶⁸⁵ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.24.

⁶⁸⁶ World Bank Group (2016), op. cit.

⁶⁸⁷ Comisión Europea (2012), op. cit., p.2-5.

⁶⁸⁸ Pintos Santiago (2017). Opinión Observatorio Contratación Pública. Junio.

⁶⁸⁹Directiva 2014/24/UE Considerando 52. Recuperado el 11 de mayo de 2016 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>

como efecto una mayor accesibilidad a oportunidades de licitación⁶⁹⁰. En este mismo sentido, el Tribunal de Cuentas Europeo termina manifestando que la implementación de este sistema ayuda a detectar y prevenir las irregularidades, la corrupción y el fraude⁶⁹¹.

De este modo, si todos los organismos del Estado compartieran las mismas aplicaciones informáticas instaladas en un solo repositorio (Cloud Computing)⁶⁹², -y con ello sus procesos de información fueran abiertos y públicos-, esto no sólo mejoraría la transparencia, sino que optimizaría recursos, obteniendo sinergias que producirían un impacto muy grande en las cuentas estatales de todos los países⁶⁹³.

Por último, y aludiendo al beneficio que genera este sistema electrónico sobre la función administrativa de *control*, debemos decir que básicamente dispone y facilita información oportuna, la cual servirá como insumo para tomar medidas sobre el sistema y sus recursos, así como de quienes lo gestionan y utilizan. De esta manera, y como afirma la Comisión Europea, uno de los beneficios más grandes de este nuevo sistema son los datos. La contratación electrónica permite una mejor trazabilidad y transparencia del proceso, no sólo permitiendo una automatización de éste, sino que también ayudando a las autoridades contratantes a recopilar datos sobre sus adquisiciones. Esto último, y como consecuencia, conduce a formulación de políticas basadas en la evidencia⁶⁹⁴.

En base a todo ello, y conforme a la UE, el uso de la tecnología digital en el sector público -así como en las compras gubernamentales- es un controlador innato de la eficiencia y apoya la eficacia de las políticas, permitiendo un gobierno más abierto, innovador, participativo y generador de mayor confianza⁶⁹⁵. Asimismo, la OCDE ha agregado que la digitalización de los procesos posee el beneficio de controlar los fondos públicos, reconociendo la necesidad de mejorar su relación calidad-precio, fortaleciendo así los controles internos contra la corrupción y la detección de violaciones de integridad, y proporcionando a la auditoría mayor facilidad en sus actividades de investigación⁶⁹⁶. La existencia de un sistema como el ludido, facilita un control automatizado o la detección de alertas⁶⁹⁷.

⁶⁹⁰ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.34 y Comisión Europea (2012), op. cit., p.2. También citado por Bausa et al (2013), op. cit., p.8.

⁶⁹¹ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit.

⁶⁹² Concepto que significa informática en la nube o repositorio virtual de información.

⁶⁹³ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.16.

⁶⁹⁴ Comisión Europea (2016b), op. cit., p.11.

⁶⁹⁵ Unión Europea (2011b), pp.250-252.

⁶⁹⁶ OCDE (2016b), op. cit., p.22.

⁶⁹⁷ Pintos Santiago (2017). Opinión Observatorio Contratación Pública. Junio.

No obstante lo antes mencionado, las Naciones Unidas advierte que si bien existe un control automático de las adquisiciones por medio de este medio digital, esto no garantiza la eliminación completa de prácticas de corrupción, aunque si puede servir como elemento de disuasión y como instrumento hacia una administración pública eficaz y eficiente⁶⁹⁸. Añadiendo además, que tal medio electrónico es sólo una herramienta para apoyar la aplicación de reformas de la contratación. Por sí solo, no puede garantizar mejorar la corrupción, ya que no es el sistema el que está dañado, sino las personas.

En síntesis, si clasificáramos todos estos beneficios que la implantación de estos medios electrónicos nos entregan entre una perspectiva Macro (sistema de contratación), y una Micro (proceso de compra al interior del organismo), podríamos finalmente visualizar lo siguiente:

“BENEFICIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA”

PERSPECTIVAS	BENEFICIOS
PERSPECTIVA MACRO (Sistema de Contratación)	
ÓRGANOS PÚBLICOS	1) Mejoran su gestión interna, eficiencia y eficacia, 2) Modernizan su gestión de abastecimiento, 3) Ahorran en los tiempos de tramitación de expedientes, 4) Aumentan la concurrencia de proveedores, 5) Obtienen mejores condiciones de los productos/servicios (al existir más oferentes).
CIUDADANOS	1) Conocen y siguen todos los procesos de compras del sector público, 2) Pueden verificar el buen uso de los recursos del Estado, ejerciendo el rol de controlador y evaluador del gobierno, 3) Obtienen algún grado de mejora de calidad en el servicio público debido a su permanente monitoreo de éste.
EMPRESAS	1) Acceden de manera oportuna y gratuita a las oportunidades de negocio del Estado, 2) Tienen acceso en línea a pliegos y solicitudes de cada proceso publicado, 3) Ahorran tiempo en postular a una licitación, 4) Reducen costes del proceso de participación, 5) Aumentan su concurrencia en las licitaciones.
PERSPECTIVA MICRO (Proceso de compra al interior de la institución)	
	1) Simplifica el acceso a la información de proveedores y sus productos, 2) Genera rutas de encuentro más simples entre compradores y vendedores, 3) Se hace más sencillo, barato y rápido el intercambio de información sobre precios y ofertas de productos, 4) Costes reducidos de transacción para compradores y también proveedores gracias a la automatización parcial o completa de información entre el sistema de contratación/financiero del comprador, y el sistema de pedidos y pago del mismo, 5) Según estudios en Portugal, para el comprador (sector público) se pueden generar ahorros económicos sustanciales del orden del 15% gracias a una mayor concurrencia de proveedores, así como disfrutar de una optimización/automatización de procesos en línea (un 5% aproximadamente por concurrencia y un 10% en ahorro en gestión administrativa).

Cuadro 7. Fuente. Contenido extraído de presentaciones institucionales desde Chilecompra, estudios de la Universidad de Navarra (IESE), y experiencia propia del autor.

Como hemos reiterado, las malas prácticas o actividades sin ningún valor son las primeras en identificarse cuando aplicamos iniciativas digitales a las áreas de adquisiciones. Como parte de un sistema de contratación electrónica, el registro de datos y la vigilancia son las más rentables maneras de identificar las deficiencias, así como también las compras no autorizadas, manipulación de las ofertas sospechosas, o casos de fraude.

Los medios electrónicos pueden ayudar a los Estados de la UE en la promoción de muchos de sus objetivos nacionales de adquisición, incluyendo su relación calidad-precio, eficiencia del

⁶⁹⁸ Naciones Unidas (2011), op. cit., p.ix.

proceso, integridad, responsabilidad y transparencia⁶⁹⁹. No obstante, y para lograr mejoras en este sistema, CROOM y BRANDON-JONES indican que la satisfacción interna del cliente (ciudadano) debe ser una preocupación clave en el desarrollo, adopción y despliegue de este nuevo sistema⁷⁰⁰.

Citando para terminar a GIMENO FELIÚ, este autor señala que “...la tecnología para llevar a cabo la contratación electrónica está ahora lista para ser utilizada, y la sustitución de los procedimientos de contratación pública por procesos automatizados puede, como se espera, ofrecer una administración de adquisiciones más rápida y más racional”⁷⁰¹.

4. REALIDAD ABREVIADA ENTRE PAÍSES EUROPEOS Y AMERICANOS

Como hemos aludido, en el sector público de varios países ya han probado y comprobado las ventajas de este nuevo sistema electrónico, obteniendo resultados inmejorables en sus procesos⁷⁰². No obstante, y pese a todos estos beneficios plausibles, el panorama en la implementación de estos medios electrónicos a nivel mundial sigue siendo muy variado, y avanza a velocidades distintas, sobre todo, en aquellos Estados donde se aprecia todavía una mayor incidencia de la política en los procesos de contratación propiamente tal.

De esta forma, encontramos una variedad de plataformas de contratación electrónica entre países así como distintos grados en su implementación. En algunos, se trabaja con una sola que abarca casi el 100% de las compras, mientras que en otros, coexisten variadas plataformas (públicas y privadas) donde se tramitan sólo un porcentaje de las adquisiciones nacionales. En ciertos territorios, se puede ver toda la información completa que genera un proceso de contratación; en otros, sólo información parcial y entregada a la ciudadanía de forma inoportuna⁷⁰³.

⁶⁹⁹ Para adquirir medios electrónicos o soluciones tecnológicas para implantar un sistema público electrónico de contratación, la experiencia recomienda lo siguiente: a) Contratar soluciones tecnológicas que se puedan contrastar, b) Contratar productos de empresas con solvencia reconocida, c) Contratar el depósito de códigos fuentes de los programas informáticos (contrato de escrow), d) Contratar mantenimiento, e) Asegurar en todo momento la transferencia del conocimiento necesario a la organización pública sobre la solución tecnológica desarrollada, f) Negociar con tiempo y dedicación los términos del contrato, g) Incluir siempre en la negociación la transferencia del conocimiento, la formación y el mantenimiento, h) Separar el mantenimiento y regular las obligaciones de la empresa (errores de la solución, actualizaciones, nuevas versiones, plazos, penalizaciones, pagos, etc.), entre otras (Galiano Ibarra et al, 2007, p.84).

⁷⁰⁰ Boer et al. 2002; Croom & Johnston, 2003; Interfaces, 2006, todos citados por Croom y Brandon-Jones (2007), op. cit., p.2.

⁷⁰¹ Gimeno Feliú (2012), op. cit., p.1059.

⁷⁰² Como por ejemplo, Portugal, Reino Unido, Escocia, Irlanda, Corea del Sur, países bajos, Canadá, EE.UU, Francia, Suecia, Finlandia, Italia, Polonia, países de Latinoamérica, entre otros.

⁷⁰³ En lo referente a los modelos de plataformas electrónicas con que trabajan algunos países indicando las ventajas y desventajas de ellas, ver Galán et al (2013), op. cit, pp.54-56.

En los países de la OCDE, al año 2013, el porcentaje de empresas que utilizaban los sistemas de contratación electrónica fue de más del 35% (como en Finlandia y Eslovenia), siendo además particularmente elevado en Irlanda (30%), Estonia (24%) y Polonia (24%). Por lo contrario, fue de sólo aproximadamente un 18 % en Italia, España y Hungría⁷⁰⁴.

A. Países de Europa

Según la Comisión Europea al año 2016, la transición a la plena contratación pública electrónica en la UE ha sido un proceso continuo que se ha encapsulado recientemente en las directivas renovadas de contratación pública a partir del año 2014. Según ellas, la notificación y el acceso electrónico deberían haber estado plenamente disponibles en toda la UE a abril de 2016, lo cual en la actualidad no ha ocurrido como se esperaba. De esta forma, la presentación electrónica de la información de adquisiciones se debería haber llevado a cabo en dos fases: las centrales de compras deberían ya haber comenzado a implementar este nuevo sistema a abril de 2017, y todo el resto de entidades adjudicadoras a octubre de 2018.

Hasta ahora, los avances en esta implementación en muchos Estados ha sido lenta, y la calidad de los servicios electrónicos de adquisición introducidos todavía deja margen para mejorar⁷⁰⁵. Como indica GIMENO FELIÚ, la evaluación de la implementación de este sistema electrónico para las adquisiciones en Europa todavía es bastante bajo⁷⁰⁶.

Tal deficiente escenario, entre sus causas, ha estado afectado por una escasa voluntad política hacia este cambio; un inexistente liderazgo que coordine, dirija y sancione; al igual que un marco normativo que sea vinculante. Sin hablar de una gestión pública pasiva y que sólo hace cuando la obligan.

Así, y además de contar los países de la UE con el sitio web SIMAP que abarca la información sobre contratación pública europea, incluyendo en tal apartado el sitio electrónico TED, eSenders, eNotices y eTendering⁷⁰⁷, hay que indicar que la mayoría de estos Estados tienen un portal nacional

⁷⁰⁴ OCDE (2015b), op. cit., p.152. Por ejemplo, algunos datos disponibles en relación a su uso para este grupo de países son: funcionalidades al inicio del ciclo de adquisiciones, en particular la publicación de los planes de adquisiciones: 84% de uso; presentación electrónica de las ofertas: 84% de uso; y licitaciones electrónicas: 84 % de uso. En contraste, las funcionalidades relacionadas con el final del ciclo de la adquisición (excepto para la notificación de la concesión, 94%) son proporcionadas por un número menor de países de este conglomerado. Ver mayor detalle en “Uso de funcionalidades proporcionadas por los sistemas de contratación electrónica de los países de la OCDE” en anexo 3.

⁷⁰⁵ Comisión Europea (2016b), op. cit., pp.11-12.

⁷⁰⁶ Gimeno Feliú (2012), op. cit., p.1059.

⁷⁰⁷ Ver sitio web mencionado en <https://simap.ted.europa.eu/home>. Recuperado el 24 de enero de 2018.

que permite llevar a cabo la licitación electrónica, o por lo menos algunas de las fases básicas del procedimiento. En varios casos, la plataforma pública nacional no es el único medio que puede ser usado, utilizándose también plataformas privadas⁷⁰⁸. Según la Comisión Europea, el uso de la contratación electrónica, en términos generales, es utilizada sólo entre el 5 % al 10 % de los procedimientos, donde la publicación de los contratos todavía no es una práctica extendida. No obstante, también señala que los pocos Estados que han tenido progresos en el tema, han sido en aquellos en que este sistema ha sido obligatorio por ley, y se ha implementado progresivamente⁷⁰⁹. Asimismo, y aunque esta implantación ha incurrido en algunos costes iniciales, la experiencia ha demostrado que pueden recuperarse en un período relativamente corto, asegurándose un fuerte retorno de la inversión a medio plazo. Algunos Estados miembros han informado de ahorros de coste del 5% al 20% por esta práctica⁷¹⁰.

En lo que respecta a las plataformas electrónicas que se utilizan a nivel europeo, el Director de la empresa Vortal -una de las más importantes en suministrar plataformas electrónicas para gran parte de España-, al año 2011 sostuvo que:

“Existe una desigual realidad en la implantación europea. Hay diferentes velocidades en función de las prioridades políticas de los gobiernos. Lo que es evidente, es la necesidad de avanzar hacia modelos comunes que permitan solucionar de manera inmediata los problemas de interoperabilidad (que las bases de datos puedan hablar entre sí). La demanda en este sentido es cada vez mayor”⁷¹¹.

No hay un claro estudio de cuál plataforma es mejor o cuál es más eficiente, sin embargo, lo que sí es evidente es la posibilidad de combinarlas y buscar la o las más óptimas para las variadas necesidades que posee cada país y su división funcional. No obstante, y dicho esto, debe haber mucho cuidado en contratar más plataformas y/o sistemas de las que realmente las administraciones públicas pueden gestionar y coordinar eficazmente.

Desde una gran panorámica sobre la implantación de estos medios, pasaremos ahora a conocer -en una vista sucinta-, algunos aspectos característicos que han acontecido en ciertos países europeos, con el fin de apreciar experiencias que puedan ser de provecho para avanzar en este tópico:

⁷⁰⁸ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.9.

⁷⁰⁹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.34. Información citada anteriormente en Comisión Europea (2012), op. cit., p.2.

⁷¹⁰ AEVAL (2016), op. cit., p.157.

⁷¹¹ Ruiz Días Ferrería, CEO de Vortal en Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.32.

En el *Reino Unido*, y desde el año 2011, todas las compras efectuadas por las administraciones públicas se realizan a través de la misma plataforma de licitación y contratación electrónica, participando más de 170 organizaciones del sector público británico, con un gasto anual combinado de 30 billones de libras⁷¹². Dentro de este mismo territorio, en *Escocia*, se ha diseñado un portal electrónico único para todo el sector público⁷¹³, el cual permite a cualquier autoridad de contratación gestionar sus procesos completos de adquisiciones en un solo lugar⁷¹⁴, contando con más de 1.100 usuarios y más de 28.000 operadores económicos registrados, de los cuales un 82% son PYMES⁷¹⁵.

Hacia *Portugal* -país referente en la implantación de este sistema siendo el primer Estado de la UE en aplicarlo desde el 1 de noviembre de 2009⁷¹⁶-, existe la obligación de licitar electrónicamente todos los procedimientos públicos de contratación abiertos, restringidos o negociados, desde la publicidad de la licitación hasta la adjudicación. En lugar de un modelo centralista como el escocés, se optó por un modelo de homologación, es decir, las autoridades pueden elegir entre siete plataformas de licitación actualmente homologadas para ejecutar sus procedimientos de compras. La garantía de adecuación de las diferentes plataformas se realiza mediante la superación de una auditoría anual llevada a cabo por una agencia estatal⁷¹⁷.

Entorno a *Francia* -y aunque fue uno de los precursores de este sistema mediante el desarrollo de su portal de e-procurement hace casi 10 años-, existe una contratación electrónica que sigue caracterizándose por un progreso lento, en parte, debido a la complejidad de su marco regulador combinado con sus grandes cargas administrativas, y su división territorial⁷¹⁸.

En *Italia*, la organización de la contratación pública es descentralizada, siendo su principal órgano de contratación el COSIP. A pesar de que este país puso en marcha su estrategia de adquisición electrónica a principios de la década, el sistema general de abastecimiento electrónico está fragmentado, y muestra niveles diferentes de adelanto, existiendo desigualdades significativas a nivel regional, donde en algunas provincias se obliga a contratar electrónicamente, mientras que en

⁷¹² INTECO (2011), op. cit., p.85.

⁷¹³ Plataforma de Contratos Públicos de Escocia, www.publiccontractsscotland.gov.uk.

⁷¹⁴ El ejemplo más claro de la promoción de la contratación pública electrónica es la puesta a disposición de todos los organismos públicos de Escocia, incluyendo el gobierno central, gobierno local y el servicio nacional de salud (NHS), de la herramienta denominada “eProcurement Scotl@nd”, que se caracteriza por ser una solución centralizada, prestada en modo servicio (SaaS), que no requiere instalación alguna por parte de las administraciones públicas, y que incluye un servicio de gestión y mantenimiento 24 horas x 7 días a la semana, la cual comprende todas las fases del proceso de licitación, incluida la subasta electrónica, así como la fase de contratación propiamente dicha (INTECO, 2011, op. cit., p.84).

⁷¹⁵ Galán et al (2013), op. cit., pp.25-27.

⁷¹⁶ Ibid; y Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p.63.

⁷¹⁷ INTECO (2011), op. cit., p.83.

⁷¹⁸ Unión Europea (2014), op. cit., p.79.

otras sigue siendo voluntario. En el territorio, la contratación electrónica es utilizada por aproximadamente la mitad de los órganos de contratación, sobre todo para los productos estandarizados. La falta de habilidades en TIC entre los poderes adjudicadores, se cita como uno de los motivos del bajo nivel de desarrollo de este nuevo sistema⁷¹⁹.

Dirigiéndonos ahora al centro-este de Europa, en *Alemania*, su política de contratación electrónica es definida en gran medida por el Ministerio del Interior como parte del programa de digitalización de gobierno “Administración Digital 2020”⁷²⁰. Aunque el sistema de compras alemán se considera fragmentado, es relativamente avanzado, sobre todo a nivel federal, donde la notificación electrónica (e-notificación) es obligatoria. Existe una plataforma central, además de plataformas electrónicas a nivel regional. Como resultado de una serie de leyes federales y estatales, la aceptación y el uso de plataformas electrónicas es cada vez mayor, sobre todo para las ofertas de umbrales de precio exigidas por la UE⁷²¹. Para garantizar la interoperabilidad entre las diferentes plataformas, el gobierno alemán ha desarrollado una norma de contratación electrónica común llamada “XVergabe”, que asegura la compatibilidad de los datos procesados por las diversas plataformas de contratación a través de todas las etapas del ciclo de adquisición⁷²².

Por último, y hacia el este de Europa, en *Rusia*, al 2014 la mayor parte de la contratación pública en la Federación Rusa se llevaba a cabo mediante cinco plataformas de negociación electrónica, registrándose en estas más de 230.000 entidades y 250.000 proveedores. Toda la información sobre la contratación pública (más de 8 billones de rublos al año, aproximadamente 223.000 millones de dólares), incluidas las empresas estatales (más de 9 trillones de rublos al año,

⁷¹⁹ Unión Europea (2015b), op. cit., pp.116-118.

⁷²⁰ Además del Ministerio del Interior, la Agencia Federal para la Contratación Pública Alemana hace algunos años ha establecido un sistema de trabajo informático que permite centralizar toda la información relacionada con el sistema de contratación pública, ofreciendo referencias de todas sus distintas fases del proceso o ciclo de vida de la compra. Ha tenido también en cuenta la importancia de un registro exacto de sus actividades, imprescindible para mantener la transparencia y ofrecer un rastro perfectamente visible de las decisiones de contratación. Asimismo, ha dispuesto de supervisores que pueden acceder a cualquier documento de contratación en cualquier momento. Inspecciones que no se utilizan solamente a prevenir la corrupción, sino también a garantizar una contratación pública legal y económicamente productiva (INAP, 2009, op. cit., pp.99-101. Respuesta alemana al Cuestionario de la OCDE. Das Beschaffungsamt, A procurement agency that does more, Bonn, 2004).

⁷²¹ Comisión Europea (2015b), pp.86.

⁷²² Ibid. El territorio Federal Germano tiene una larga tradición legal en compras gubernamentales, enfocándose en gran medida en la eficiencia económica, siendo más reciente, la introducción de políticas dirigidas a la promoción de la innovación y la sostenibilidad del medio ambiente. El sistema de adquisiciones germano está muy descentralizado y a menudo es bastante complejo, debido al marco regulador federal dividido por localidades, el cual a su vez permite un nivel importante de autonomía. Según estimaciones de este país, aproximadamente el 58% de toda la actividad de adquisición se realiza a nivel municipal, y el 30% a nivel de los Estados Federales, dejando sólo un 12% de la contratación al Gobierno Federal. La prestación de los servicios municipales ha cambiado considerablemente en las últimas dos décadas -en parte como resultado de la reunificación alemana-, siendo gran parte de los servicios públicos privatizados, y subcontratados (Bosch Gerhard et al, 2012, “The public sector pay system and public procurement in Germany”. IAQ, University of Duisburg).

aproximadamente 251.000 millones de dólares), se recopila en la página web oficial www.zakupki.gov⁷²³. Aunque existen avances parciales en la implantación de este sistema al interior del Gobierno, todavía se aprecia una desconfianza en el país por parte de las empresas a utilizar este nuevo sistema.

De este modo, y en adición a todo lo anterior, el Consejo de la UE al año 2017 ha advertido que los Estados miembros deben estimular y apoyar el desarrollo y aceptación de herramientas de TI, las cuales puedan en definitiva, simplificar y mejorar el funcionamiento de sus sistemas de contratación presentes⁷²⁴.

B. Países de América

Trasladándonos al continente Americano, y comenzando por el territorio *canadiense*, en este país la implementación inicial de la licitación electrónica se llevó a cabo hace 20 años en un momento de restricciones y recortes presupuestarios. La introducción del modelo de ofertas electrónicas en asociación con el sector privado, permitió al gobierno externalizar la distribución manual y electrónica de los documentos de licitación, eliminando la necesidad de mantener varias otras fuentes de información en papel. El resultado de este proceso fue un abierto y transparente trabajo, llevado a cabo a través de tarifas a los usuarios sin coste para las Administraciones⁷²⁵.

Hacia *Estados Unidos*, por su parte, debemos destacar a tal respecto su sitio web www.fpds.gov, el cual dispone de información sobre las adquisiciones gubernamentales de todo su sistema federal. Este sitio electrónico, recopila actualizadamente aquellos contratos mayores a los USD 3.000 que realiza la Administración Federal. Los datos provienen del Registro Central de Contratistas (CCR por sus siglas en inglés) y sirven para medir y evaluar el impacto de la política de adquisiciones federales, y de esta forma, mejorar la gestión pública en compras. También, esta plataforma muestra a los contratistas grandes y pequeños que han dado algún tipo de servicio al Estado, donde el ciudadano puede enterarse qué empresa se adjudicó el contrato con el gobierno, la cantidad por la que se le contrató, y la entidad estatal en la que se celebró el contrato, entre otros datos⁷²⁶.

⁷²³ OCDE (2014b), op. cit., p.10.

⁷²⁴ Unión Europea (2017), op. cit., p.6.

⁷²⁵ Naciones Unidas (2011), op. cit., pp.2-3.

⁷²⁶ Federal Procurement Data System, USA. https://www.fpds.gov/fpdsng_cms/

Bajando a través del continente hacia *México*, y desde el año 2010, este país cuenta con un sistema electrónico centralizado para llevar a cabo todas sus adquisiciones públicas realizadas con fondos federales. Mediante su plataforma electrónica “Compranet” y su normativa clasificada según materia⁷²⁷, se busca la racionalización del gasto público, generando una política general de contratación pública que proporcione información para la adecuada compra de bienes y servicios, aportando además máxima transparencia en sus procesos⁷²⁸.

Por lo que respecta a los *países del Caribe y Sudamérica*, las compras públicas electrónicas han reflejado ser una de las herramientas más efectivas y eficientes para la buena gobernanza, reconociéndose a las TIC como un instrumento efectivo para garantizar la eficiencia y transparencia de los sistemas en la materia⁷²⁹. En tales territorios, la gran mayoría poseen sistemas de adquisiciones dispuestos usualmente en una plataforma virtual o portales públicos. Tales portales de compras centralizan la información sobre la contratación del sector público y en ellos las entidades están obligadas a publicar tanto sus convocatorias de procesos, como cualquier otra información relevante. Esta información publicada asegura en general un buen nivel de transparencia en los procesos de adquisiciones, siendo estos sitios web puntos únicos de acceso gratuito⁷³⁰.

Así, el desarrollo de estos sistemas en la región, al año 2015, ha tenido un efecto muy desigual. En un primer grupo de naciones, tales como Guyana, Haití, Surinam, Trinidad y Tobago, las Bahamas, Belice y Barbados, no existe un portal de compras públicas. En un segundo grupo de países, los portales existentes cumplen sólo tareas informativas: República Dominicana (ComprasDominicana), Ecuador (INCOP), El Salvador (CompraSal), Paraguay (DNCP), Venezuela (RNC), Colombia (Colombia Compra Eficiente), y Jamaica (Ministerio de Finanzas y Servicio Público). Un tercer grupo, conformado por Uruguay (ACCE), Guatemala (Guatecompras), Nicaragua (Nicaraguacompra), Honduras (HondurCompras), Bolivia (SICOES) y Panamá (PanamaCompra),

⁷²⁷ Las materias en cuestión son: a) Adquisiciones, arrendamientos y servicios, b) Obras públicas y servicios relacionadas con las mismas, c) Registro, afectación, disposición final y baja de bienes muebles, d) Función notarial y del patrimonio inmobiliario federal, e) Tratados (compras gubernamentales), y f) normatividad de contrataciones financiadas con créditos externos.

⁷²⁸ INTECO (2011), op. cit., p.86; y página web <https://compranet.funcionpublica.gob.mx/web/login.html>. Recuperado el 9 de junio de 2016. Un instrumento electrónico de control y toma de decisiones interesante a destacar en su sistema de adquisiciones es la puesta en marcha de un “Módulo de Información e Inteligencia de Mercado para las Contrataciones Públicas” (CompraNet-im), el cual está diseñado para ofrecer reportes agregados de la información relacionada con la programación de las contrataciones, los procedimientos de contratación y los datos relevantes de los contratos celebrados que se llevan a cabo al amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. El módulo de CompraNet-im consta de cinco apartados: a) Programas anuales de contrataciones públicas, b) Procedimientos de contratación, c) Contratos, d) Proveedores y contratistas, y finalmente, e) Indicadores de desempeño de los procedimientos de contratación. En cada uno de los apartados el usuario tiene la posibilidad de acceder a: consultas generales, informes analíticos, consultas personalizadas y PDF's activos. Ver mayor detalle en <https://compranetim.funcionpublica.gob.mx/CompranetIMindex.html>.

⁷²⁹ UNDESA citado por SELA (2015), op. cit., p.35 y 38.

⁷³⁰ Moreno Molina J.A. (2015c), op. cit.

posee portales que permiten cierto nivel de interacción (por ejemplo, la descarga de documentación). Y por último, en un cuarto grupo, se hallan países cuyos portales son los más desarrollados, llamados “transaccionales”, algunos de los cuales llevan más de diez años de operación. En este conjunto se encuentran: Brasil (ComprasNet), Chile (Chilecompra), México (Compranet), Perú (Perucontrata), Argentina (Argentinacompra) y Costa Rica (CompraRed)⁷³¹.

Sobre este último grupo de países, cabe reseñar la evolución que ha tenido Chile, quien se ha destacado como ejemplo de la contratación pública electrónica en América. Este territorio, posee una sola plataforma nacional de contratación obligatoria para toda la administración pública central, regional y local, llamada “Chilecompra”⁷³². Tal plataforma, ha sido una de las pioneras en la región desde el año 2004 aproximadamente, introduciendo constantemente herramientas de medición, planificación y análisis de las adquisiciones de todos los entes públicos. Su normativa, institucionalidad, profesionalización, formación continua⁷³³, y liderazgo (existiendo sólo un ente nacional responsable de dirigir esta materia), le han permitido, en consecuencia, avanzar en la contratación electrónica siendo reconocida internacionalmente como modelo de implantación del sistema y operatividad del mismo⁷³⁴.

Finalmente, y fuera de estos dos continentes mencionados, destacamos la experiencia en esta materia de *Corea del Sur*. En esta nación -otro país referente en contratación pública electrónica como Portugal-, el gobierno por medio de su Servicio de Compras Públicas (PPS) maximiza la eficiencia en la ejecución del presupuesto público, reduciendo al mínimo los costes de adquisición a través de una compra centralizada⁷³⁵. Este servicio, utiliza el sistema electrónico KONEPS (Sistema de Compras Online de Corea del Sur) desde hace 15 años, siendo uno de los más grandes sistemas de comercio electrónico en el Mundo transaccionalmente hablando. Tal red electrónica, tiene como objetivo establecer un sistema de contratación web para todo el país. Se trata de un proceso de

⁷³¹ SELA (2015), op. cit., p.37.

⁷³² Ver mayor detalle en página web institucional del Estado de Chile. <http://www.chilecompra.cl/>

⁷³³ Al año 2014 posee 14.000 funcionarios acreditados en conocimientos y gestión de compras públicas (Boletín n° 19 RICG, 2014, “Compras públicas para el desarrollo”. Octubre, p.7).

⁷³⁴ Un aspecto a destacar de este sistema electrónico es su sitio web “analiza” (www.analiza.cl), el cual permite obtener datos generales y precisos de qué está comprando el Estado chileno por área e instituciones, lo cual proporciona en definitiva una información valiosa para los futuros Convenios Marco que realiza esta institución a nivel territorial para que todos los órganos públicos del Estado. Otro elemento sobresaliente es su registro de quejas y reclamos al sistema, insertado en el módulo electrónico de “servicios al usuario”, el cual entre otras cosas permite: ingresar y conocer el estado de un reclamo, enviar solicitudes y consultas, llamar directamente, conocer los centros de atención del país, etc. Ver mayor información en <http://servicioalusuario.chilecompra.cl/>. Recuperado el 22 de junio de 2016.

⁷³⁵ Public Procurement Service (2014). “Annual Report. Republic of Korea”, p.5

adquisición pública completo, incluyendo la adquisición de toda la información de los proyectos nacionales de adquisición, solicitudes de adquisición, ofertas, contratos y pago⁷³⁶.

En resumen, y a modo de reflexión, vemos que con respecto a las plataformas electrónicas empleadas por países como Corea del Sur, Escocia, y casi todos los países de centro y sur de América, se utiliza una única plataforma o portal para llevar a cabo sus contratos públicos; y por otro lado, países como Portugal, Francia, Alemania y España, entre otros, usan a la vez varias de ellas. Al presente, no podríamos asegurar si es más eficiente y eficaz utilizar más de una plataforma de compras simultáneamente en el mismo país, sin embargo, algunas experiencias como la del Reino Unido, estudios del Banco Mundial, y la RICG, sugieren que debería existir un portal único de contratación, acompañado de una función de pago a los proveedores integrada en tal sistema⁷³⁷.

Hay que sopesar que gestionar por parte del Estado o Gobiernos Locales varias plataformas, conlleva a un esfuerzo mayor en necesitar un control efectivo sobre ellas, debiendo por consiguiente medir habitualmente su operatividad y si están cumpliendo su objetivo dado. Puede ser comprensible que existan tantas plataformas como organizaciones territoriales en un país, no obstante, lo que no puede ocurrir, es que los proveedores no sepan en cuál o cuáles de estas deben operar y aprecien que éstas actúan de forma disímil. Esta situación trae consigo baja credibilidad de los oferentes en el sistema, disminuyendo por ende su participación en los futuros concursos públicos.

⁷³⁶Public Procurement Service Korea. Página web institucional recuperado el 11 de agosto de 2016 en <https://www.pps.go.kr/eng/jsp/koneps/overview.eng>. Este país posee una ventana única para sus contrataciones públicas, donde todas las noticias de ofertas son publicadas. El sistema KONEPS procesa los procedimientos de contratación a través de todos sus subsistemas: e-licitación, e-contratos, e-órdenes de compra, e-pagos. En otras palabras como señala la OCDE, lo que busca este sistema es integrar vía online todas las áreas de los requerimientos, de forma tal que desde la necesidad, las ofertas de los proveedores, las publicaciones, las evaluaciones, los contratos y pagos, pasen por este sistema, buscando con ello una entrada “única” para que las empresas y gobiernos desde cualquier lugar y sin contacto directo entre ellos, puedan realizar sus requerimiento y demandas en contratación pública (OCDE, 2016, pp.11-12). Este sistema ha tenido reconocimientos internacionales desde la ONU (2003), como también de las Tecnologías de Información Global (2006) y el e-Asia (2007). Actualmente hay países como Mongolia, Vietnam, Tunisia, Algeria, Jordan, Uzbekistan, Costa Rica, entre otros, que están copiando este sistema (Ho in Kang (2012). “e-Procurement Experience in Korea : Implementation and Impact”. Administrator Public Procurement Service (PPS), the Republic of Korea.PPT).

⁷³⁷Hitchcock y Mosseri-Marlio (2016), op. cit., p.4. En este mismo sentido, el Tribunal de Cuentas Europeo ha recomendado a las administraciones de la UE que deberían crear una ventanilla única común electrónica para sus actividades de contratación pública, la cual permita a los operadores económicos encontrar toda la información pertinente en un único lugar en línea e interactuar con las instituciones de la UE a través de esta página web (Tribunal de Cuentas Europeo, 2016, op. cit., p.9).

5. DESCRIPCIÓN NORMATIVA VINCULANTE A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ESPAÑA Y SU CONTEXTO ACTUAL

La situación jurídica en materia de contratación pública electrónica, no comienza en España sólo por la implantación de las directivas de la UE que imponen este nuevo sistema, sino por el marco legislativo imperante en el país fundamentado en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAESP), que regula la e-administración⁷³⁸; y la LCSP 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

A ellas, se suman otras normativas y disposiciones anteriores, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la cual ya establecía la necesidad de medios electrónicos en el desenvolvimiento del procedimiento administrativo por parte del sector público; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (D.A.2ª.5), y su nueva Ley de Contratos Públicos de Navarra que entró en vigor el día 7 de mayo de 2018, salvo la licitación electrónica que no lo hará hasta el 18 de octubre de este mismo año; Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado; Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la cual en su artículo 12.1 sostiene: *“Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen”* (destacando también su art. 26.1, 36.1 y 70.2); y también subrayamos la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, entre otras. Hacia los gobiernos locales, podemos resaltar la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que establece competencias sobre esta materia.

En lo que compete a la reciente LCSP 9/2017, su artículo 347 establece la disposición de una “Plataforma de Contratación del Sector Público”, la cual a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública, pone a disposición de todos los órganos de contratación del sector público, este medio que permitirá la difusión a través de internet de sus perfiles de contratante, así como la prestación de otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. Según este artículo, independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas de utilizar esta plataforma o contratar sus plataformas propias,

⁷³⁸Almonacid Lamelas en Galán et al (2013), op. cit., p.48.

deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de “todas” las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación antes mencionada, en estándares abiertos y reutilizables. Así también, y en esta misma ley, destacamos además el expreso uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos sobre esta materia, los cuales se pueden apreciar en la Disposición adicional decimosexta y decimoséptima.

En cuanto a las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE por su parte, hay que decir que contienen disposiciones por las que se exige a todos los Estados miembros introducir la contratación pública electrónica, incluida la publicación de los anuncios de contratación, la comunicación electrónica, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas electrónicas⁷³⁹, agregando ALMONACID LAMELAS, que *“Toda propuesta legislativa destinada a aumentar y simplificar el uso de la contratación electrónica en el país, debe integrarse en la revisión de las directivas principales relativas a la contratación electrónica, y estar en consonancia con el alcance y las normas generales relativas a la contratación pública”*. Sosteniendo, asimismo, que la legislación no es la única clave para promover el cambio, sino la necesidad de explorar nuevas vías para intercambiar experiencias, compartir buenas prácticas y transferir conocimientos a través de las fronteras, destacando la imperiosa necesidad de seguir ampliando las capacidades y los conocimientos del personal que maneja esta temática⁷⁴⁰.

Esta exigencia, o transposición al ordenamiento jurídico español, debiese ser a más tardar al primer semestre del año 2018, advirtiendo al respecto J.A. MORENO MOLINA que la nueva Directiva 2014/24/UE obliga a los Estados a utilizar estos medios en el plazo de 30 meses desde la entrada en vigor de la misma, recordando el artículo 23.1 de la nueva norma, que los Estados respectivos garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos⁷⁴¹.

En referencia a algunas debilidades que ha planteado esta norma comunitaria de la UE en el país, según el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, han sido referidas a ciertos

⁷³⁹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.34.

⁷⁴⁰ Galán et al (2013), op. cit., pp.50-52. Es así que sobre este último punto el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), manifiesta que los empleados públicos de esta área necesitan participar en programas de formación, difusión y concienciación respecto a la utilización de las tecnologías de la información en los procesos de contratación, especialmente en lo que respecta a la seguridad, aumento de la eficiencia y optimización de costes (INTECO, 2011, op. cit., p.101).

⁷⁴¹ Moreno Molina J.A. (2015b), op. cit., p.125.

medios electrónicos como las funcionalidades de la sede electrónica, precisiones sobre el uso de medios de identificación y firma electrónica, y especificar algunas herramientas de relación electrónica entre Administraciones, entre algunas otras problemáticas. Además, se ha mencionado que con respecto a la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 ya citadas, resulta necesario acometer un desarrollo reglamentario que detalle y concrete algunos aspectos del funcionamiento electrónico, y con ello evite dudas interpretativas⁷⁴².

Por lo que respecta al contexto actual de este nuevo escenario electrónico en el territorio, resulta importante primeramente precisar, que la introducción de él nace como una necesidad unida a la modernización de las administraciones públicas, y a la mejora en los servicios prestados por éstas⁷⁴³, además de todos los otros grandes beneficios propios del cambio de paradigma que la propia Comisión Europea se ha encargado de promocionar.

De esta forma, el sistema de contratación electrónica español se sustenta en una plataforma principal de contratación del sector público⁷⁴⁴, existiendo además otras plataformas privadas que pueden contratar los distintos entes adjudicadores⁷⁴⁵. Las ofertas pueden presentarse por vía electrónica en determinadas circunstancias, no existiendo una norma general aplicable a todas las Comunidades Autónomas por igual. En la actualidad, este sistema es aplicado con bastantes diferencias y en distintos grados de implementación según cada una de las Comunidades y Ciudades Autónomas, existiendo una variedad de plataformas como se ha aludido. No obstante lo anterior, una muy buena iniciativa es la implementada por la Comunidad Foral de Navarra, quien en su nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, ha establecido una misma plataforma para todo el sector público.

A razón de lo anterior, el uso de la plataforma de contratación del sector público es de uso limitado, debido en parte al hecho de que varias agencias públicas y autoridades regionales operan sus propios sitios de adquisición a través de proveedores privados⁷⁴⁶. Esta última situación, según la Comisión Europea, presenta que en el territorio exista un elevado número de plataformas para diferentes administraciones locales y regionales⁷⁴⁷, generando que la Plataforma principal aludida - que aloja un registro central de contratación y envía automáticamente esta información al Boletín

⁷⁴² Consulta pública previa Proyecto de Real Decreto, de carácter básico, referido al funcionamiento de la administración electrónica. Fecha del documento 25-10-2016. Recuperado el 8 de junio de 2017 en <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Cuestionario%20consulta%20p%C3%BAblica%20previa%20RD%20Administraci%C3%B3n%20Electr%C3%B3nica.pdf>

⁷⁴³ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.12.

⁷⁴⁴ Ver página web en <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>

⁷⁴⁵ Plataforma de Contratación del Sector Público Español. <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>.

⁷⁴⁶ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.209.

⁷⁴⁷ Comisión Europea (2014b), p.14.

Oficial del Estado (BOE) y al DOUE-, quede menguada⁷⁴⁸. Como efecto de lo anterior, la presencia de datos e información oportuna y en un solo repositorio para su análisis es escasa, no sólo por lo mencionado, sino también debido a que los poderes adjudicadores no están obligados a informar todas sus compras en estas plataformas, generando por lo tanto, que el seguimiento, control y mejora de todo el proceso sea limitado.

Es así, que en base a este escenario, tanto PINTOS SANTIAGO como ALMONACID LAMELAS han coincidido que no ha existido un óptimo avance nacional en esta materia⁷⁴⁹, añadiendo la Comisión Europea que el uso de la e-procurement o contratación electrónica en el país sigue siendo bastante escaso, de hecho, este organismo ha señalado que sólo el 9% de las empresas presentaron ofertas electrónicas al año 2011, en comparación con un promedio de la UE del 13%⁷⁵⁰. Concordando con lo mencionado, también en la Jornada sobre “Transparencia Integral en la Contratación Pública” realizada en el territorio en junio de 2017, se volvió a destacar que la transición hacia la administración electrónica en el territorio sigue siendo muy lenta, mencionando que el nuevo Proyecto de Ley sobre contratación pública (ya aprobado) tiene muchas carencias a este respecto, incumpliendo como consecuencia las obligaciones europeas⁷⁵¹.

En el ámbito local, también sigue habiendo una inercia a la escasa aplicación de estos medios en el aprovisionamiento público. Lo anterior, se puede apreciar en el hecho de que el sector público español se divide en tres niveles: Estatal, Gobiernos Regionales (17 Comunidades Autónomas), y los Gobiernos Locales (50 provincias y 8.112 municipios)⁷⁵². Del total de municipios que se contabilizan, menos del 1% utiliza de forma activa la licitación electrónica. Una cifra que ubica a

⁷⁴⁸ Unión Europea (2015a), op. cit., p.209. Desde el día 2 de mayo de 2008 se encuentra operativa la Plataforma de Contratación del Estado Español. Esta plataforma constituye un nodo central de intercambio de información de contratación que sirve como punto de encuentro virtual entre compradores del Sector Público y licitadores, que a día de hoy ha supuesto uno de los mayores éxitos del plan de modernización de la administración pública de España en materia de contratación pública. Tiene como finalidad principal dotar a la Administración General del Estado del entorno tecnológico, herramientas y servicios que permitan a los órganos de contratación la tramitación por medios electrónicos de sus procedimientos de contratación, así como la óptima integración e interoperabilidad de los procedimientos electrónicos de contratación con los sistemas de información actuales o futuros de órganos de contratación y de licitadores. Con anterioridad, y tras la entrada en vigor de la reciente modificación operada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, todos los perfiles de contratante de las entidades que formen parte del “sector público estatal” deberán integrarse plenamente en la Plataforma de Contratación del Estado, gestionándose y difundándose los mismos exclusivamente a través de dicha Plataforma. Para dar cumplimiento a esta obligación, bastará con que el órgano de contratación correspondiente, proceda a incluir en la sede electrónica de estos órganos un enlace a su perfil del contratante situado en la Plataforma de Contratación del Estado (INTECO, 2011, op. cit., pp.68-86).

⁷⁴⁹ Pintos Santiago (2017); y Almonacid Lamelas en Pin Arboledas et al (2015), op. cit, p.14.

⁷⁵⁰ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.209.

⁷⁵¹ Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017.

⁷⁵² Curto Rodríguez (2015), p.63.

España en la parte baja de Europa en esta materia⁷⁵³, especialmente cuando se compara con países vecinos como Portugal, donde la contratación electrónica es obligatoria por ley en todos los Municipios desde el año 2009, o con Francia, que ya ha extendido esta obligación a diversos tipos de compras⁷⁵⁴.

De este modo, resulta paradójico el poco avance en la aplicación de estos medios electrónicos, siendo que de un universo de 193 países analizados acerca de su estado sobre “Administración Electrónica”, España está en el lugar 12 al año 2014, sólo por debajo de potencias como Canadá (11º lugar), Gran Bretaña (8º lugar) o Estados Unidos (7º lugar)⁷⁵⁵. Este escenario, nos hace por lo tanto suponer que existen las condiciones, instrumentos y medios suficientes en el país para llevar a cabo esta implementación electrónica en los sistemas de adquisiciones, y que los obstáculos parecen ser de otros tipos, donde ALMONACID LAMELAS advierte que el uso de estos medios electrónicos no se ha generalizado empezando por el hecho de que aún no son obligatorios. Agregando que esto es una pena, ya que cuando se han utilizado se ha visto que se muestran al menos tan transparentes como eficientes⁷⁵⁶.

En cuanto a ciertos desarrollos que ha tenido esta implementación en el país, debemos mencionar que el único ámbito en que la utilización es más avanzada, es en la publicación electrónica de avisos de contratos a través de perfiles individuales de adquisiciones para cada Administración, que se hizo obligatoria para todas las autoridades contratantes como parte de las reformas de 2011⁷⁵⁷.

En lo territorial, existen algunas experiencias exitosas de implementación aunque parciales, siendo algunas de ellas, por ejemplo, las siguientes: en el año 2001, el Gobierno de Canarias decidió abordar el proyecto para la implantación de este sistema optando por una solución bajo el modelo de licencia de software, alojando la herramienta en sus propios servidores⁷⁵⁸. En Madrid, el

⁷⁵³ Ver indicadores página web European Commission. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. Performance per policy área. Public Procurement. Recuperado el 13 de abril de 2016 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm.

⁷⁵⁴ Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.9.

⁷⁵⁵ Datos obtenidos de informe que elabora las Naciones Unidas cada dos años sobre el estado de la administración electrónica en 193 países. Recuperado el 5 de abril de 2017 en http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2014/Julio/Noticia-2014-07-02-espana-situa-puesto12-onu-admon-electronica.html.

⁷⁵⁶ Galán et al (2013), op. cit., p.46.

⁷⁵⁷ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.209.

⁷⁵⁸ Durante la fase de implantación fueron aplicados a nivel horizontal todos los procedimientos normalizados que previamente habían sido definidos para todo el Gobierno de Canarias. Posteriormente, durante los años 2003 y 2004 puso en marcha el módulo de gestión y mantenimiento de Catálogos de bienes homologados que le permitió la centralización de todos los catálogos de bienes y servicios a nivel autonómico. En la actualidad, el Gobierno de Canarias ha llevado a

Ayuntamiento del mismo nombre al año 2005, decidió optar por una implantación progresiva del modelo global, iniciando el proceso con la implantación de un módulo de gestión electrónica de expedientes de contratación integrando con el sistema contable (SAP) y registro de contratos. Lo anterior, permitió que todos los expedientes electrónicos incluyeran documentos generados en base a una batería de plantillas predefinidas⁷⁵⁹.

En el norte del territorio, la Comunidad Autónoma del País Vasco fue la primera administración pública que promovió e implantó el uso de sistemas electrónicos de licitación y contratación pública. El sistema impulsado por el Gobierno Vasco nació en 2002, pero no fue hasta 2005 cuando estuvo plenamente operativo⁷⁶⁰. En Galicia, la Xunta de esa región desde el año 2010, cuenta con una plataforma de contratación pública electrónica a través de la cual los licitadores pueden presentar sus ofertas y participar en los procedimientos respectivos⁷⁶¹. En el Ayuntamiento de Gijón, la contratación menor se gestiona en un 100% por sistemas electrónicos⁷⁶². Hacia Cataluña, actualmente hay varios Ayuntamientos como el de Terrasa y Barcelona, que gestionan gran parte de sus procesos de contratación por medios electrónicos⁷⁶³. Finalmente, mencionamos a la Universidad de Armería, quien ha sido la primera en su área en implantar este nuevo sistema.

En virtud de lo mencionado, conviene destacar que los tres niveles de Administración que hay en España (estatal, autonómico y local) deben hacer frente a tres elementos concluyentes para aplicar la licitación pública electrónica: medios, recursos y talento⁷⁶⁴. Comprendiendo que la desigualdad de

cabo la implantación de un registro de contratistas electrónico a nivel autonómico, y un registro de contratos en formato electrónico que permite la consulta y tramitación centralizada de todos los contratos públicos celebrados a nivel autonómico (INTECO, 2011, op. cit., p.91).

⁷⁵⁹ Ibid.

⁷⁶⁰ Entre los materiales que elaboró esta jurisdicción para “comunicar y capacitar”, merece la pena mencionar los cerca de 40 vídeo tutoriales que permiten al usuario conocer los requisitos para licitar electrónicamente en la plataforma, y presenciar demostraciones prácticas de cómo realizar cada una de las acciones requeridas.

⁷⁶¹ Esta plataforma se encuentra debidamente conectada con el registro de contratistas y con la caja general de depósitos, lo que permite a las empresas licitadoras realizar todos los trámites de manera telemática, simplificando al máximo la participación por parte de los licitadores en los procesos de licitación. Este hecho hace que las empresas no tengan que presentar la misma documentación una y otra vez permitiéndoles así una única justificación documental para poder acceder a múltiple procedimientos de contratación convocados por parte de la Xunta y sus organismos de contratación (INTECO, 2011, op. cit., p.90).

⁷⁶² Yáñez Guillermo (2015).

⁷⁶³ La puesta en marcha del nuevo sistema de tramitación electrónica para la contratación del Ayuntamiento supone un cambio importante en la forma en que se gestionan los contratos administrativos. El nuevo sistema (e-Contrato) dota al Ayuntamiento de las herramientas necesarias para poder efectuar la contratación pública, cumpliendo la nueva Ley 30/2007 de contratos del Sector Público. El uso de tecnologías como el documento y firma electrónica o la posibilidad de establecer la relación con terceros a través de medios electrónicos de forma segura, hacen posible llevar a cabo todas las tareas asociadas a los diferentes procedimientos de contratación en soporte electrónico. Más allá de las mejoras asociadas al expediente electrónico de contratación, se han revisado y simplificado una serie de elementos de gestión con el objeto de hacer más eficiente el procedimiento (Federación Española de Municipios y Provincias, 2011, p.36).

⁷⁶⁴ Entrevista realizada el año 2011 al Vicepresidente de Desarrollo Corporativo de Tuenti y ex director general de Red.es en Pin Arboledas et al (2011), op. cit., p.33. Respecto de las plataformas aludidas hay que indicar los pros y contras de dos diferentes modelos: i) plataformas de licitación electrónica hechas a medida: se identificó como un modelo válido

estos factores entre cada una de las divisiones territoriales mencionadas, como indica el Ministerio de Hacienda Español, hace útil la creación de un portal único de contratación nacional que ofrezca una visión integra de las adquisiciones, en particular, que este portal brinde a las empresas una visión completa, coherente e integrada de toda la compra estatal, y desde él, se pueda acceder a toda la información y documentación necesaria para participar en cualquier licitación⁷⁶⁵.

En conclusión, y como se evidencia, el Estado español en su operatoria posee una implementación de la contratación pública electrónica parcial y no obligatoria, sustentada en variadas plataformas y funcionalidades que difieren entre una Comunidad y otra. A su vez, este territorio todavía no ha entendido la importancia y el coste que está causando esta espera e indiferencia en transitar hacia este nuevo sistema, desatendiendo las disposiciones pertinentes sobre esta materia que han dispuesto las nuevas directivas europeas de 4ª generación hace ya un buen tiempo. Pese a todo ello, ya esta situación insostenible ha llegado a su fin al entrar en vigor la nueva LCSP 9/2017, de 8 de noviembre, la cual establece que a los cuatro meses de vigencia de esta normativa, la administración pública española estará “obligada” a la utilización de la licitación electrónica en todos los tipos de procedimientos contemplados en esta norma. Lo que sólo queda por confirmar, entonces, es que esta disposición se respete y no afloren regímenes jurídicos particulares o especiales que busquen la excepción para no aplicarla.

Hoy en día, el efecto de esta tardía contratación electrónica en la Administración española ha marcado una acumulación de ineficiencia, ineficacia, escasa transparencia y aumento de costes, entre otros, lo que ha venido socavando el desarrollo de una buena Administración y afectando el buen gobierno. Desde una perspectiva económica y de gestión, es evidente que este sistema ha debido haberse aplicado en España hace años por todos sus beneficios y ventajas, las cuales el país ya ha perdido y debe intentar recuperar.

Así, y como se puede apreciar, hemos llegado a un punto en este viaje en el cual ha sido necesario “obligar” para garantizar un bien común y avanzar en esta materia. No obstante, y por el historial que posee el país en su transposición a las directivas europeas anteriores en este tema, pareciera que esta obligatoriedad seguirá teniendo dificultades en su implementación, sobre todo, si no existe una reglamentación clara que sancione su incumplimiento ante la fecha de puesta en marcha, así como, que exista un ente que garantice y supervise que este mandato se cumpla.

para entidades públicas de gran tamaño y/o con un gran volumen de licitación, y ii) plataformas de licitación electrónica como servicio: modelo adecuado para entidades más pequeñas que no tengan capacidad técnica o económica para realizar desarrollos propios y con unas necesidades de licitación más básicas.

⁷⁶⁵Revista Sociedad de la Información (2004). “Diagnóstico de la situación de la contratación pública”. Junio, p.26.

Por último, y haciendo referencia a ALMONACID LAMELAS y MORENO BONILLA, estos autores terminan afirmando que debe existir la “exigencia” de impulsar las relaciones entre ciudadanos, empresas y Administraciones sólo por canales electrónicos (por defecto), en donde los medios presenciales -a través del papel- sean la excepción⁷⁶⁶.

6. BARRERAS Y ALGUNOS FACTORES DE ÉXITO PARA IMPLANTAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

Desde una óptica internacional, el Banco Mundial advierte que las barreras a la implementación de esta nueva práctica pueden deberse a una escasa difusión de las normas, formación inadecuada del personal, falta de aplicación, escasos registros de datos, y corrupción endémica, entre otras⁷⁶⁷.

Del mismo modo, la OCDE al año 2015 y en una encuesta realizada sobre el uso de la contratación pública electrónica en su grupo de países, indicó que, por ejemplo, los conocimientos y habilidades en las TIC son bajos (44% de los encuestados); existe una exigua cultura en la innovación organizacional (41% de los encuestados); se aprecia un escaso conocimiento de las oportunidades económicas que plantea el sistema de contratación en cuestión (34% de los encuestados); y finalmente, en relación con los oferentes y proveedores potenciales, 13 países de este organismo entre ellos Canadá, Italia y Eslovenia, identificaron dificultades para entender o aplicar los procedimientos, además de otros problemas en el uso de las funcionalidades como retos adicionales (41 % de los encuestados)⁷⁶⁸.

Hacia Europa, la UE ha mencionado que existen retos o más bien obstáculos que entorpecen la transición a la contratación de este tipo en los Estados respectivos⁷⁶⁹, destacando de entre ellos cuatro:

a) *Inercia y temores de las entidades adjudicadoras y proveedores*. Esto puede deberse a los costes de reorganización interna y al desconocimiento de las ventajas del sistema⁷⁷⁰. Aquí la información efectiva y la transparencia total son claves.

⁷⁶⁶ Almonacid y Moreno (2015), p.2.

⁷⁶⁷ World Bank (2016), op. cit.

⁷⁶⁸ OCDE (2015b), op. cit., p.140.

⁷⁶⁹ Unión Europea (2010), op. cit., pp.12-13.

⁷⁷⁰ Del mismo modo, los proveedores no siempre ven las ventajas que les comportaría efectuar la transición. Muchas entidades adjudicadoras y proveedores están adoptando una actitud de prudente expectativa porque creen que la inversión en contratación electrónica comporta riesgos.

b) *Falta de articulado normativo en los procesos de contratación electrónica.* Cada sistema de contratación electrónica se caracterizará por distintas normas y funciones, complicando así el trabajo de los proveedores que deseen participar en sistemas múltiples. Esto puede hacer que sus costes de aprendizaje aumenten y se reduzca su participación⁷⁷¹.

c) *Requisitos técnicos engorrosos, especialmente para la autenticación del licitador.* A pesar de estas trabas técnicas, en la UE se ha adoptado ya toda una serie de requisitos y soluciones encaminadas a resolver las cuestiones relativas a la autenticación e identificación. Algunas de estas son por ejemplo el empleo de combinaciones de nombre de usuario/contraseña⁷⁷².

d) *Transición hacia la contratación electrónica a varias velocidades.* El empeño por parte de los Estados de la UE para promover la contratación electrónica es diferente según los casos. Algunos han hecho obligatoria la utilización de estos procedimientos para todo su proceso; en cambio en otros, sólo lo han realizado parcialmente⁷⁷³.

A estos obstáculos, como advierte J.A. MORENO MOLINA, habría que adicionar también que el mercado único europeo de contratación electrónica se enfrenta a la falta de interoperabilidad transfronteriza, y a la complejidad de su interfaz en sus sistemas de información⁷⁷⁴.

Si sumamos ahora a esta breve panorámica universal, otras barreras que se presentan transversalmente en toda implementación de este nuevo sistema, podemos mencionar las siguientes:

Uno de los obstáculos más comunes al implantar la contratación pública electrónica proviene de las *indecisiones o voluntad política*. Los gobernantes son el primer obstáculo a soslayar en este nuevo proceso, simplemente, porque son ellos quienes aprueban las leyes y disponen de los recursos para que luego las Administraciones ejecuten su cometido. Como lo advierten las Naciones Unidas y la Comisión Europea, este sistema electrónico no plantea esencialmente problemas de índole técnico o

⁷⁷¹ Varios de los aspectos más problemáticos aparecen en las fases de presentación y tratamiento de las ofertas. El mercado necesita identificar aplicaciones maduras con un nivel adecuado de funcionalidad. En estas etapas cruciales del proceso es necesario un esfuerzo más concertado a nivel de la UE para fomentar la conformidad y la normalización. Se necesitan unas normas y puntos de referencia comunes que permitan el desarrollo de sistemas interoperables y que otros puedan asumir. Es preciso concentrar los esfuerzos en los ámbitos del intercambio de documentación, autenticación, facturas y catálogos en línea, y clasificación de productos.

⁷⁷² Otras son más avanzadas y requieren tipos específicos de firma electrónica, como la firma cualificada (que exige una certificación digital emitida por proveedores de servicios de certificación reconocidos o habilitados).

⁷⁷³ También hay que añadir que es necesario organizar procedimientos de contratación a través de la infraestructura disponible. El desafío desde el punto de vista del mercado interior es garantizar que los proveedores de países socios no se encuentren en posición de desventaja al competir con estos sistemas, y que dispongan de los instrumentos necesarios para participar en procedimientos organizados en sistemas diferentes.

⁷⁷⁴ Moreno Molina J.A. (2015b), op. cit., p.74.

tecnológico, sino un reto político que no puede superarse sin una firme voluntad al más alto nivel político, el cual se preocupe de la transparencia y la participación de la comunidad de proveedores y de la sociedad civil⁷⁷⁵.

En segundo lugar, y no menos importante, nos encontramos con *factores culturales* propios de las instituciones públicas, los cuales condicionan a todos sus estamentos internos y son variados dependiendo de la institución propiamente tal. Algunos de ellos son, por ejemplo, razones de edad, insuficiente formación, conservadurismo, y aversión al riesgo. Lo cierto, es que la introducción de las nuevas tecnologías en la gestión pública no siempre se ve acompañada del esfuerzo, de la iniciativa y del entusiasmo preciso para romper los moldes sobre los que ha discurrido durante muchos años la burocracia más tradicional⁷⁷⁶. Como sostiene la UE a este respecto, la utilización de medios electrónicos por parte de los funcionarios públicos puede verse obstaculizada por consideraciones tales como: la falta de conocimientos técnicos, la resistencia al cambio, y la ausencia de técnicas de formalización⁷⁷⁷.

Es de este modo, que GALÁN PASCUAL destaca que la inercia de los poderes públicos y el miedo al cambio -derivado de la escasa confianza que, en ocasiones, han demostrado algunos responsables públicos respecto de la viabilidad técnica y la eficacia jurídica del procedimiento electrónico-, constituyen sin duda los obstáculos más importantes y que, por imperativo legal, resulta absolutamente necesario superar⁷⁷⁸.

Si examinamos ahora la barrera proveniente de lo *tecnológico*, como tercer obstáculo, debemos indicar que en muchos de los países desarrollados ésta ya no es una limitante propiamente tal, sino más bien, una situación que depende de la priorización de recursos, gestionar el cambio y capacitar. En España, por ejemplo, podemos inferir que este aspecto -como anteriormente lo hemos dicho-, no debería ser mayormente significativo, sobre todo por el avance en el país de la “Administración Electrónica” en el sector público en los últimos años, destacando a España entre los primeros 12 puestos al año 2014 de entre 193 naciones⁷⁷⁹.

⁷⁷⁵Naciones Unidas (2011), op. cit., p.ix.

⁷⁷⁶Ministerio de Economía y Hacienda (2009), op. cit., p.70.

⁷⁷⁷Unión Europea (2011b), op. cit., p.248.

⁷⁷⁸Galán Pascual (2013), op. cit., p.2.

⁷⁷⁹ Datos obtenidos de informe que elabora las Naciones Unidas cada dos años sobre el estado de la administración electrónica en 193 países.
http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2014/Julio/Noticia-2014-07-02-espana-situa-puesto12-onu-admon-electronica.html.

Conforme a lo expresado por PIN ARBOLEDAS, la tecnología la gestionan las personas, por lo tanto, su resistencia a las transformaciones es algo habitual y esencial a tener en cuenta. Un gran planteamiento tecnológico puede fracasar por falta de planificación humana, máxime cuando confluyen distintas Administraciones que pueden ser de diferentes colores partidistas⁷⁸⁰.

Al presente, la Administración Electrónica, el concepto de Gobierno Abierto y todos los procesos públicos llevados a cabo por medios electrónicos, ya son un hecho y van en aumento, entendiendo los Estados que en términos económicos y sociales los beneficios superan con creces su inversión. Citando a MARTÍN MATEO, *“No hay nada que impida a la Administración servirse de un ordenador, y lo mismo cabe decir de soluciones elementales de mejora funcional (técnicas innovadoras electrónicas, informáticas y telemáticas), en tanto sean compatibles con las garantías que demanda el obrar público...”*⁷⁸¹.

En una cuarta barrera, como advierten las Naciones Unidas, está la forma de *gestionar la ejecución de este nuevo sistema, y el nivel de liderazgo* o el apoyo proporcionado para asegurar su adopción exitosa. Muy a menudo, las fallas no están relacionadas con el propio sistema de contratación electrónica, sino más bien, con disfunciones de coordinación institucional y con el diseño de flujos de trabajo. Asimismo, tal organismo añade que países han creado muchos conceptos erróneos en relación a la aplicación de este nuevo sistema, los cuales terminan por afectar la capacidad para definir y gestionar correctamente su implementación⁷⁸² (ver conceptos erróneos y correctos de la contratación electrónica en anexo 2).

En otro elemento que podría ser una quinta barrera, encontramos el *coste económico* de implantar este nuevo sistema. Según GIMENO FELIÚ, las autoridades públicas se han visto a menudo disuadidas por los costes y desafíos significativos de esta transición (administrativa, organizativa y técnica)⁷⁸³, sin embargo, la experiencia ha demostrado que aunque en una primera parte el gasto en ellos pudiera ser significativa y generar algún obstáculo, dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración⁷⁸⁴. De hecho, en países como el Reino Unido, esta inversión puede ser realizada por la empresa privada, y luego, se recupera

⁷⁸⁰ Pin Arboledas en Galán et al (2013), op. cit., p.10

⁷⁸¹ Martín Mateo (1996), op. cit., p.68.

⁷⁸² Naciones Unidas (2011), op. cit., p.3.

⁷⁸³ Gimeno Feliú (2012), op. cit., p.1059.

⁷⁸⁴ Este hecho es mencionado también por GALÁN, quien plantea que hay que recordar que si bien la implantación de soluciones electrónicas en materia de contratación comporta inevitablemente ciertos gastos iniciales, la experiencia demuestra que es posible recuperar dichos gastos en un plazo relativamente breve (Galán et al, 2013, pp.21-22).

cobrando un porcentaje por cada transacción que se haga en el sitio web de contratación respectivo⁷⁸⁵.

Así, y a este respecto, mencionamos lo señalado por el Presidente del Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL)⁷⁸⁶, en España, quien ha afirmado que aunque se pueda pensar que la inversión inicial en este sistema es significativa en un comienzo: “...este gasto es mínimo con el resultado y ahorro en todo el proceso el cual es inmediato. Lo más difícil de este proceso es convencer a las autoridades políticas que esto genera más beneficios sociales que no aplicarla, aunque no podemos dejar de decir que la aplicación de ella dependerá en gran medida, de la transparencia propia de la autoridades”⁷⁸⁷.

Por último, y en un sexto obstáculo, está la necesidad de *efectiva comunicación (información) sobre este nuevo proceso y su posterior formación*. El informar reduce los miedos; y esto a la vez abre al camino para una efectiva y eficiente implementación. En cuanto a la formación y de acuerdo a SAN MARTÍN MORA, “El uso de las nuevas tecnologías puede liberar a los gestores de cargas burocráticas, pero también es cierto que en sí misma la contratación electrónica exige también una cierta cualificación”⁷⁸⁸. Es por ello, que el logro de un proyecto de esta naturaleza trasciende inexcusablemente porque todas las personas de la institución conozcan, se informen, apoyen y se sientan partícipes del cambio⁷⁸⁹. De este modo, J.A. MORENO MOLINA termina manifestando que el mayor obstáculo en esta implementación consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a utilizar estos medios⁷⁹⁰.

En suma a todas estas barreras descritas, hay que decir también que así como éstas pueden provenir desde sector público, también lo pueden hacer desde el ámbito privado. Las resistencias pueden venir desde las personas que trabajan en las empresas y sus vendedores, ya que acostumbrados a tener éxito con la licitación tradicional, miran con suspicacia los nuevos métodos.

⁷⁸⁵ Unión Europea (2010), op. cit., p.5

⁷⁸⁶ Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, España. www.cosital.es

⁷⁸⁷ También este Presidente sostuvo que no es menos cierto que la contratación pública es una materia en constante evolución y que constituye una preocupación de primer orden para las instancias europeas, estatales, autonómicas y locales, y también para la sociedad en su conjunto, especialmente para ésta última, en cuanto que, si se regula adecuadamente, puede prevenir y reducir los niveles de corrupción, fenómeno tradicionalmente ligado a una actividad como la contratación que mueve cantidades grandes de dinero público (Ávila Cano, Eulalio, Presidente del Consejo General de COSITAL en “Número extraordinario de la revista de estudios locales”, agosto, 2013, p.9).

⁷⁸⁸ Sanmartín Mora (2011). Opinión en Observatorio de Contratación Pública, septiembre.

⁷⁸⁹ INTECO (2011), op. cit., pp.80-81.

⁷⁹⁰ Moreno Molina J.A. (2015b), op. cit., p.125.

Es por ello, que la cooperación pública-privada tiene que ser un elemento central y clave para avanzar en esta nueva materia⁷⁹¹.

A modo de resumen, y mayor detalle, si tuviéramos que realizar una síntesis de las principales barreras en la implementación de un sistema de contratación electrónica, podríamos reflejarlas separadamente en las siguientes perspectivas:

“PRINCIPALES BARRERAS AL APLICAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA”

PERSPECTIVAS	PRINCIPALES BARRERAS
POLÍTICA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Escasa voluntad política para apoyar y entregar directrices concretas sobre la aplicación de este nuevo sistema. 2. No otorgar recursos presupuestarios suficientes para implementar este nuevo método. 3. Falta de liderazgo ante este nuevo cambio.
JURÍDICA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carencia en la claridad normativa específica de cómo ejecutar este nuevo sistema.
OPERATIVA (Proceso de cambio)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Exigua comunicación, inoportuna e inefectiva sobre el proceso de cambio. 2. Escasez de procedimientos claros sobre cómo operará la nueva función (rediseño y reingeniería de procesos). 3. Falta de “Diseño de flujo de trabajo” para implementar el sistema.
FUNCIONARIA (Empleados Públicos)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Lentitud en adaptar los cambios. 2. Desconocimiento de las ventajas del sistema, así como de sus fortalezas. 3. Escasez de liderazgo Directivo. 4. Desconfianza entre los usuarios que utilizan el sistema. 5. Escasez de incentivos reales y medibles para aplicar este proceso exitosamente. 6. Factores culturales tales como: edad, insuficiente formación, conservadurismo, aversión al riesgo, entre otros.
INSTITUCIONAL	<ol style="list-style-type: none"> 1. Carencia de coordinación institucional y cooperación con otras organizaciones. 2. Inexistencia en la práctica de un organismo público que entregue las directrices operativas, regule y controle con datos este sistema (necesidad de base de datos).
TECNOLÓGICA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Falta de capacitación y formación efectiva en los objetivos y funcionalidades del nuevo sistema. 2. Posible coste importante en la inversión inicial. 3. Inexistencia de interoperabilidad del sistema.
PROVEEDORES Y OFERENTES	<ol style="list-style-type: none"> 1. Escaso conocimiento de cómo funciona el nuevo sistema. 2. Poca claridad jurídica sobre si este nuevo sistema tendrá una nueva normativa. 3. Desconfianza de la transparencia del sistema. 4. Requisitos engorrosos para concursar.

Cuadro 8. Fuente. Elaboración propia obtenida de los estudios y autores de esta investigación

Como contraparte de lo expuesto, y en complemento a estas barreras mencionadas, conviene apuntar también algunos de los “factores de éxito” que propician la implementación de estos medios electrónicos, señalando primeramente lo indicado por J.A. MORENO MOLINA. Este autor, ha sostenido que en general las iniciativas exitosas en la materia incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas⁷⁹².

Sumado a estas iniciativas, y como respuesta a las barreras antes reseñadas, se añade también un liderazgo efectivo de parte del gobierno⁷⁹³; una comunicación del cambio (informar sobre este

⁷⁹¹ Pin Arboledas en Galán et al (2013), op. cit., p.10.

⁷⁹² Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p.64; y Moreno Molina J.A. (2015a), op. cit., pp.8-9.

⁷⁹³ Suárez y Laguado (2007), op. cit., p.37.

nuevo proceso a toda la institución y proveedores de forma clara y sin ambigüedades⁷⁹⁴); una cooperación entre organismos públicos que facilite el intercambio de buenas experiencias; y formar y profesionalizar al recurso humano (establecer incentivos adecuados)⁷⁹⁵.

En conclusión, y desde lo normativo, el reto trasciende en abordar la tarea de hacer los ajustes legales que su marco jurídico requiera para implantar este nuevo sistema, sobre todo, estudiar las particularidades de los gobiernos locales. Aunque es posible llevar a cabo ciertas facetas de la contratación pública electrónica, como la publicidad a través de portales, su efectividad ulterior puede verse afectada si no se presta atención a aquellas coyunturas de orden normativo, las cuales aparecen cuando las herramientas tecnológicas se incorporan a los mecanismos tradicionales de contratación⁷⁹⁶.

Asimismo, y en lugar de fomentar la creencia de que los funcionarios públicos serán sustituidos por tecnologías, se debe también recalcar que sólo con la intervención y profesionalización de ellos se podrá concretar una contratación electrónica exitosa⁷⁹⁷. Este escenario, por lo tanto, nos lleva a preguntarnos ¿Qué incentivos estamos creando en el recurso humano del sector público para implantar un sistema como el expuesto?⁷⁹⁸

Finalmente, no podemos dejar de recordar y enfatizar que para minimizar estas barreras, es imprescindible la “comunicación del cambio”. Comunicar no necesariamente es capacitar, sino básicamente informar los aspectos generales, problemáticas y beneficios que traerá consigo esta implementación; actividad que terminará por disminuir los miedos y aumentar las confianzas. La comunicación debe ser efectiva, y no sólo efectuarse para cumplir una meta de algún programa de trabajo planificado para el año. Las partes involucradas deben conversar entre sí, y aclarar tanto dificultades, como propuestas de soluciones hacia tales dificultades⁷⁹⁹.

⁷⁹⁴ Public Works and Government Services Canada. Procurement Best Practices. Recuperado el 25 de mayo de 2017 en <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/1>

⁷⁹⁵ INAP (2009), op. cit., p.73. De acuerdo al Banco Mundial (2016), las buenas prácticas en la materia reducen los costes y producen resultados oportunos (World Bank, 2016, op. cit.).

⁷⁹⁶ Suárez y Laguado (2007), op. cit., pp.38-39.

⁷⁹⁷ Ibid, p.37.

⁷⁹⁸ Un aparato público que ofrece caminos y procedimientos más transparentes para el desarrollo una la carrera funcionaria y la promoción de ella en materia de contratos públicos, es uno de los incentivos claves para lograr la eficiencia y eficacia de esta temática. La transparencia cuando se ve, incentiva la participación de buenos profesionales para cargos en esta materia, no obstante, esto es solo la mitad de la tarea; la otra es mantenerlos.

⁷⁹⁹ Ver mayor detalle sobre este aspecto en artículo del autor “Gestión del Cambio en la contratación pública electrónica”, de julio de 2016 publicado en el Observatorio de Contratación Pública, España.

CAPÍTULO SEGUNDO. “EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

I. INTRODUCCIÓN

Proveer de bienes y servicios para al Estado no está alejado de problemas y/o dificultades. La preocupación por disminuir irregularidades y malas prácticas, así como mejorar la gestión interna de la Administración, son materias que están siendo cada vez más examinadas por la opinión pública, entendiendo esta última que si no se supervisa, se seguirá pagando un alto precio que decanta en un mal servicio al ciudadano, y desconfianza en las instituciones y autoridades de gobierno.

El control es inherente a un Estado democrático configurado en su Constitución⁸⁰⁰. Por tal razón, conocer desde la ciudadanía qué se está comprando, cómo se está haciendo, y qué medidas se están adoptando para garantizar que el proceso de adquisición pública cumple con las demandas actuales en fondo y forma, es la tarea esencial que debe tener este control en la materia. Medir nuestras compras ya no puede ser una decisión política secundaria. Tiene que llevarse a cabo con carácter obligatorio en todo sistema de adquisición, en toda etapa del ciclo de compra, y en toda conducta funcionaria. No hay que entender con esto que debemos controlarlo todo, sino sólo aquello que presenta recurrentes disfunciones que están de manifiesto.

Como ya sabemos, los bienes y servicios son primordiales para el funcionamiento de cualquier organización, por lo tanto, el control y la evaluación que se haga de ellos básicamente permitirá cumplir dos objetivos: primeramente, abordará las conductas humanas impropias y de corrupción⁸⁰¹, acentuando el INAP que las principales causas de fraude, robo e irregularidad tienen su base en la falta de procedimientos de control adecuados⁸⁰²; y como segundo objetivo, procurará que las acciones para la consecución de los propósitos no sean desviadas, adicionando con ello una cuota de mejora de los procesos y corrigiendo problemas de eficiencia. Es este segundo objetivo del que nos preocuparemos por desarrollar en este capítulo, evidenciando que el control legal o normativo, además del presupuestario-financiero, deben ser acompañados de mediciones de otros tipos que permitan lograr un funcionamiento y resultados de compra óptimos en todo sentido, cumpliendo a la vez los principios rectores en esta temática.

⁸⁰⁰ Pascual García (1999), op. cit., p.343.

⁸⁰¹ En el caso de España, la percepción de la corrupción es muy alta, opinando la ciudadanía que este vicio es generalizado y constituye el segundo problema importante del país, después del desempleo. Según el Observatorio de Contratación Pública español, hay un fuerte vínculo entre la corrupción y la contratación pública, y muchos de los prominentes casos de corrupción nacionales están conectados de alguna manera con esta materia (Unión Europea, 2015a, op. cit., p.209).

⁸⁰² INAP (2009), op. cit., p.82.

Una de las primeras preguntas que deberíamos hacernos al comenzar con el desarrollo de este apartado, es ¿Qué clase de bienes, servicios y/u obras les estamos entregando a nuestros ciudadanos? ¿Aquellos que el Estado cree que necesitan?, o ¿Los que ellos verdaderamente requieren? Uno de los más reconocidos filósofos de la administración del siglo XX ya mencionado, DRUCKER FERDINAND, sostuvo que aunque las agencias o instituciones gubernamentales centrales como locales se estén reorganizando constantemente para ser más eficientes, los ciudadanos se quejan cada vez más de la burocracia en el gobierno. Lo que significa que la labor gubernamental se está ejecutando para la conveniencia de sus empleados, y no para la sociedad que protege. Esto en definitiva, el autor lo califica como una mala administración⁸⁰³, infiriendo con ello que primero que todo hay que escuchar a los receptores de los servicios.

De este modo, y como destaca el “Libro blanco para la mejora de los servicios públicos”, no debemos olvidar que *“Lo que justifica la existencia de la Administración es el ser una organización que gestiona los intereses colectivos, que en cada momento le encomienda la sociedad a la que sirve”*. Así, la falta de preocupación por obtener los resultados que los ciudadanos y la sociedad esperan y necesitan, genera injusticia y es contrario al espíritu constitucional⁸⁰⁴.

Nuestra contratación pública no podrá salir de una deficiente administración si no controla de forma efectiva, es decir en este caso, atendiendo las demandas oportunamente y estimulando la participación de los actores involucrados. Debemos despojar la actuación de las inercias tradicionalistas y de las decisiones políticas sustentadas en populismo, basándonos mayormente en realidades cuantitativas de quienes usan los servicios públicos. Esta idea no es nueva, y ya ha sido sostenida por varios estudios y autores, entre ellos el matemático y físico británico THOMPSON KELVIN (1824-1907), quien señaló: *“Cuando una persona puede medir aquello sobre lo que está hablando y expresarlo con números, sabe alguna cosa sobre la cuestión; pero cuando no puede medirlo, cuando no puede expresarlo con números, lo que sabe es escaso e insatisfactorio”*⁸⁰⁵.

Este conocimiento escaso sobre el funcionamiento de nuestras adquisiciones será el existente por no querer disponer de información sólida y a tiempo, que “cambie” la forma de trabajo actual por una que realmente solucione problemas, cuide y optimice los recursos públicos, y disponga de canales transparentes y oportunos para evitar irregularidades. La compra pública al presente produce cuantiosos datos, pero estos no servirán en demasía si no los ordenamos, medimos, gestionamos y

⁸⁰³ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.97

⁸⁰⁴ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.24 y 51.

⁸⁰⁵ William Thompson citado por Niven Paul (2003), op. cit., p.23.

utilizamos para adaptar el marco jurídico a las situaciones que está demandando el sistema en su conjunto. No pueden existir mejoras si todo el tiempo estamos utilizando nuestros recursos en solucionar los mismos problemas de siempre; lo que sí habrán, serán sólo costes innecesarios y redundancias de esfuerzos.

Para mejorar hay que monitorizar y controlar; luego con este control debemos transparentar los resultados obtenidos rindiendo cuentas y entregando propuestas; para finalmente, disponernos con voluntad y convicción de interés público a actuar, dejando de utilizar este examen sólo para cumplir o calmar deseos de quienes quieren manifestar que se está haciendo algo.

A través del análisis de importantes estudios internacionales, junto con determinados autores relativos al control y la contratación pública, este capítulo desea exponer, como objetivo general, la necesidad que existe hoy en día de interconectar y unir la disciplina del derecho, la gestión pública, y aspectos de la gestión privada, de modo de sumar sinergias necesarias para el mejoramiento del control en esta temática; demostrando por consiguiente, que esta materia de contratos ya no puede seguir dependiendo sólo de un ordenamiento jurídico para alcanzar sus objetivos y cumplir sus demandas actuales.

Para lograr lo anterior, desarrollaremos por lo tanto los siguientes tres objetivos específicos. El primero, será caracterizar los elementos esenciales que conforman este control aludido, evidenciar una panorámica sobre las situaciones que apremian su necesidad de medir los sistemas de adquisiciones públicas a nivel internacional y en España, y al mismo tiempo, persuadir en base a fundamentos sólidos, sobre el uso de esta función administrativa para mejorar las deficiencias actuales. El segundo, buscará exponer los aspectos institucionales relevantes que relacionan a este control con la contratación pública, describir los factores que lo obstaculizan y potencian, así como destacar la importancia de desarrollar un control interno y sus mecanismos de medición para lograr un mejoramiento sostenible.

Finalmente, y como un tercer objetivo, este capítulo analizará la situación del control en materia de contratos públicos en España, revisando su legislación al respecto, deficiencias, causas y contexto, como asimismo, indicará los temas que se deben priorizar en este examen y las propuestas de mejora que podrían implementarse. Por último, se describirán los órganos responsables de llevarlo a cabo, junto con los retos que debe enfrentar para lograr mejorar la contratación en el país.

Disminuir la corrupción como mejorar la gestión interna son parte fundamental del objetivo de este control que desarrollaremos en este apartado, debiendo por consiguiente asumir, que para lograr optimizar nuestro proceso de compra vigente, necesitamos entregar una importancia equilibrada a estos dos conceptos iniciales, y no seguir desarrollándolos desigualmente por separado.

II. DIMENSIÓN DEL CONTROL EN LA OPERATORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL Y SU IMPLEMENTACIÓN

Uno de los primeros aspectos que debemos manifestar sobre el control, es su diversidad de interpretaciones. Según CHIAVENATO IDALBERTO, esta noción tiene significados y connotaciones que dependen de su función o del área específica dónde se aplica, definiendo entonces un control como función administrativa, como medio de regulación, o como función restrictiva y limitadora de un sistema para mantener a los miembros dentro de los parámetros de comportamiento requeridos⁸⁰⁶.

A partir de una concepción universal, esta noción es observar lo que se está haciendo, y de acuerdo a parámetros objetivos o subjetivos, evaluar tal conducta. Se define como el examen y comprobación de la correspondencia de un proceso con un plan, esquema o norma. Su esencia radica, así, en la actividad de comparación de un objeto con un criterio de referencia, acción que permite como fin último la adopción de una decisión que sea procedente⁸⁰⁷.

En las organizaciones de todo tipo, trata de asegurar que las diversas unidades institucionales marchen de acuerdo con lo previsto (CHIAVENATO IDALBERTO)⁸⁰⁸. Se ejerce en referencia a reglas y criterios preestablecidos, conjunto llamado referencial. Vigilando que los procedimientos o normas establecidas en una institución se realicen, obteniendo como resultado el grado de cumplimiento (AEVAL)⁸⁰⁹. Es una función necesaria para poder valorar, evaluar, y optimizar la gestión en toda su amplitud (MUÑIZ GONZÁLEZ)⁸¹⁰. Como última fase del proceso administrativo, compara los objetivos previstos con los resultados conseguidos, y en ese sentido es una medida de la eficacia del proceso (ALEGRE et al)⁸¹¹, por ello, su obediencia está supeditada a los objetivos que se establecen en los planes respectivos (TERRY Y FRANKLIN)⁸¹².

⁸⁰⁶ Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., pp.618-619.

⁸⁰⁷ Parejo Alfonso (2016), p.13 y 23; López y Ortiz (2005), pp.501-518; y Chua (1989) citado por Salgado y Calderón (2014), p.3.

⁸⁰⁸ Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., p.618.

⁸⁰⁹ AEVAL (2010), op. cit., p.57.

⁸¹⁰ Muñiz González (2003), pp.29-30.

⁸¹¹ Alegre et al (2000), p.45.

⁸¹² Terry y Franklin (1996), pp.47-48.

Según F. WINSLOW TAYLOR -ingeniero y economista considerado el padre de la administración científica-, este concepto es “*Planear, hacer, ver*”⁸¹³, para añadir uno de los también considerados padres de la administración, pero clásica, FAYOL HENRI, que el control: “*Consiste en verificar si todo se realiza conforme al programa adoptado, a las órdenes impartidas, y a los principios admitidos. Tiene la finalidad de señalar las fallas y los errores, a fin de que se pueda repararlos y evitar su repetición. Se aplica a todo, a las cosas, a las personas y a los actos*”⁸¹⁴.

Desde una conceptualización internacional, y conforme a la Declaración de Lima expuesta por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), el control:

*“...no representa una finalidad en sí mismo, sino una parte imprescindible de un mecanismo regulador que debe señalar, oportunamente, las desviaciones normativas y las infracciones de los principios de legalidad, rentabilidad, utilidad y racionalidad de las operaciones financieras, de tal modo que puedan adoptarse las medidas correctivas convenientes en cada caso, determinarse la responsabilidad del órgano culpable, exigirse la indemnización correspondiente o adoptarse las determinaciones que impidan o, por lo menos, dificulten, la repetición de tales infracciones en el futuro”*⁸¹⁵.

Proveniente de lo normativo, y desde una perspectiva doctrinal que no difiere en fondo de lo ya manifestado, podemos mencionar las siguientes definiciones de este concepto: en un sentido vasto, “*Es un instrumento garante de la libertad*”, asumiendo una doble función: instrumental y legitimador, el cual estabiliza, definiéndose como una herramienta indispensable para el equilibrio de los poderes públicos (ARAGÓN REYES)⁸¹⁶. Permite comprobar la adecuación de la actuación de la Administración a las normas y fines establecidos en el ordenamiento jurídico (PARADA VÁZQUEZ)⁸¹⁷. Es resultante de dos subfunciones: una previa de comprobación y valoración con formación de juicio; y otra posterior, en caso de que proceda, de intervención en el asunto fiscalizado para corregirlo y exigir responsabilidades (CALLE CALVO)⁸¹⁸. Corresponde a la fijación de unos hechos, mediante un proceso intuitivo, y una valoración de los mismos desde una perspectiva de legalidad, eficiencia y economía (PASCUAL GARCÍA)⁸¹⁹. Sólo será concebible, a partir de una

⁸¹³ Frederick Winslow Taylor (1856-1915) citado por Ishikawa Kaoru (1997), p.71. Taylor, estableció la división de tareas en una fábrica. Su objetivo, fue incrementar la producción y productividad sin incrementar el número de trabajadores altamente calificados (Guajardo Garza, 1996, p.24).

⁸¹⁴ Fayol Henri citado por Cuervo y Vásquez (2004), p.231.

⁸¹⁵ INTOSAI (1988), p.5. Ver más sobre el control en las organizaciones públicas y privadas en Ballart y Ramió (2000), op. cit., pp.528-560.

⁸¹⁶ Aragón Reyes (1987), pp.22-23, y p.51. Ver las diversas funciones del control en Fernández Sarasola, (2000), op. cit., pp.91-93.

⁸¹⁷ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.132.

⁸¹⁸ Calle Calvo S (1993) citado por Pascual García (1999), op. cit., p.604

⁸¹⁹ Ibid.

relación de supremacía o superioridad entre controlador y controlado (RUBIO LLORENTE)⁸²⁰. Alude genéricamente a la regulación, el dominio o el gobierno de un sistema, incluyendo en este último el poder (PAREJO ALFONSO, LÓPEZ y ORTIZ, y CHUA)⁸²¹. Su regulación, por tanto, es entendida como la “*Limitación del poder por medio de reglas jurídicas de diferente carácter*”, siendo el requisito necesario para evitar el poder absoluto (SÁNCHEZ NAVARRO)⁸²².

Tal control del poder según indica BOBBIO NORBERTO, es necesario, por cuanto estamos en una época en la que los instrumentos técnicos de los que puede disponer quien lo detenta para conocer con precisión todo lo que hacen los ciudadanos, ha aumentado enormemente, siendo prácticamente ilimitado⁸²³.

Por su parte, FERNÁNDEZ SARASOLA sostiene que las distintas tendencias liberales asignaron diversas funciones al control, resumiéndolas en: control-equilibrio, control-sujeción y control-oposición. El primero, busca el balance del poder constitucional; el segundo, lograr que el ejecutivo cumpla con fidelidad la voluntad nacional soberana, garantizando así su sujeción al Parlamento; y el tercero, se refiere a la existencia de una oposición política al gobierno que garantiza un equilibrio⁸²⁴. Al presente, según este autor, estas distintas finalidades siguen motivando gran parte de las teorías que hoy se sustentan, pudiendo agruparse en las siguientes categorizaciones: control-garantía, control-inspección, control-dirección y control-responsabilidad⁸²⁵.

De este modo, y hacia el ámbito público, FUENTES VEGA et al señalan que la finalidad del control es proporcionar la garantía de que la actividad controlada se acomoda a los parámetros establecidos, sirviendo para conocer las desviaciones y ayudar a corregirlas. Agregando que esta función comprueba la actuación de un órgano a la legalidad y buena gestión, es decir, si cumple con

⁸²⁰ Prólogo de Rubio Llorente F, en Gil-Robles (1986), pp.25-30.

⁸²¹ Parejo Alfonso (2016), op. cit., p.13 y 23; López y Ortiz (2005), op. cit., pp. 501-518; y Chua (1989) citados por Salgado y Calderón (2014), op. cit., p.3.

⁸²² Sánchez Navarro (1995), p.227.

⁸²³ Bobbio Norberto (1986), p.24.

⁸²⁴ Fernández Sarasola (2000), op. cit., p.91-93.

⁸²⁵ La primera categoría, tiene como objeto exclusivo apreciar la conformidad o disconformidad de la actuación ministerial con los parámetros de los que el Parlamento se erige como tutor; la segunda, considera que el control se agota con la recepción de información por parte del controlante (fase de información) y el contraste con los parámetros de control (fase de juicio). La tercera, asume que el control posee siempre una dimensión plurifuncional, puesto que no se limita a fiscalizar, sino también a dirigir, por lo que sería expresivo de la función de indrizzo político (dirección política). Por último, el control-responsabilidad vincula en mayor o menor medida dos conceptos eminentemente relacionados: control parlamentario y responsabilidad política. Este control pone el foco en este nexo relacional, aunque desde una doble perspectiva. Para un sector, el control se relacionaría con la responsabilidad política parlamentaria. Desde una segunda vertiente, el control se relaciona con la responsabilidad difusa, es decir, con la que exige la opinión pública (Fernández Sarasola, 2000, op. cit., p.93-96).

los principios constitucionales de legalidad, eficacia, eficiencia y economía⁸²⁶. En este mismo sentido, BALLART y RAMIÓ afirman que este examen aporta seguridad a la sociedad sobre la legalidad de la actuación de los agentes públicos, eficiencia en la gestión y busca fines colectivos⁸²⁷. Así, y por tales razones, GIL-ROBLES manifiesta que evita desviaciones, advirtiendo que si no se adoptan medidas para lograr su adecuación a la norma controlada, no merece llamarse como tal⁸²⁸.

En suma a esta conceptualización jurídica, LAZO VITORIA afirma que este examen “*Implica la formulación de un juicio razonado que resulta de comparar una actividad con un parámetro o canon de referencia*”⁸²⁹, teniendo por función la limitación del poder público y la garantía de racionalidad en su ejercicio. Adicionando que el interés esencial de los mecanismos de control de la Administración deberían orientarse en fortalecer la prevención, más que la sanción⁸³⁰. De esta manera, y por último a este respecto, PARADA VÁZQUEZ distingue con relación a sus objetivos o finalidades para la administración pública, un control de legalidad o regularidad, un control de oportunidad y controles de rentabilidad y eficacia⁸³¹.

De acuerdo a un criterio estructural al interior del aparato público -y a la vez un criterio de carácter normativo-, diremos que el control puede caracterizarse también por ser: parlamentario, el cual es ejercido por el poder legislativo; judicial, ejercido por el poder judicial; y administrativo, el cual es llevado a cabo por el poder ejecutivo. Además, incluimos un cuarto control que es el control social, ejercido por la opinión ciudadana sobre la actuación del Estado en su conjunto. Luego, la relación orgánica existente entre el controlado y controlador, nos permite obtener según el agente que lo realice, un control interno o un control externo. Para posteriormente, de acuerdo al momento en el cual se ejecute (criterio temporal), definir un control antes, durante o ex post, siendo el denominador común de tales mediciones: cumplir con los preceptos normativos establecidos para la administración pública, buscando siempre un bienestar común en la ciudadanía.

En síntesis, y como declara AEVAL, esta función administrativa constata, mide las desviaciones respecto de la norma y rinde cuentas. Puede revelar irregularidades en la acción de los individuos, de no-conformidad material o de disfunciones patentes en la organización colectiva.

⁸²⁶ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., pp.566-567 y 569.

⁸²⁷ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.527.

⁸²⁸ Gil-Robles (1986), op. cit., pp.36- 38 y 395.

⁸²⁹ Lazo Vitoria (2008), op. cit., p.53.

⁸³⁰ Ibid, p.93 y 96.

⁸³¹ Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.132-133

Inevitablemente pone en cuestión a las personas y puede entrañar sanciones, lo que implica un tipo de relación particular entre controladores y controlados⁸³².

En lo que respecta a su implementación y efectos prácticos, todo control debe garantizar el cumplimiento de la normativa que va a controlar. Los controles insertos en un marco jurídico sobre contratos públicos no tienen ningún efecto vinculante, si no hay una preocupación por supervisar que se cumplan, ¿Cómo podemos proponer nuevos controles complementarios a nuestro proceso, si no tenemos un conocimiento claro de que los existentes se están implementando? Como todo proceso racional de gestión, primero debemos saber qué funciona, y seguidamente, decidir con esta información qué hace falta.

De esta manera, y a raíz de lo señalado, el control debe cumplir una serie de condiciones a tener presente, requisitos que debemos integrar en la contratación pública si deseamos que verdaderamente esta medición tenga algún efecto positivo. Es así, que DRUCKER FERDINAND sostiene que tal función debe satisfacer siete condiciones, las cuales exigen que este control sea: económico, significativo, apropiado, congruente, oportuno, simple, y operativo⁸³³, a las cuales deberíamos añadir que también sea vinculante (obligatorio).

De igual modo, DURÁN et al⁸³⁴ y WEIHRICH et al⁸³⁵ agregan algunas otras condiciones, de las cuales destacamos: ajustar el control a la cultura de la organización (si la organización o área es muy informal y posee bastante libertad de acción, quizás no se pueda aplicar un control tan rígido); mirar hacia adelante (interesa más lo que sucederá a futuro que lo ya ocurrido); señalar las excepciones a los puntos críticos (pequeñas excepciones en ciertas áreas tienen mayor significado que grandes desviaciones en otras, por lo que hay que prestar atención a los ámbitos clave)⁸³⁶; y, muy importante, conducir a la acción correctiva (un sistema de control que detecta las desviaciones con respecto a los planes de compra, será poco más que un ejercicio interesante si no muestra la manera para llegar a la acción correctora).

⁸³² AEVAL (2010), op. cit., p.57.

⁸³³ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.342. Además aludido por Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., pp.624-625.

⁸³⁴ Durán Juvé et al (1999), pp.246-248.

⁸³⁵ Weihrich et al (2012), op. cit., pp.511-513. Ver utilización de medios de control para asegurar que se realice el control en Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., pp.625-626.

⁸³⁶ Una de las condiciones destacables para nuestro estudio es este punto. La prioridad del control en compras debe basarse en aspectos claves de la materia a controlar. Dentro del mapa de procesos sustantivos del área de compras, se deben identificar las zonas o partes críticas que representan mayores problemas y en ellas aplicar planes de acción -como ya mencionamos en la primera parte de este capítulo haciendo referencia a Taylor y su principio de “administración por excepción”.

Resumiendo todo lo hasta aquí expuesto, diremos entonces que un proceso de control básico para toda clase de organización, y para lo que sea que se controle, incluye tres pasos elementales: a) Establecer estándares, b) Medir el desempeño contra estos estándares, y c) Corregir las variaciones de los estándares y planes dados⁸³⁷.

Para terminar, conviene volver a destacar que la información que entrega el sistema de contratación en su conjunto, es de vital importancia para que este control pueda actuar y cumplir su cometido. Muchos sistemas de aprovisionamiento se autocontrolan mediante el uso de la información que generan (cantidad de compras, tipos de compras, tiempos de los procesos, disfunciones, etc), exhibiendo así las desviaciones de los estándares e iniciando los cambios; en otras palabras, los sistemas utilizan parte de su energía para realimentar información que compara el desempeño con un estándar e inicia una acción correctiva⁸³⁸. Esta retroalimentación es esencial que ocurra en tiempo real y que sea oportuna, ya que de lo contrario, no tendrá ningún efecto práctico.

Al día de hoy, es difícil entender la creación de una estructura organizacional de compras que no considere un subsistema de información que advierta lo que está sucediendo, tanto adentro como afuera de ella. Sin embargo, esto ocurre, y es al presente una importante debilidad en gran parte de los Estados de la UE y resto de países del mundo.

2. MOTIVOS DESTACADOS DEL POR QUÉ SE DEBEN CONTROLAR LAS COMPRAS PÚBLICAS

“La pérdida de credibilidad del sector público como gestor del bienestar ciudadano, viene acompañada de manifestaciones que exigen y obligan a que las instituciones públicas actúen aplicando principios de economía, eficiencia y eficacia. Todo ello, rodeado de sistemas de control que otorguen una plena transparencia de los procesos, planes y resultados, para que por un lado, perfeccionen el sistema de elección, y, por otro, favorezcan la participación ciudadana” (García Sánchez)⁸³⁹.

En palabras de MARTÍN MATEO, las cuales son atingentes para comenzar este punto, este autor hace hincapié a la segunda ola de derechos fundamentales de la ciudadanía, los de carácter social, que suponen la exigencia activa al Estado de prestaciones y servicios facilitados en las

⁸³⁷ Wehrich et al (2012), op. cit., pp.496-497. Idalberto Chiavenato establece cuatro etapas, separando el paso dos en: a) Seguimiento y monitoreo del desempeño, y b) Comparación del desempeño. Las tres etapas mencionadas también han sido citadas por Carpenter et al (2012), op. cit., p.31. Ishikawa Kaoru por su parte, indica que el control debe organizarse con base a seis categorías o pasos, los cuales han demostrado su eficacia: a) Determinar metas y objetivos, b) Definir métodos para alcanzar las metas, c) Dar educación y capacitación, d) Realizar el trabajo, e) Verificar los efectos de la realización, y f) Empezar la acción apropiada (Ishikawa Kaoru, 1997, op. cit., p.71).

⁸³⁸ Wehrich et al (2012), op. cit., p.501.

⁸³⁹ García Sánchez (2007), op. cit., pp.37-38.

mejores condiciones posibles, tanto técnicas como económicas, lo que desde otra perspectiva supera el agotamiento del quehacer administrativo en la mera gestión de potestades⁸⁴⁰. Hacia Europa, estos derechos están ya contemplados en la “Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, en la cual según su artículo 41 y con carácter general, se establece el derecho a una buena administración⁸⁴¹.

De esta manera, BALLART y RAMIÓ argumentan que la función de control representa una dimensión clave en los sistemas de gobierno, siendo para las administraciones públicas todavía más importante -superior a la de cualquier otra organización- al deber ejercer estas una autoridad pública, gestionar recursos, y actuar a favor de la colectividad en situaciones donde existen conflictos de interés⁸⁴². En lo que respecta a los contratos públicos, BOMBILLAR SÁENZ et al agregan que la objetividad de esta función administrativa no debe medir sólo la ejecución de la Ley, sino en el modo en que dicha ejecución debe hacerse, y que ha de desarrollarse a través de pautas previamente establecidas y no a través de criterios subjetivos⁸⁴³.

Dicho lo anterior, llegamos entonces al primer gran motivo elemental del por qué se debe controlar esta materia pública, el cual, está dado porque es ella *quien entrega los insumos para que el Estado funcione operativamente y realice su labor encomendada*, siendo una parte estructural de la Administración gubernamental, que según AEVAL, “*Existe para servir al interés público*”⁸⁴⁴. Controlar permite saber cómo estamos utilizando los dineros estatales, y si llegaremos a los objetivos propuestos, entre otros aspectos. Hay que comprender que todo trabajo es un proceso, y como todo proceso, necesita ser medido. Para que un trabajo cualquiera resulte productivo requiere la implementación de controles apropiados⁸⁴⁵. Como expresa la CEPAL, la existencia de un sistema de compras públicas no es un requisito único para lograr un control automático y eficiente. Requiere de un permanente monitoreo y evaluación de su funcionamiento, el cual asegure que sea cual sea éste, funcionará correctamente bajo sus principios rectores⁸⁴⁶.

Desde una visión jurídica, PASCUAL GARCÍA sostiene que “*El Estado contemporáneo no es sólo Estado de derecho, sino también Estado social que ha de atender una amplia demanda de bienes y servicios públicos*”⁸⁴⁷. Asimismo, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ ha manifestado que el

⁸⁴⁰ Martín Mateo (1994), p.42.

⁸⁴¹ Artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Recuperado el 8 de febrero de 2018 en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁸⁴² Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.533.

⁸⁴³ Bombillar Sáenz et al (2014), p.16.

⁸⁴⁴ AEVAL (2016), op. cit., p.27.

⁸⁴⁵ Drucker Ferdinand (1986), op cit., p.155.

⁸⁴⁶ CEPAL (2014), op. cit., p.75.

⁸⁴⁷ Pascual García (1999), op. cit., p.331.

derecho administrativo moderno parte de la consideración central de la persona, y de una concepción abierta y complementaria del interés general⁸⁴⁸, razones por lo tanto, más que suficientes para obligar a controlar eficazmente esta materia de aprovisionamiento y atender tales demandas como exige la constitución y ciudadanía. De esta manera, y como se expresa en el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos”, publicado el año 2000 en España, el ciudadano *“Ha dejado de ser el administrado, sujeto a la acción imperativa y dominante de una Administración dueña del interés general, para convertirse en cliente y protagonista de la gestión de los intereses que le afectan”*⁸⁴⁹.

Hacia Europa, la Directiva 24/2014/UE en su Considerando 121 y 122 consolida esta necesidad de control, argumentando que a través de un seguimiento adecuado de las adquisiciones, se puede obtener una visión de conjunto de los posibles problemas estructurales y modelos generales en la materia, agregando en su artículo 83, que *“Los Estados miembros velarán por que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada”*.

En segundo lugar, debemos controlar la contratación *porque su relevancia económica -además de política y social, representando hasta un 20% del PIB en un país y un 40% del gasto público-, y su relación pública y privada, hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción*⁸⁵⁰. Según MIAJA FOL, la relación entre la Administración y los destinatarios del gasto público (ciudadanos), debe garantizar la satisfacción de los derechos sociales previstos en la Constitución; y asimismo, asegurar el derecho que ampara a tales ciudadanos a exigir que tal Administración efectúe el gasto planificado o previsto en su presupuesto⁸⁵¹.

En tal gasto público, como sostiene PASCUAL GARCÍA, tanto su concepto económico, contable y jurídico posee una idea o denominador común que lo hace importante para su control: el gasto estatal conlleva empleo de dinero público, y por lo tanto, debe ser medido⁸⁵². De esta forma, diríamos entonces que el control en lo presupuestario, y por ello en lo económico, debería verificar en la práctica de la contratación que: el pago sea dirigido al proveedor adjudicado, que el monto del presupuesto entregado para la compra sea el mismo adjudicado, y que finalmente se haya efectivamente pagado al ganador del concurso. Conforme a FUENTES VEGA et al, es necesario controlar tales recursos que la contratación utiliza por la necesidad de la propia actividad financiera,

⁸⁴⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en María del Mar Caraza Cristín (2016), p.60.

⁸⁴⁹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., pp.23-24.

⁸⁵⁰ Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p.58.

⁸⁵¹ Fuentes Vega et al (1999), p.55.

⁸⁵² Pascual García (1999), op. cit., p. 41.

la utilización de recursos ajenos escasos, y el distanciamiento entre quienes aprueban los recursos, quienes deciden como gastarlos y quienes posteriormente los ejecutan⁸⁵³.

Por ende, y como agrega el Tribunal de Cuentas Español, en un contexto de limitación del gasto y de mantenimiento de la necesaria estabilidad presupuestaria, la eficiencia y la racionalización en las adquisiciones recibe cada día más importancia⁸⁵⁴. Sosteniendo igualmente tanto el Tribunal de Cuentas Europeo como su Parlamento, que esta materia presenta el riesgo de corrupción más significativo del gobierno⁸⁵⁵, siendo en este sentido, “...*la actividad pública más sujeta a derroche, fraude y corrupción debido a su complejidad, a la envergadura de los flujos financieros que genera, y a la estrecha interacción entre los sectores público y privado*⁸⁵⁶”. Acentuando este fundamento también el Banco Mundial, quien a su vez agrega que los países capaces de controlar tales vicios en esta área, pueden usar sus recursos más eficientemente, atrayendo inversión nacional y extranjera más rápidamente⁸⁵⁷.

Deteniéndonos brevemente en esta corrupción aludida -la cual es un efecto de la despreocupación política y deficiente gestión interna institucional, y que desarrollaremos más adelante-, según el organismo Transparencia Internacional, es:

“...reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial”⁸⁵⁸.

Por tal razón, GIMENO FELIÚ ha advertido que un modelo de control eficaz y rápido además de permitir gestionar más eficiente y eficaz los fondos públicos, favorece la transparencia y la concurrencia, permitiendo corregir las patologías e inercias administrativas, y un ahorro de costes

⁸⁵³ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.569.

⁸⁵⁴ Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., p.13.

⁸⁵⁵ Ver documento del Tribunal de Cuentas Europeo 2015 llamado “Las contrataciones públicas son el riesgo de corrupción más importante del gobierno”. Ver en <http://www.open-contracting.org/>; y página web CNMC (2016). Recuperado el 19 de abril de 2016 en www.cncompetencia.es/inicio/noticias/tabId/105/.

⁸⁵⁶ Tribunal de Cuentas Europeo 2015, en Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE (2015a), op. cit., p.25.

⁸⁵⁷ World Bank Group (2016), op. cit., p.1.

⁸⁵⁸ Transparencia Internacional. Recuperado el 28 de julio de 2017 en http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas. También citado por Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.2.

muy tangibles.⁸⁵⁹ Un ahorro del 1%, según la OCDE, puede llegar a representar 43 mil millones de euros al año en los países que forman este organismo⁸⁶⁰.

En aditamento, este autor ha recomendado que la existencia de técnicas efectivas y eficaces de control (recursos jurídicos-públicos), se muestran como la solución más conveniente a fin de combatir esta corrupción⁸⁶¹. Indicando asimismo que “...un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones, necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan reparar y corregir de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto”. De lo contrario, se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos⁸⁶².

En un tercer motivo del por qué controlar esta materia, encontramos *el apremio de alcanzar niveles óptimos en la gestión interna de su proceso*, lo cual termina redundando en una mayor legitimidad de las autoridades e instituciones hacia sus ciudadanos. Según sostiene la OCDE, el control puede verificar si las cadenas de responsabilidad son claras, y los niveles delegados de autoridad para la aprobación del gasto y la aprobación de los hitos claves de la contratación están funcionando correctamente⁸⁶³. A su vez, expone que la supervisión y control no sólo es esencial para el apoyo a la rendición de cuentas e integridad, sino que al mismo tiempo genera evidencia valiosa del rendimiento y eficiencia de todo el sistema⁸⁶⁴. En suma, preocuparse de una gestión óptima permite llegar a donde se quiere ir, y evitar trampas o sorpresas en el camino⁸⁶⁵.

Es así, como CARPENTER et al manifiestan que la optimización de la gestión interna se fundamenta en al menos cinco posibles áreas, que incluyen al control: a) Disminución de costes y control de la productividad, b) Mejoramiento del control de calidad, c) Reconocimiento de oportunidades, d) Mejor capacidad para manejar la incertidumbre y la complejidad, y e) Mejor capacidad para descentralizar la toma de decisiones⁸⁶⁶. Sin olvidar nombrar una sexta muy importante: la satisfacción del cliente o ciudadano (interno y externo)⁸⁶⁷, la cual según indica SALGUEIRO ANABITARTE, posibilita aumentar la calidad de los productos o servicios que se

⁸⁵⁹ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.153.

⁸⁶⁰ OCDE (2015c), p.3.

⁸⁶¹ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.146.

⁸⁶² Gimeno Feliú (2015d), p.136.

⁸⁶³ OCDE (2014b), op. cit., p.26.

⁸⁶⁴ OCDE (2016b), op. cit., p.24.

⁸⁶⁵ COSO (2013), pp.3-4.

⁸⁶⁶ Carpenter M, et al (2012), pp.627-629.

⁸⁶⁷ Institute for Public procurement (2012), pp.1-2.

entregan⁸⁶⁸, motivo por el cual, es preciso evaluar determinados aspectos para intentar optimizarlos; pues sólo se puede mejorar aquello que se puede medir.

De este modo, no debemos controlar la contratación pública sólo para garantizar un bien social, consagrar el cumplimiento de la normativa, o mejorar la eficiencia de los recursos públicos, sino también, porque el concepto de racionalidad organizacional implica adecuar los medios utilizados (disponibles) a los fines y objetivos que se desean alcanzar. Como advierte CHIAVENATO IDALBERTO, una organización es racional si se escogen los medios más eficientes para lograr los objetivos deseados⁸⁶⁹.

Nuestro examen de la contratación debe ser racional y no basarse ni en aspectos políticos ni personales, sino en los medios disponibles para optimizar el trabajo conjunto. Un control racional y efectivo, no será aquel que se haga más veces, ni tampoco el que utilice mayores herramientas, sino el cual recopile oportunamente, ordene y analice la información para adoptar una mejor decisión escuchando a todas las partes atentamente. Si esto último no ocurre, seguirán habiendo dos caminos distintos que se dirigen a un mismo lugar: la práctica de la contratación y su gestión, y la normativa que la sustenta.

Por último, y resumiendo los motivos anteriores además de agregar otros relevantes, detallaremos aquellos más destacados por los cuales se deben controlar las adquisiciones públicas desde la óptica normativa, administrativa, empresarial y ciudadana:

MOTIVOS MÁS DESTACADOS DEL POR QUÉ SE DEBEN CONTROLAR LAS ADQUISICIONES PÚBLICAS	
DESDE LA ÓPTICA DE:	RAZONES DEL POR QUÉ CONTROLAR
LO NORMATIVO	Porque casi la única forma de hacer cumplir la Ley es controlar que se aplique.
	Porque las Constituciones, disposiciones presupuestarias y financieras, normas de derecho administrativo, y la propia Ley de contratación así lo exigen (sometimiento de la acción pública al Estado de derecho).
	Porque para mejorar la legislación vigente sobre compras es necesario medir y tener información real sobre lo que sucede.
	Porque las actuales disposiciones sobre modernización del sector público con sus exigencias de uso de nuevas tecnologías y procesos de innovación así lo demandan.
	Por disposiciones internacionales en algunos casos (países como los Estados de la UE), que mediante directivas ejercen tal presión indirecta de mejorar el sistema presente y avanzar, estableciendo sanciones sobre todo de tipo económicas al no cumplirlas.
ADMINISTRATIVA (la gestión pública y su administración)	Porque si no se controla, no se sabrá a dónde van a parar los recursos del Estado que se usan para bienes, servicios y obras. Si no mido, no puedo saber qué está ocurriendo.
	Si no controlamos las malas prácticas y actos de corrupción como indica el Banco Mundial, los países no podrán usar sus recursos más eficientemente, dejando de atraer inversión nacional y extranjera más rápidamente ⁸⁷⁰ .
	Porque es tarea de los auditores públicos preservar y asegurar la gestión eficiente de los presupuestos públicos, buscando en su accionar las mejores medidas que cumplan efectivamente con su objetivo.
	Porque no se pueden seguir duplicando organismos y funciones en provincias y localidades dentro de un país que terminen por hacer lo mismo, malgastando los recursos de todos.
	Porque se está terminando el Estado de Bienestar, y los países necesitan controlar y optimizar aún más sus dineros públicos. Porque las administraciones públicas no pueden seguir perdiendo su legitimidad por la compra de servicios y bienes de mala

⁸⁶⁸ Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., p.xv.

⁸⁶⁹ Chiavenato Idalberto (1999), p.33.

⁸⁷⁰ World Bank Group (2016), op. cit.

	<p>calidad.</p> <p>Porque la “nueva gestión pública” está exigiendo que se actúe funcionalmente como lo hacen las empresas privadas, además de tratar a los ciudadanos como clientes, situación que no puede desarrollarse sin un control efectivo⁸⁷¹.</p> <p>Porque la corrupción en esta materia tiene costes significativos. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, es posible que la corrupción y el fraude alcancen un monto equivalente al 20% o 25% del presupuesto para compras en los países del orbe⁸⁷².</p> <p>Porque si se siguen aceptando bienes de mala calidad o requerimientos incompletos desde los proveedores, además de no sancionarlos cuando estos incumplan, se seguirá creando una cultura pública que lo acepta todo y entrega dineros sin control.</p>
EMPRESAS	<p>Porque según una encuesta de Eurobarómetro realizada en 2013, más del 30% de las empresas que participan en la compra pública de la UE dicen que la corrupción les impidió conseguir contratos públicos⁸⁷³.</p> <p>Porque en el 57% de los casos de corrupción internacional procesados -según la Convención Antisoborno de la OCDE-, hubo sobornos para obtener los contratos públicos⁸⁷⁴.</p> <p>Porque si no se controlan las reglas del juego así como los pagos que debe hacer el sector público a sus proveedores, se perderá la seguridad jurídica de este sistema, y cada vez menos empresas optarán por concurrir a concursos públicos disminuyendo sus incentivos de participación.</p>
LA CIUDADANÍA	<p>Porque no se puede seguir permitiendo que los Estados suban impuestos, dispongan de menor cantidad y calidad de prestaciones y servicios sociales, y hagan menores obras públicas, entre otras políticas sociales, aludiendo a que no hay fondos públicos, cuando no son capaces de controlar óptimamente los existentes en la contratación pública.</p> <p>Porque el controlar mejora la concurrencia de las empresas, produce más movimiento de la economía, más trabajo, y por ende, mejor bienestar económico social para todos.</p> <p>Porque hay una tendencia social de exigir cada vez mayor transparencia del actuar público, y esto conlleva intrínsecamente evaluar lo que se está haciendo y rendir cuentas.</p> <p>Porque la ciudadanía está cansada de observar diariamente en los medios de comunicación hechos de corrupción que repiten y repiten su fórmula, sin que el Gobierno realice acciones concretas y permanentes para solucionarlos.</p>

Cuadro 9. Fuente. Elaboración propia.

En la actualidad, hay que comprender que la ley en el sector público nos obliga y señala que hacer; la gestión nos indica cómo hacerlo; y el control nos proporciona mecanismos de información para enmendar errores y decirnos si lo que se está realizando está correcto de acuerdo a los objetivos definidos. Las adquisiciones gubernamentales han decantado en una columna que sostiene al aparato estatal, y afecta directamente a la calidad de los servicios que éste proporciona, siendo a la vez una forma concreta de hacer política pública y brindar apoyo a otras áreas sociales y económicas⁸⁷⁵. La indolencia de los Estados no puede seguir manteniéndose cuando quienes eligen a sus autoridades demandan de sus Administraciones eficiencia, eficacia, transparencia y calidad. Por todo ello, ya no debemos preguntarnos más sobre el por qué controlar las adquisiciones en nuestra Administración, sino, cómo y cuándo empezamos a hacerlo con los medios y recursos de que disponemos. Los motivos ya están de manifiesto, sólo nos queda atrevernos comenzando por aunar una gestión y control interno adecuados, sin tener que esperar a que se consolide un escenario normativo perfecto para empezar.

Como termina sosteniendo ARIAS MARTÍNEZ, “*De nada sirve establecer una relación de deberes y principios de actuación de los servidores públicos, sino se diseña un sistema de garantías*

⁸⁷¹ Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.44.

⁸⁷² Ver información en página web open contracting, Recuperado el 27 de diciembre de 2016.

⁸⁷³ Ibid.

⁸⁷⁴ Ibid.

⁸⁷⁵ La calidad aplicada en la contratación pública española trasciende por aquella que defina subjetivamente la Administración, ya que esta no es definida operativamente en la Ley de Contratos Públicos actual.

*que trate de asegurar su cumplimiento y, en consecuencia, que determine los efectos negativos que lleva aparejada su inobservancia*⁸⁷⁶.

3. ABREVIADA PERSPECTIVA EUROPEA Y AMERICANA DEL CONTROL EN MATERIA DE CONTRATOS

Desde la óptica que representa el control a nivel universal, diremos que este primeramente debe estar adecuadamente planificado y coordinado para ser útil, de forma que ponga de manifiesto las deficiencias e irregularidades en la gestión que hubiese detectado como garantía del interés público⁸⁷⁷.

Hacia Europa, la Federación de Expertos Contables Europeos han coincidido que existe un panorama notablemente pesimista sobre la implementación de esta función administrativa en general, marcado por mejorar los sistemas de control de calidad de la auditorías, necesidad de establecer códigos de buen gobierno corporativo obligatorios (códigos éticos para el caso de la contratación pública), obligar a implementar sistemas de control interno y auditoría del mismo, entre otras necesidades⁸⁷⁸.

En tales países, y en materia de contratos públicos, la Comisión Europea ha sostenido que *“La administración de la contratación pública se caracteriza, pues, por una gran fragmentación y complejidad”*⁸⁷⁹, y que si bien la eficacia de los mecanismos de control en las fases previa a la licitación y adjudicación han mejorado en el último tiempo, la fase de ejecución (posterior a la adjudicación) se controla menos rigurosamente⁸⁸⁰. De hecho, según esta Comisión, algunos Tribunales de Cuentas u oficinas de auditoría nacionales han señalado a menudo la existencia de irregularidades en esta fase de ejecución de los contratos.

⁸⁷⁶ Arias Martínez (2011), p.186.

⁸⁷⁷ Portal Rendición de Cuentas de España. Recuperado el 17 de octubre de 2016 en <http://www.rendiciondecuentas.es/es/index.html>

⁸⁷⁸ Ver resto de instrumentos propuestos por este organismo en Cañibano y Pedrosa (2009), pp.69-75.

⁸⁷⁹ Comisión Europea (2011b), op. cit., pp.2-3.

⁸⁸⁰ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.36. En cumplimiento de su función de guardiana y de control de los Tratados, en los casos de posible vulneración de las normas europeas de contratación pública, la Comisión Europea actúa por denuncia o por iniciativa propia. A este respecto, tal organismo no investiga si una infracción de las normas de contratación pública de la UE podría deberse a la corrupción, puesto que es competencia de los Estados miembros. No obstante, los procedimientos de infracción se refieren a menudo a irregularidades que revelan puntos débiles en la aplicación de las normas de contratación y que son también muy pertinentes a la hora de evaluar la eficacia de los mecanismos de control y prevención de la corrupción.

En los años 90, ya GIMENO FELIÚ había identificado algunas de las disfunciones del control en la contratación de la UE, evidenciando una débil medición causada principalmente por: “a) *No todos los Estados miembros disponían de normas que garantizaran el cumplimiento de la normativa de la contratación, b) Las legislaciones nacionales existentes no habían sido eficaces a la hora de exigir su cumplimiento, y c) Los mecanismos de control comunitario eran insuficientes, dado que se limitaban a constatar el incumplimiento*”⁸⁸¹.

En años recientes, y en un diagnóstico aún más específico efectuado por la Comisión Europea, se ha encontrado que los mecanismos de control por debajo de los umbrales indicados por la legislación de la UE son particularmente débiles en la mayoría de los países. Esto ha sido causa de preocupación, en particular, en relación con la práctica denunciada de dividir los contratos en otros de menor cuantía para eludir los requisitos y controles respectivos⁸⁸².

En otro de los aspectos de esta función administrativa en la región, y según el Parlamento Europeo, el control sobre esta temática también ha sido estudiado desde la perspectiva de dar prioridad a la armonización de su política penal, aunque esto ha encontrado resistencias en algunos Estados. Como resultado, la normativa penal es una de las menos armonizadas en tales países, siendo muy importante la penalización del enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos de una forma armonizada. La lógica del reforzamiento del mercado interno se rompe si no existe una armonización en la aplicación de la contratación pública a través de una ley penal, la cual, además facilitaría la creación de la Fiscalía Europea en virtud del artículo 86 del TFUE haciendo más eficaz su labor⁸⁸³.

De igual modo, la existencia de un organismo que mida, dirija y sancione esta materia a nivel nacional, de acuerdo a la legislación vigente de la UE, es opcional. Sin embargo, la mayoría de los Estados respectivos han optado por esta opción en su legislación estatal. Al año 2012, una gran cantidad de estos países designaron autoridades específicas que realizan muchas o todas las tareas relacionadas con adquisiciones, con algunas excepciones en el caso de que las instituciones responsables no tengan específicamente atribuida la contratación pública, sino que sea sólo una de sus tareas (por ejemplo, autoridades de defensa de la competencia).

Dentro de la UE, existen oficinas de auditoría interna y externa que supervisan los procedimientos de esta contratación y sus efectos. No podríamos generalizar, pero varios países

⁸⁸¹ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.59.

⁸⁸² Comisión Europea (2014a), op. cit., pp.36-37.

⁸⁸³ Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.9.

tienen estos organismos que se centran principalmente en medir la legalidad, la normativa contable, y más lejanamente la eficiencia económica y eficacia. Ya sea de forma independiente y especializada como los órganos de adquisiciones en Lituania y Polonia, o como organismos superiores de auditoría (Italia, Reino Unido, España, y en el continente americano, EE.UU)⁸⁸⁴.

Por último, y en cuanto al control público que se hace de las empresas privadas antes de adjudicar un contrato, debemos decir que la mayoría de los países en la UE requiere que los licitadores demuestren que tienen suficientes recursos para ser contratados. En Polonia por ejemplo, a los licitadores se les exige que firmen una declaración que cumplen todos los requisitos para participar en el concurso respectivo. En Irlanda por su parte, los licitadores deben transitar por un proceso de selección que verifica que la empresa está al día en el pago de sus impuestos, así como su situación profesional, experiencia y capacidad financiera.

Sumado a lo anterior, algunos Estados usan criterios específicos anti-corrupción para garantizar que los licitadores tienen un historial satisfactorio de integridad. Los criterios de pre-selección de licitadores pueden incluir el cumplimiento de leyes anti-corrupción, no haber tenido implicación en actividades de este tipo en el pasado, o cumplir con un código ético (lista blanca). Por ejemplo, en Holanda, se adoptó una declaración de integridad que certifica que no se han planteado objeciones contra el contratista en contratos pasados; mientras que en España, el gobierno desde el año 2005 prohíbe el acceso a la contratación pública a los licitadores en los casos en que se haya probado irregularidades o corrupción. En este último territorio, el gobierno central, autonómico y local, tienen la posibilidad de suspender sus relaciones con contratistas que tengan a su servicio funcionarios de alto nivel que hayan infringido las normas de incompatibilidad⁸⁸⁵.

Hacia el continente americano, tanto Estados Unidos como Canadá -además de implementar sus mediciones tradicionales de legalidad y presupuestaria/financiera en sus actuaciones administrativas-, aplican comúnmente un control de gestión interna de la eficiencia y eficacia a todo su sistema de adquisición, disponiendo de organismos autónomos de control y base de datos integrales y oportunas de donde obtienen su información. A ello, cabe añadir una formación y

⁸⁸⁴ Ibid, p.36.

⁸⁸⁵ INAP (2009), op. cit., pp.93-96. La base para esta denegación puede adoptar distintas formas, como: a) La exclusión de una empresa de la participación en un proceso específico de contratación, b) Borrarla de la lista de empresas, e c) Inhabilitación basada en actividades delictivas en el pasado.

profesionalización continua en el personal del área, incluyendo tópicos éticos y material contra la corrupción de forma permanente⁸⁸⁶.

En los países de América Latina y el Caribe, y mencionando antes que todo su práctica de control desde un amplio prisma institucional, diremos que existen diferentes niveles de desarrollo de sus sistemas de monitoreo y evaluación de planes, programas y políticas públicas, incluida en ellas la contratación gubernamental.

En un primer grupo de países, el desarrollo de estos instrumentos de medición es más avanzado, con un uso permanente, un proceso institucionalizado, metodologías e instrumentos formalizados, y con la utilización de la información para la toma de decisiones técnicas, presupuestarias y de alto nivel. Entre ellos se encuentran Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú y Uruguay. Este primer grupo de naciones, se centra en el uso de indicadores de desempeño para toda la cadena de resultados⁸⁸⁷, es decir, comienzan por los insumos, transitando por los procesos y los productos, hasta culminar en resultados e impactos. El resto de los países, está focalizado mayoritariamente en evaluaciones que miden los niveles de producción de los bienes y servicios provistos, sus costes y el desarrollo del cronograma de actividades. En éstos - principalmente en naciones del caribe y centro américa-, el acento sigue colocado en la eficiencia del gasto, donde el control financiero y presupuestario constituye la base de dicha evaluación⁸⁸⁸.

En virtud de ello, el uso de indicadores de gestión para medir la contratación es generalmente utilizado en esta región. Casos como Chile, Colombia, Perú, Ecuador, México y Santo Domingo, son algunos de los países que miden sus procesos de compra mayormente con este tipo de instrumentos. Asimismo, en la mayoría de ellos, se están identificando factores de riesgos que afectan tanto a la corrupción como eficiencia del sistema. La experiencia en naciones como Argentina, Brasil y Colombia, han dejado claras las condiciones para que este último método sea efectivo⁸⁸⁹. De este modo, este análisis de riesgo se está convirtiendo al presente en una de las herramientas claves y necesarias para valorar y controlar en tal región, siendo desde hace un tiempo aplicada por órganos

⁸⁸⁶ Hacia Canadá, ver el inicio de su política de “seguimiento de resultados de la gestión” en Zapico y Mayne (2000), op. cit., pp.80-81.

⁸⁸⁷ Un sistema de evaluación de desempeño es una estructura metodológica para verificar el grado de cumplimiento de las metas y objetivos de la institución, sobre el rendimiento de sus programas, a partir de la evaluación y valoración de indicadores estratégicos y de gestión (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013, op. cit., p.37).

⁸⁸⁸ CEPAL (2013), op. cit., pp. 25-26.

⁸⁸⁹ INAP (2009), op. cit., pp.109-110.

auditores de varios países del mundo como la Oficina de Rendición de Cuentas de Gobierno de Estados Unidos (GAO), y a la Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido (NAO)⁸⁹⁰.

De igual forma, la “gestión por resultados” es una práctica común en este continente. Esta praxis, plantea que una organización puede desarrollar interesantes reservas de productividad si, en vez de definir una sola forma de hacer las tareas, define los resultados esperados de cada grupo de trabajo y les permite innovar en la manera de alcanzar esos resultados u objetivos. Como contrapartida, los resultados a obtener son precisados con gran detalle, mediante indicadores objetivos y verificables, que son fijados de común acuerdo entre quienes deben recibir el producto del trabajo, y quienes deben proveer ese insumo⁸⁹¹.

Finalmente, y a modo de resumen sobre ambos continentes, resulta destacable también mencionar que el Banco Mundial ha expresado que entre los elementos que constituyen un buen proceso de contratación a nivel universal, se encuentra poseer mecanismos robustos para controlar el sistema. La claridad de las normas y disposiciones institucionales pueden valer muy poco si no existe la forma de hacerlas respetar. Los mecanismos de control deberían incluir auditorías del proceso de adquisición por parte del gobierno, y un mecanismo de quejas con el fin que los usuarios puedan tener confianza en el proceso. Además, esta institución adiciona la necesidad de distinguir un marco institucional que diferencie entre aquellos que llevan a cabo la función de compras, y los que tienen responsabilidades de supervisión⁸⁹².

Asimismo, tanto la OCDE, la Comisión Europea, el Tribunal de Cuentas de la UE, el BID, la RICG, y SIGMA, entre otros, han estado también preocupados por la medición y funcionamiento de estas estructuras de adquisiciones mundiales, realizando distintos tipos de diagnósticos y evaluaciones que han dado lugar a variados mecanismos y/o actividades de control, destacando entre ellos los siguientes:

**PRINCIPALES MECANISMOS Y/O ACTIVIDADES DE CONTROL PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
PROPUESTOS POR ORGANISMOS INTERNACIONALES**

- Análisis del marco jurídico y riesgos institucionales
- Evaluación de la competitividad
- Creación de un Plan de acción para mejoras
- Indicadores de gestión para los sistemas de compras
- Base de datos adecuadas para analizar las compras

⁸⁹⁰ Hacia el Reino Unido, ver el inicio de su política de “seguimiento de resultados de la gestión” en Zapico y Mayne (2000), op. cit., pp.73-75.

⁸⁹¹ Ibid, pp.30-31.

⁸⁹² World Bank (2016), op. cit.

-
- Auditorías internas de los procedimientos de compras
 - Benchmarking o estudios de las mejores prácticas (entre áreas internas de la institución)
 - Aplicación de herramientas de gestión de calidad en el proceso de compra
 - Programa de Reuniones de trabajo permanentes con el equipo de compras
 - Monitoreo constante de aspectos relevantes (claves) del sistema de compras
 - Separación de funciones y responsables entre las sub-áreas de compras (para evitar corrupción)

Fuente. Elaboración propia. Nota: tales mecanismos descritos son posibles de aplicar en su totalidad o en parte a cualquier proceso de contratación pública en el mundo.

Sobre tales mecanismos -dispuestos en detalle como referencia práctica en el anexo 9. Principales mecanismos y/o actividades de control propuestos por organismos internacionales-, hay que finalmente destacar que el uso de ellos puede permitir realizar un diagnóstico, medición y/o evaluación del sistema de adquisiciones en todo su conjunto, aportando así al desarrollo de un control sistemático que es lo que nos interesa en esta investigación⁸⁹³.

4. SITUACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTROL EN EL SISTEMA DE COMPRA PÚBLICA

Como hemos mencionado, el control debe verificar que el comportamiento de las actuaciones se mantenga dentro de los límites o estándares previamente fijados -incluyendo tanto la normativa general, interna y códigos de ética en algunos casos-; y cuando estos límites no se cumplan, debe poseer las atribuciones y potestades para hacer que los hechos se adecuen a los planes, siendo una base de información para las posibles sanciones. De esta manera, el foco para efectos de esta investigación debe estar en los hechos; y nuestro trabajo, en cómo podemos prevenir y corregir las problemáticas de contratación con la información que nos entrega este concepto⁸⁹⁴.

Resulta de este modo, que entonces las mediciones realizadas por esta función administrativa deben dirigirse a los nodos importantes y críticos de la actividad de compra, dejando que la organización tenga flexibilidad de control sobre sus tareas restantes. Lo anterior, no obstante, sólo será posible a través de un verdadero diagnóstico de la situación de las adquisiciones en el organismo, para así, apreciar notoriamente dónde se encuentran los puntos claves que necesitan ser medidos, definiendo luego los tipos de controles adecuados, adaptando la normativa interna a ello.

⁸⁹³ A modo de mayor ahondamiento, ver anexo 10. Detalle de mecanismos de control interno utilizados en países de la UE, entre otros destacados.

⁸⁹⁴ Hay que destacar que cuando hacemos latente la necesidad de controlar nuestras adquisiciones públicas, no significa que debemos controlarlo todo, ya que tal extremo es muy probable que nos reporte mayores ineficiencias que las que poseemos. Al no tener concientizada una cultura de medición y control, hay que evitar medir demasiadas cosas, dedicar demasiado tiempo a la medición, y/o controlar cosas equivocadas. Como lo señala la Oficina de Gabinete en el Reino Unido, hay burocracia endémica en las contrataciones de gobierno que conduce a niveles excesivos de aprobaciones (controles), de las cuales debemos tener cuidado en no realizar (Cabinet Office, 2011, p.5).

Entorno al sector público, desde hace bastantes años se están aplicando variados tipos de mediciones y mecanismos de control sobre la actuación administrativa, aunque hay que indicar que estas mediciones difieren de país a país, y están mayormente enfocadas en lo normativo y presupuestario, destacándose entre ellas el control de legalidad, presupuestario, económico-financiero, contable y administrativo. Conforme a lo sostenido por BALLART y RAMIÓ, la principal explicación de la aplicación de estos controles anteriores tiene que ver con la necesidad de someter a la totalidad del sector público a la legalidad, y al control en la ejecución del gasto público, siendo el modelo burocrático clásico el instrumento utilizado históricamente⁸⁹⁵.

Tal mecánica de mediciones, que se desarrollan y afectan por igual a la contratación pública, hoy en día se están enfrentando a la forzosa tarea de maximizar los limitados recursos públicos, una sociedad cambiante, y demandas sociales por una mejor cobertura y calidad de servicios. Es por consiguiente, que al igual que lo deben hacer las estructuras gubernamentales actuales, los tipos y objetivos del control tradicional deben adaptarse y dar respuestas no sólo actuando como una política burocrática que “dice”, sino que además “hace”, garantizando que los objetivos que se demandan se cumplan.

De esta forma, y evidenciando al presente que la administración pública como su contratación han sido reguladas especialmente por un control normativo y uno presupuestario -el primero, por ser una función de la Administración sujeta a derecho; y el segundo, por administrar y utilizar recursos públicos directamente-, debemos advertir que tales mediciones son necesarias e indispensables, pero al mismo tiempo, insuficientes e incompletas para lograr sistemas de adquisiciones óptimos como los exigidos, debiendo por ende ser acompañadas y complementarse con otros tipos de controles que se están solicitando con mucha insistencia.

Los controles de eficiencia, eficacia, de proceso, de riesgos, de gestión y estratégicos, entre otros, son tan trascendentes en materia de contratos como los indicados primeramente, debiendo ser conscientes que si no los exigimos como es debido, seremos tan responsables como las autoridades que no los quieren hacer valer. Ya es hora, como indica AGUDO GONZÁLEZ, que la responsabilidad de la Administración se articule mediante un sistema eficaz de medición que ponga al mismo nivel jurídico la autonomía operacional y decisora del aparato público, y sus facultades de control⁸⁹⁶. Y a su vez, resulta destacable advertir como afirma PASCUAL GARCÍA, que no

⁸⁹⁵ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.536.

⁸⁹⁶ Agudo González (2016), pp.16-41.

debemos ver una oposición entre legalidad y eficiencia -haciendo referencia al control de ellos-, como si se tratara de términos en conflicto necesariamente⁸⁹⁷.

El supervisar cómo se está aplicando la ley respectiva, al igual que verificar como se está ejecutando contablemente el gasto público en la contratación⁸⁹⁸, son mediciones que deben ir también acompañadas de inspecciones que nos respondan, además, ¿Cómo se están empleando los recursos en las adquisiciones? ¿Qué métodos se están usando? ¿Quiénes los están gastando? ¿Qué objetivos de compras se están cumpliendo?, y sobre todo, ¿Cómo podemos optimizar el uso de los recursos utilizados? Como indica MIAJA FOL con respecto a este gasto público, *“Interesa el cuánto, el cuándo y el cómo del gasto público desde el punto de vista de sus resultados, medidos en términos de mayor eficiencia en la asignación de recursos”*⁸⁹⁹. El gran reto, por lo tanto, está en dar respuesta a dichas preguntas y buscar los mecanismos y/o herramientas de control tanto legales como de gestión interna que más se adapten a nuestras realidades particulares, haciendo hincapié en controles preventivos⁹⁰⁰.

El control ya no puede seguir siendo estático y esperar la información para actuar en materia de aprovisionamiento. Debe crear las vías o canales para retroalimentarse de lo que ocurre, y así, la normativa pueda legislar en función de ello. Asimismo, debemos entender que la contratación pública no es una temática sólo propia del derecho y la ejecución presupuestaria, sino una que ha pasado a ser estratégica, y que por ello, necesita medirse desde las nuevas aristas que se están exigiendo.

Controlar la contratación gubernamental debe pasar desde su enfoque tradicional, a aquel que deje la subjetividad y discrecionalidad política, tomando decisiones con datos y recomendaciones profesionales neutrales y adecuadas, así como colocando su foco o cambiando su paradigma en satisfacer al ciudadano o cliente final, y no a otro tipo de grupos o intereses. Como bien sostiene MARTÍN ACEBES, el concepto de ciudadano-cliente no puede en la administración pública

⁸⁹⁷ Pascual García (1999), op. cit., p.332.

⁸⁹⁸ Gasto que desde el derecho se refiere a los realizados por los entes públicos cuya actividad está regulada por el derecho administrativo, y que a su vez financia la producción de bienes y servicios públicos (Fuentes Vega et al, 1999, op. cit., pp.37-38).

⁸⁹⁹ Ibid, p.34.

⁹⁰⁰ Lo mencionado, hacia España, lo podemos ver destacado en la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la cual en su preámbulo indica: *“Los ciudadanos desean conocer en mayor medida cómo se ejecutan las políticas públicas y la acción de sus respectivos gobiernos. Reclaman un mayor conocimiento de las partidas que integran los presupuestos de las diferentes administraciones públicas que sufragan con sus tributos. Desean conocer quiénes son los responsables del desarrollo de las políticas, proyectos y planes públicos en las instituciones que financian, y les exigen mayores responsabilidades en el desarrollo de su actividad y en la ejecución de sus gastos”*.

reformar solo las leyes y las normas para sustituir unas estructuras jerarquizadas o unos procedimientos, sino, que resulta necesario un enfoque global del cambio cuyo objetivo final sea una nueva cultura organizacional, la cual sitúe al usuario como el objetivo último de la gestión pública⁹⁰¹.

5. SECUENCIA DEL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El camino que recorre el control para entregar beneficios en materia de contratos, está supeditado a varias circunstancias y fines de medición, debiendo siempre tener claridad sobre el objetivo que desea medir. A continuación, en la figura 10 exhibiremos la secuencia que sigue este concepto cuando comienza su trabajo, exponiéndose a preguntas y decisiones que debe responder con claridad para obtener una utilidad que realmente pueda aprovecharse.

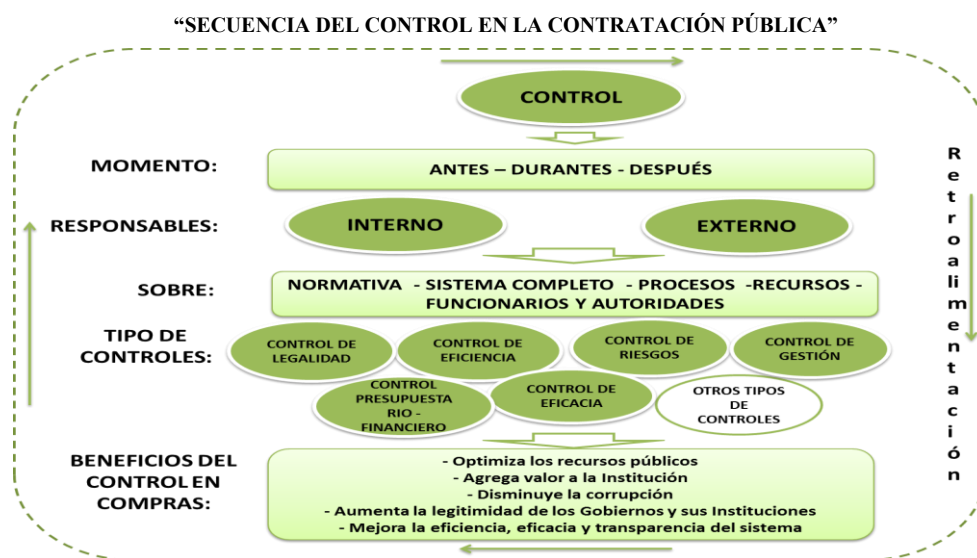


Figura 10. Fuente. Elaboración propia.

A. Momento del control

Luego de conceptualizar esta función de retroalimentación, diremos que ésta puede implementarse según el “momento” en que sea necesaria, encontrándonos por consiguiente con un control: *preventivo (antes o ex ante)*, *concurrente (durante)*, o *posterior (después o ex post)*, o también llamados: *previo*, *concomitante*, o *consultivo*, respectivamente⁹⁰². Esta clasificación es muy relevante, ya que no sólo cambia el control ejercido, sino incluso la técnica de su realización y los efectos que este puede producir. En un control preventivo de la contratación pública, habitualmente

⁹⁰¹ Martín Acebes A. 1992, citado por Guerrero Cuadrado Manuel (2011), op. cit., p.38.

⁹⁰² Clasificación mencionada por Pascual García (1999), op. cit., p.607.

se verifica la legalidad; en un control concurrente, se analiza el cumplimiento de objetivos parciales; y en un control posterior, se hace un juicio global de lo controlado⁹⁰³.

El control *preventivo*, de esta forma, es aquel que se desarrolla antes de comenzar a ejecutar las operaciones financieras o administrativas⁹⁰⁴. Busca anticipar los problemas y desarrollar las acciones correctoras correspondientes⁹⁰⁵. Es un seguimiento activo de problemas que proporciona una oportuna prevención⁹⁰⁶. Como sostienen FUENTES VEGA et al, se le conoce también por un control “a priori”, siendo su efecto inmediato el de la paralización del acto de gestión⁹⁰⁷. A lo cual añade PASCUAL GARCÍA, que tiende a evitar las irregularidades antes de que se produzcan⁹⁰⁸.

En la contratación pública, debería ser aquel que controla el cumplimiento de la normativa aplicada; que exista el presupuesto correspondiente para la adquisición; que la descripción del requerimiento, si lo amerita, esté acompañada por un informe técnico motivado; que las aprobaciones o firmas para la adquisición estén correctas y validadas; que los tiempos o calendario de la licitación sean los idóneos; que los criterios de adjudicación sean objetivos y cuantificables; entre otros parámetros a medir⁹⁰⁹. Como agrega WEIHRICH et al, para un control efectivo los gestores requieren un sistema de corrección anticipativo que les informe sobre las disfunciones potenciales, y permita realizar las medidas correctivas antes de que surjan problemas⁹¹⁰.

El control de tipo *concurrente*, por su parte, según FUENTES VEGA et al es el que tiene lugar mientras se desarrolla la actividad⁹¹¹. Adicionando CUERVO et al que es un control con desarrollo simultáneo de acciones correctoras⁹¹². Es una acción que implica el monitoreo y ajuste de las actividades en marcha⁹¹³. En materia de contratos, es el que mide las tareas que se están llevando a

⁹⁰³ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.573.

⁹⁰⁴ INTOSAI (1988), op. cit., p.5.

⁹⁰⁵ Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.234.

⁹⁰⁶ Carpenter et al (2012), op. cit., p.636.

⁹⁰⁷ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., pp.572-573.

⁹⁰⁸ Pascual García (1999), op. cit., p.607.

⁹⁰⁹ Un ejemplo de la aplicación de este control citado, lo podemos apreciar en Polonia. En este país, el control ex-ante a la adjudicación se convirtió en requisito para los contratos públicos de gran envergadura. Tal mecanismo, se emplea en contratos de obras públicas que superan los 20 millones de euros, y los 10 millones de euros para la adquisición de bienes y servicios. Asimismo, este país realiza publicaciones periódicas de las actividades de control ex-ante cada seis meses, las cuales se difunden lo más ampliamente posible. La información que aparece en tales publicaciones tiene un efecto preventivo, puesto que llama la atención de los altos responsables sobre la escala, tipo y amplitud de las infracciones legales existentes, y permite por tanto evitar errores similares en procedimientos futuros (Caso de estudio presentado por Polonia en el Simposio de la OCDE de 2006: Identificación de Buenas Prácticas para la Integridad y la Resistencia a la Corrupción en la Contratación Pública. Informe sobre Functioning of the Public Procurement System in 2005, Oficina de Contrataciones Públicas, junio 2006, INAP, 2009, op. cit., pp.38-39).

⁹¹⁰ Weihrich et al (2012), op. cit., p.504.

⁹¹¹ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.572.

⁹¹² Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.234.

⁹¹³ Carpenter et al (2012), op. cit., p.637.

cabo cuando se está ejecutando la compra, es decir, monitorea todo el proceso desde la definición del requerimiento hasta su adjudicación, incluso, debería abarcar parte de la ejecución del contrato idealmente. A través de esta medición, podemos garantizar que los plazos o calendario de fechas de cumplimiento de etapas se estén respetando; que los documentos que envían los oferentes para participar en los concursos públicos sean los requeridos; que el proceso de evaluación de las ofertas se ajusta a la normativa preocupándose del fondo y forma; entre otras acciones.

En tercer lugar, y de acuerdo a CARPENTER et al, encontramos el control *posterior* (o a posteriori como indica FUENTES VEGA et al)⁹¹⁴. Éste, recopila la información sobre la actividad terminada, evalúa esa información, y toma medidas para mejorar las acciones similares en el futuro⁹¹⁵. En las compras públicas, esta medición indaga que luego de ejecutado el requerimiento, se midan los resultados finales para conocer si en definitiva se ha llegado a adquirir lo realmente establecido en los objetivos, y se han cumplido con las condiciones preestablecidas⁹¹⁶. Es un control correctivo o reactivo que espera a que se produzcan los acontecimientos para, después, llevar a cabo las correcciones pertinentes⁹¹⁷. Por lo anterior, este examen debería buscar que los objetivos iniciales de la compra concuerden completamente con la adquisición recibida; que las condiciones y características del bien requerido se cumplan en su totalidad; que el presupuesto planificado haya sido el efectivamente pagado al proveedor; entre otros varios ejemplos.

Por tanto, ¿En qué parte específica del proceso de adquisición deberíamos aplicar los controles preventivos, concurrentes y/o a posterior? Los tres controles debiesen programarse a través de sus unidades de auditoría respectiva, o simplemente por una planificación anual elaborada por el área de compras a los tres grandes pilares que sostienen la contratación pública -según clasificación mencionada por GARCÍA ORTEGA-, los cuales son: a) Preparación del expediente, b) Selección y adjudicación, y c) Cumplimiento y ejecución⁹¹⁸.

⁹¹⁴ Fuentes Vega et al (1999), p.573.

⁹¹⁵ Carpenter et al (2012), op. cit., p.637.

⁹¹⁶ Uno de los países que está aplicando este tipo de control a las compras como también los otros dos mencionados, es Corea del Sur. Este territorio, controla su proceso de contratación por medio de su sistema web de compras KONEPS, el cual funciona a nivel nacional y permite el procesamiento online de toda la contratación pública, desde el inicio de la compra hasta su pago. A través de este sistema digitalizado, las organizaciones de consumidores y las empresas pueden involucrarse en el examen del manejo de fondos públicos en los procesos de contratación. El sistema cubre todas las fases, desde el pre-concurso a la gestión de contratos y pagos. Por ejemplo, el Servicio de Contratación Pública distribuye a través del KONEPS todas las especificaciones necesarias para cada adquisición, antes incluso de realizar el anuncio de licitación, con el fin de promover el interés de los suministradores y para que estos puedan enviar sugerencias (INAP, 2009, op. cit., p.50).

⁹¹⁷ Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.234.

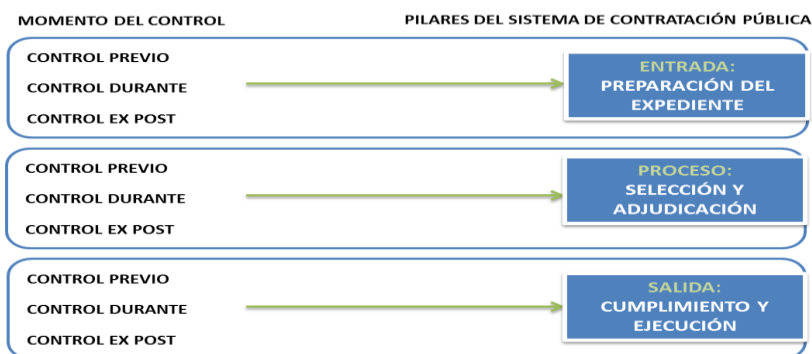
⁹¹⁸ García Ortega (2010), p.79-80.

De esta forma, y por lo mencionado, algunos podrían pensar entonces que sólo bastaría medir el desempeño de cada uno de estos tres pilares por medio de la siguiente correspondencia:



Fuente. Elaboración propia.

No obstante, aunque esta relación presentada es correcta, también es incompleta. Cada uno de los tres pilares o fases mencionadas son un proceso en sí, por lo cual, cada fase se compone individualmente de una “entrada, proceso y salida”, debiendo cada una de ellas también ser medida separadamente. Es decir, la vinculación correcta para aplicar estos controles según el “momento”, debería ser la siguiente:



Fuente. Elaboración propia.

La forma de llevar a cabo la implementación de estas mediciones para cada uno de los tres pilares, puede ser a través del uso de indicadores de gestión, observación directa, auditorías, por medio de algún programa computacional que nos advierta cuando conste algún error, entre otras. Asimismo, tanto para nuestro sistema en general, como específicamente para su proceso interno o ciclo de vida, cada control que queramos aplicar debería primero que todo aclarar que objetivo quiere buscar, e incorporar los mecanismos que le permitan corregir o cambiar las disfunciones encontradas.

B. Responsables del control

“Nadie duda hoy en día que el control del gasto público forma parte del entramado institucional de toda democracia.

Por tanto, en estos momentos en los que toda acción o política pública se encuentra tan necesitada de elementos legitimadores, los órganos de control interno y externo constituyen, mediante el ejercicio de una fiscalización eficaz, uno de estos elementos de legitimación” (Fabra Vallés, quién fue Presidente del Tribunal de Cuentas Europeo)⁹¹⁹.

En lo que a nosotros interesa, denominaremos funcionalmente *organismos responsables del control* (donde incluimos órganos internos y externos), a aquellos que por medio de sus atribuciones directamente miden, corrigen y obligan en materia de contratos públicos. Son entes que tienen un poder funcional y sus declaraciones son vinculantes (idealmente), es decir, tienen la potestad de dar instrucciones y supervisar que estas se cumplan, siendo sancionadores en algunos casos.

Dicho esto, diremos entonces que además del momento en la cual se ejecuta esta medición de la contratación, debemos decidir si el “responsable” de llevarla a cabo será parte de la propia institución (*control interno*), o se contratarán los servicios de una empresa o profesional en particular (*control externo*). La primera situación, es aquella ejercida al interior del organismo público por alguna unidad interna establecida para ello, como por ejemplo: unidades de auditoría, administración y finanzas, unidades jurídicas, unidades de intervención, entre otras. Desde los estamentos que forman la institución, esta evaluación interna debe ser responsabilidad de la Dirección. De lo contrario, esto afectará a la eficacia y eficiencia de las actividades, y a la vez, a los objetivos del organismo⁹²⁰.

La segunda posibilidad, es que este examen se realice contratando a un organismo o profesional externo, generalmente empresas privadas o consultoras, a quienes se les solicita que examinen las normas, procesos, sistemas y actividades llevadas a cabo -en este caso en materia de contratos públicos-, no olvidando exigirles una revisión del propio sistema de control interno instaurado en la institución controlada.

Sobre ambas situaciones, la Comisión Europea al año 2014 ha sostenido como recomendación a sus países miembros, que hay que reforzar los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos, añadiendo que de forma específica se deberían cumplir los siguientes objetivos: garantizar la capacidad suficiente de

⁹¹⁹ Tomé Muguruza (2013), p.74.

⁹²⁰ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.573.

los organismos auditores, órganos consultivos⁹²¹ y organismos de supervisión de la compra pública, así como de los Tribunales de Cuentas, en su caso, para llevar a cabo sus tareas de verificación; reforzar los mecanismos de control interno y metodologías sólidas y uniformes, a efectos de prevención y detección de prácticas corruptas y conflictos de intereses; mejorar los mecanismos y herramientas de control en la fase de ejecución y posterior a la adjudicación de los contratos; y a su vez, garantizar el adecuado seguimiento de las recomendaciones de los Tribunales de Cuentas cuando detecten irregularidades en esta materia⁹²².

En adición, la OCDE al año 2015 ha agregado que hay que velar por que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de gestión), además de los exámenes y auditorías externas, sean coordinados, dotados de recursos suficientes e integrados para garantizar: el seguimiento del funcionamiento del sistema de contratación pública; la presentación fiable de informes y el cumplimiento de las leyes y reglamentos; la aplicación coherente de las leyes, reglamentos y políticas de adquisiciones; una reducción de la duplicación y una supervisión adecuada de acuerdo con las opciones nacionales; y finalmente, una evaluación independiente a posteriori y, cuando proceda⁹²³.

Así, y luego de esta breve introducción, profundizaremos seguidamente en cada uno de estos dos controles referidos, caracterizando con mayor detalle su objetivo e implicación en nuestra materia de estudio.

a) Control interno ¿Quiénes son los responsables en ejercer este control?

Al interior de las administraciones públicas, el primer nivel de control es el que ejerce la jerarquía y cada jefe respecto a sus subordinados⁹²⁴, siendo estos los llamados primeramente a cumplir y/o establecer los controles internos mínimos para que funcione óptimamente el sistema administrativo, buscando gestionar los recursos de todo tipo y no sólo administrarlos.

En el pasado, este examen se centraba en los controles de contabilidad en relación con la salvaguardia de los activos y la fiabilidad de los registros financieros. Sin embargo, con la rápida evolución de los entornos económicos y de competencia, el alcance de estos controles se ha

⁹²¹ Ver órganos consultivos en capítulo III de la LCSP 9/2017.

⁹²² Comisión Europea (2014a), op. cit., p.39. El resto de objetivos, son: llevar a cabo controles de la propiedad de los licitadores y de los subcontratistas; y garantizar mecanismos de control adecuados para la contratación de las empresas públicas, así como en el marco de las asociaciones entre los sectores público y privado.

⁹²³ OCDE (2015c), op. cit., p.12.

⁹²⁴ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.539.

expandido más allá del campo mencionado, alcanzando todas las áreas de la organización y actividades. Al presente, gran parte del éxito organizacional está sujeto a su familiaridad con la naturaleza de los riesgos que pueden ocurrir en el medio ambiente y el propio organismo, así como por la adecuada gestión y control interno de estos mismos⁹²⁵.

Examinando con más detención las características de esta clase de control -el cual es nuestro foco de atención en esta investigación, y que desarrollaremos con más detalle para España en el punto 5, apartado IV de este capítulo-, diremos que un buen sistema de control interno es un factor clave para ayudar a las organizaciones a alcanzar sus objetivos, reduciendo sus problemas operativos o los riesgos potenciales tales como actividades fraudulentas⁹²⁶. De acuerdo al INAP, *“Sin un sistema de control interno adecuado, se crea un entorno en el que los bienes no están protegidos de pérdida o mal uso, las buenas prácticas no se siguen, los objetivos y fines pueden no ser cumplidos (eficacia), y los trabajadores no tienen frenos para no realizar actividades deshonestas, ilegales o no éticas”*⁹²⁷.

Según la Organización Profesional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI)⁹²⁸, así como la GAO⁹²⁹, este examen interno es un proceso integral efectuado por la gerencia y el personal, y está diseñado para enfrentarse a los riesgos y para dar una seguridad razonable de que en la consecución de la misión de la entidad se alcanzarán los siguientes objetivos gerenciales: a) Ejecución ordenada, ética, económica, eficiente y efectiva de las operaciones, b) Cumplimiento de

⁹²⁵ Tan Li (2013), p.20.

⁹²⁶ Government Accountability Office, GAO (1999), p.4.

⁹²⁷ Este organismo español, además alude que es particularmente relevante tener controles de este tipo que funcionen, incluyendo controles financieros, auditorías internas y verificaciones de la gestión, manifestando que es responsabilidad de las autoridades encargadas de la contratación pública establecer tales sistemas, y que esta responsabilidad es aún más importante en un contexto de contratación pública descentralizada (INAP, 2009, op. cit., pp.102-103).

⁹²⁸ Al hablar de control interno o externo, es necesario nombrar a la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). Este órgano mundial referente en control, ha elaborado directrices de control interno para la buena gobernanza de los diferentes países. Establece recomendaciones a los gobiernos y otras entidades responsables del manejo de fondos públicos y actividades financiadas con recursos gubernamentales. Su propósito, es difundir buenas prácticas, incluyendo el establecimiento de sistemas efectivos de control interno, auditoría interna confiable y normas adecuadas de contabilidad e informes en el sector público.

Tal institución, agrupa aproximadamente a 193 entidades de fiscalización externa de gobiernos nacionales, cumpliendo el rol de facilitar un marco de trabajo institucionalizado entre sus asociados para promover el desarrollo y la transferencia de conocimientos, la mejora de la auditoría del sector público en todo el mundo, y aumentar las capacidades profesionales. La INTOSAI emite dos tipos de normas profesionales: las Normas Internacionales de las EFS, ISSAIs, y las Directrices de la INTOSAI para la Buena Gobernanza, INTOSAI GOVs (López Hernández, 2013, p.12).

⁹²⁹ Government Accountability Office, GAO (1999), op. cit., p.4. La GAO, Organismo superior de rendición de cuentas de EE.UU., revisa y aplica las normas del COSO a los Estados federales del país, siguiendo sus lineamientos de control. Este órgano, indica que el control es una parte importante de la gestión de una organización y se compone de los planes, métodos, y procedimientos utilizados para cumplir las misiones, objetivos y metas. Sirviendo como primera línea de defensa para salvaguardar activos; y para la prevención y la detección de errores y fraudes.

las obligaciones de responsabilidad, c) Cumplimiento de las leyes y regulaciones aplicables, y d) Salvaguarda de los recursos para evitar pérdidas, mal uso y daño⁹³⁰.

Asimismo, la Comisión Independiente contra la Corrupción en Hong Kong, China, señala que entre los elementos esenciales que debe poseer un buen sistema de control interno en los organismos públicos, se deben incluir: a) Elaborar y dar a conocer las políticas organizacionales relativas a esta medición; b) Segregación de tareas y funciones; c) Gestión de conflictos de intereses; d) Protección de información sensible y confidencial; e) Chequeos de supervisión; f) Documentar actividades; g) Establecer mecanismos de reclamos; h) Constituir un mecanismo de protección de los delatores, entre otros. Además, este organismo establece que tal examen debe ir acompañado de la implantación de un marco de gestión de riesgos y auditorías, instaurando un equipo auditor y vigilando que el auditor externo realice su trabajo autónómicamente⁹³¹.

De este modo, hablar de un sistema de control interno como el aludido, es referirnos a aplicar políticas internas para proteger y hacer más eficientes el uso de los recursos de una organización⁹³², y a su vez, medir permanentemente que esto se cumpla. Dicho lo anterior, y según MUÑOZ GONZÁLEZ, debemos aplicar entonces un conjunto de procedimientos necesarios para asegurar el cumplimiento y eficacia de todas las operaciones que realiza la organización con su actividad, la validez de todos los informes contables-financieros, y el cumplimiento de las normas y leyes de la legislación vigente⁹³³.

Desde algunas visiones normativas, tanto FUENTES VEGA et al como PASCUAL GARCÍA, sostienen que este examen interno es una tarea técnica ejercida por un ente de la propia Administración sobre los actos que ella misma realiza. Asumiendo que su característica principal, es que el órgano que lo ejerce y el órgano de gestión controlado tienen siempre un superior jerárquico común⁹³⁴. Según los primeros autores, dentro del control interno podemos distinguir el control de funcionamiento (verificación de la correcta actuación administrativa cuando en ella no se dan variables de contenido económico), y el control económico-financiero (control de la actividad económica-financiera de la Administración)⁹³⁵.

⁹³⁰ INTOSAI en guía para las normas de control interno del sector público 2004, citado por Castejón González (2012), p.72.

⁹³¹ Corruption Prevention Department, ICAC (2016), pp.12-14.

⁹³² Horngren et al (2006), p.7.

⁹³³ Muñoz González (2003), op. cit., pp.116-117.

⁹³⁴ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.572, y Pascual García (1999), op. cit., p.607.

⁹³⁵ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., pp.574-575.

En su relación con el gasto público -siendo parte de nuestro interés de estudio-, LAZO VITORIA sostiene que el “*Control interno adscrito a los diversos departamentos y órganos administrativos, pero funcionalmente independiente de los mismos, permite evitar cotidianamente la producción de actuaciones irregulares y manejos fraudulentos de los recursos públicos*”⁹³⁶. A lo cual si añadimos lo mencionado por el Tribunal de Cuentas Europeo, garantiza complementariamente la consecución de los objetivos del organismo de manera económica, eficiente y eficaz; el cumplimiento de las normas externas (normativa, reglamentos) y las políticas de gestión; la protección de los activos y la información; y la calidad adecuada de los registros contables y presentación oportuna de información financiera y de gestión fiable⁹³⁷. Hacia España, hay que adelantar que este control interno del gasto es realizado por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), existiendo para las administraciones autonómicas y locales sus propias Intervenciones⁹³⁸.

Por lo que respecta a los Estados de la UE, los controles de este tipo que se aplican a la actuación administrativa, y en su defecto a la contratación, son habitualmente de legalidad a posterior o ex post, por medio de Tribunales predefinidos. No obstante, últimamente se están comenzando a utilizar herramientas -aunque no es de forma generalizada-, para medir aspectos más allá de los sólo legales y/o presupuestarios. Este es el caso del modelo “PIFC” (Public Internal Financial Control), el cual pretende ofrecer un patrón estructurado a los gobiernos en el que frente al énfasis que ponen los sistemas tradicionales sobre el control interno de legalidad y regularidad, se resalten los criterios de economía, eficiencia y eficacia, de modo que la mejora de los sistemas de control aludidos contribuyan a prevenir los riesgos antes de su detección en la fiscalización⁹³⁹.

De igual manera, algunos Estados también están desarrollando mecanismos en los que se enfatiza la responsabilidad de los gestores presupuestarios, quienes deben emitir declaraciones anuales sobre el funcionamiento y efectividad de los sistemas de control interno, como ocurre en el Reino Unido, Países Bajos y Suecia. En otros países, se han establecido y potenciado los servicios de auditoría interna, pero manteniendo los controles previos tradicionales, como es el caso de Francia,

⁹³⁶ Lazo Vitoria (2008), op. cit., p.207.

⁹³⁷ Tribunal de Cuentas Europeo (2014b), op. cit., p.24.

⁹³⁸ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.572, y Pascual García (1999), op. cit., p.607. En otras características de este control, la UE indica que un sistema de supervisión -como lo puede ser un control interno-, debe facilitar una acción concreta a la hora de atender a los problemas en cuanto se presentan, y no cuando se han hecho endémicos. Adicionando el Tribunal de Cuentas Español, que este debe proporcionar un grado razonable de confianza en el cumplimiento de las leyes y normas aplicables, la fiabilidad de la información financiera y la eficacia, como la eficiencia de las operaciones (Unión Europea, 2010, op. cit., p.19; y portal Rendición de Cuentas de España. Recuperado el 2 de noviembre de 2016 en <http://www.rendiciondecuentas.es/es/index.html>).

⁹³⁹ Salamanca Gómez (2010), op. cit., p.70.

Bélgica, Italia o España⁹⁴⁰. De esta forma, resulta que en la región existe mayormente un enfoque funcional que vela esencialmente por un correcto cumplimiento normativo y presupuestario, haciendo hincapié en la necesidad de potenciar otras mediciones que complementen las aludidas.

En contraste con el continente europeo, en varios de los países de América existe un control interno mayoritariamente de gestión sobre el accionar público -además de su medición legal y presupuestaria tradicional-, el cual incluye habitualmente estructuras con indicadores de rendimiento. Esta tarea, es encomendada por medio de unidades de auditoría interna, que dentro de sus planes de control, incluyen el de auditar los procesos de adquisiciones correspondientes. En varios de estos países, el cumplimiento y éxito de sus indicadores de control interno están asociados a recompensas monetarias para los funcionarios de la institución, siendo esto parte de una política pública de incentivos mayor⁹⁴¹.

De esta forma, y según lo hasta aquí expuesto, deberíamos mirar al control interno de la contratación como un proceso y no como un evento único o circunstancial. Tal examen puede enriquecer (perfeccionar) un sistema de adquisiciones hasta el punto que éste opere óptimamente, existiendo normalmente capacidad para mejorar. Es vital para lograr los objetivos y debe formar parte integrante del organismo para medir y guiar sus operaciones⁹⁴². Puede ser utilizado para reconocer fortalezas y debilidades de cualquier proceso o sistema, proporcionando un marco para identificar rendimientos en la gestión, además de zonas de mayor riesgo de fraude, derroche, abuso y mala administración⁹⁴³. Podemos empezar por algo tan simple como procurar que la normativa general se cumpla en los procesos diarios de compras; hasta realizar controles de economía, eficiencia, eficacia, de riesgos o de gestión, entre otros. Asimismo, y como destaca PEÑA OCHOA, la fortaleza de estos controles de manera preventiva resulta esencial en esta materia, siendo mucho más eficaces que los controles “a posteriori”⁹⁴⁴.

Por último, conviene también advertir que lo difícil en implantar esta clase de control no trasciende tanto por el tipo de herramientas de gestión a utilizar, sino más bien por pensar estratégicamente como se pueden modificar las culturas funcionarias. Todo examen interno debe ser flexible y ajustarse tanto a la estructura, como a las funciones e individuos, buscando gestionar apoyos más que encontrar resistencias. Este desafío, como hemos aludido en el desarrollo de este

⁹⁴⁰ Miaja Fol (2010), op. cit., pp.226-233.

⁹⁴¹ Ver como ejemplo a Chile en Programas de Mejoramiento de la Gestión (PMG) del Ministerio de Hacienda. Recuperado el 2 de noviembre de 2017 en <http://www.dipres.gob.cl/594/w3-propertyvalue-2131.html>

⁹⁴² COSO (2013), op. cit.

⁹⁴³ Government Accountability Office, GAO (2006), p.11.

⁹⁴⁴ Peña Ochoa (2017), ppt.5.

estudio, no es competencia ni capacidad técnica sólo del derecho, sino de las áreas como la gestión pública, sociología y/o psicología organizacional, a quienes debe darse el espacio y atribuciones para aportar en esta materia de aprovisionamiento del Estado que hoy en día ya es multidisciplinar.

¿Quiénes son los responsables en ejercer este control? Según la INTOSAI, este tipo de control depende necesariamente del director del departamento en cuya organización ha sido creado. No obstante, debe gozar de independencia funcional y organizativa en cuanto sea posible a tenor de la estructura constitucional correspondiente⁹⁴⁵. Todos al interior de la institución tienen la responsabilidad de ejecutar este control, desde el director o máxima autoridad, la gerencia, los auditores internos, hasta el resto del personal⁹⁴⁶. La responsabilidad principal en su aplicación, debe corresponder a la máxima dirección de la administración o directivos, quienes deben crear un compromiso real en su implementación a todos los niveles, siendo función del departamento de auditoría interna o quien haga sus veces ponerlo operativamente en marcha⁹⁴⁷.

Como indica MIAJA FOL, todos los diferentes modelos de este tipo de control son de responsabilidad de los órganos superiores y de la alta dirección, quienes deben establecer mecanismos que les proporcionen una garantía razonable sobre el cumplimiento de sus objetivos⁹⁴⁸. Agregando la OCDE, que son las propias autoridades o directivos quienes tienen los conocimientos necesarios para hacerlo, y quienes mejor conocen sus normas administrativas y el proceso interno de trabajo⁹⁴⁹.

En las áreas de contratación, son por lo tanto sus jefaturas las llamadas primeramente a informar, explicar y difundir esta clase de control a sus equipos, entendiendo claramente la diferencia, como sostiene CARPENTER et al, que la función gerencial del control no debe ser confundida con el control sobre el comportamiento de las personas⁹⁵⁰.

Asimismo, el gerente o jefatura del área de adquisiciones es quien también debe establecer los puntos de atención especial en que se debe enfocar este examen, y luego vigilarlos para asegurarse de que todo el proceso o ciclo de vida de la compra procede según lo planeado. Por ello, además del

⁹⁴⁵ INTOSAI (1988), op. cit., p.6.

⁹⁴⁶ COSO (2013), op. cit., pp.4-5.

⁹⁴⁷ Salamanca Gómez (2010), op. cit., pp.68-69.

⁹⁴⁸ Miaja Fol (2010), op. cit., p.215.

⁹⁴⁹ OCDE (2007), op. cit., pp.59-61.

⁹⁵⁰ Esta función no implica que los administradores o gestores deban intentar controlar o manipular las personalidades, valores, actitudes o emociones de sus subordinados. En su lugar, debe abocarse al papel del gestor en la adopción de garantizar que las actividades relacionadas con el trabajo de los subordinados contribuyan al logro de los objetivos departamentales y organizacionales (Carpenter et al, 2012, op. cit., p.31).

responsable, un control efectivo requerirá de la atención de aquellos factores decisivos para evaluar el desempeño en referencia con los planes o normas establecidas⁹⁵¹.

Un escenario que se manifiesta tanto en naciones de Europa como de América, es que la implementación efectiva de este control, al interior de las Administraciones, es el fiel reflejo de lo que también se está aplicando en la contratación pública. No obstante, y sin perjuicio de ello, también hay que decir que cada unidad de compras tiene la autonomía funcional y está amparada por el derecho público para preservar, gestionar y optimizar los recursos que administra, pudiendo por iniciativa propia y dentro de su marco de actuación, crear los controles internos y mecanismos que más estime conveniente para garantizar su trabajo.

Así, y finalizando con la descripción de esta clase de control, diremos entonces que la ejecución formal de su actuación es llevada a cabo, principalmente, por tres órganos o unidades, describiendo con ello qué aspectos examinan en su actuar:

ÓRGANOS O UNIDADES HABITUALES QUE CONTROLAN INTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A NIVEL MUNDIAL		
ÓRGANOS O UNIDADES	OBJETIVO GENERAL	¿QUÉ ASPECTOS CONTROLAN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?
(1) Unidades de Auditorías	Son unidades que revisan y recogen información con el fin de hacer cumplir las normativas y mejorar la organización, estableciendo en algunos casos propuestas de mejoras.	Pueden ser usadas principalmente para controlar: legalidad, eficiencia, eficacia, economía y gestión.
(2) Unidades Jurídicas	Son aquellas que controlan que los aspectos legales del requerimiento se ajusten a la normativa nacional e interna respectiva.	Controlan exclusivamente que la normativa del proceso de contratación cumpla con la legislación vigente.
(3) Unidades de control interno o control de gestión	Son organismos internos que realizan un seguimiento de los planes institucionales y establecen controles operativos que buscan cumplir los objetivos estratégicos.	Monitorean y vigilan que las metas anuales en materia de gestión interna, incluidas aquellas sobre contratos públicos, se cumplan.

Cuadro 11. Fuente. Elaboración propia.

b) Control externo ¿Quiénes son los responsables en ejercer este control?

Como ya hemos aludido, y conforme a LÓPEZ y ORTIZ, esta clase de control se efectúa por organismos o personas externas a la institución. Bajo esta modalidad, al igual que en el control interno, se trata de informar o comunicar la regularidad en el cumplimiento de las normas y valoración de la gestión⁹⁵². En un sentido amplio, tiene por objeto determinar el sometimiento de la actividad económico-financiera de las instituciones a los principios de legalidad, eficiencia y economía, en relación con la ejecución de los presupuestos de ingresos y gastos⁹⁵³. Tanto FUENTES

⁹⁵¹ Weihrich et al (2012), op. cit., p.498.

⁹⁵² López y Ortiz (2005), op. cit., p.506.

⁹⁵³ Portal Rendición de Cuentas de España, op. cit.

VEGA et al como PASCUAL GARCÍA, confirman que esta inspección es la ejercida en el ámbito de la actividad financiera por un órgano que es ajeno totalmente a la Administración controlada. Según la INTOSAI, este trabajo debería examinar la eficacia de los órganos de control interno, asegurando que estos últimos garanticen eficientemente el uso de los medios y cumplimiento de los objetivos institucionales⁹⁵⁴.

Acorde a la Federación de Expertos Contables Europeos (FEE), la auditoría externa y el sistema institucional de control son considerados los mecanismos externos de medición más relevantes y con mayor eficacia, jugando un papel crucial en el contexto de la protección de los inversores. La auditoría constituye la primera línea de defensa externa contra las infracciones de los principios y normas contables, siendo el auditor responsable de informar acerca del cumplimiento de la normativa pertinente, lo que lleva a la FEE y a la Comisión Europea a calificarla como uno de los pilares fundamentales de cualquier sistema de control⁹⁵⁵. En este mismo sentido, el Tribunal de Cuentas Europeo afirma que la función de auditoría externa, como inspección independiente, resulta esencial para garantizar la rendición de cuentas en la utilización de fondos públicos en una sociedad democrática moderna⁹⁵⁶, añadiéndose en la “Carta del Ciudadano del Reino Unido”, que con este trabajo se sacan a relucir las debilidades, se confirma la existencia de los buenos sistemas internos, se ayudan a extender la buenas prácticas y se aumenta la calidad de lo auditado⁹⁵⁷.

Hacia España, y como diremos más adelante, este examen es realizado por el Tribunal de Cuentas⁹⁵⁸ y sustentando en el artículo 136.1 de la CE, donde se indica a este organismo como su supremo fiscalizador. Esta medición, durante el último tiempo no ha estado ajena a ciertas deficiencias, entre las cuales según GARCÍA y PÉREZ, podemos destacar: carencia de configuración jurídica de la responsabilidad contable, politización, impacto estéril de los informes de control en el Parlamento, normativa desajustada, creación de instituciones semejantes a las ICEX⁹⁵⁹, desconexión con la sociedad, escasa cultura de control, fiscalizaciones de baja calidad, entre otras⁹⁶⁰. Sumado a ello, PEÑA OCHOA ha advertido que una de las causas de estas deficiencias podría estar en su

⁹⁵⁴ INTOSAI (1988), op. cit., p.6.

⁹⁵⁵ Cañibano y Pedrosa (2009), op. cit., p.48.

⁹⁵⁶ El Tribunal de Cuentas Europeo es la institución encargada de la auditoría externa de la UE. El papel del Tribunal, como auditor externo, consiste en evaluar la gestión financiera del presupuesto en su conjunto (Tribunal de Cuentas Europeo, 2014b, op. cit., p.5).

⁹⁵⁷ INAP (1995), op. cit., p.30.

⁹⁵⁸ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.72 y, Pascual García (1999), op. cit., p.607. La existencia de un Tribunal de Cuentas se justifica porque el Parlamento necesita un organismo técnico que le ayude a analizar y mejorar las cuentas de la totalidad del sector público (Ballart y Ramió, 2000, op. cit., p.548)

⁹⁵⁹ Instituciones de Control Externo de España, es un concepto que agrupa al Tribunal de Cuentas del Reino y a los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (García y Pérez, 2016, p.38).

⁹⁶⁰ Ibid. Para mayor detalle de estas deficiencias con sus respectivas propuestas de mejora, ver anexo 4.

configuración legal, la cual indica que sería conveniente revisar. Lo anterior, debido a que en ocasiones se hacen trabajos por los entes de control externo que tienen un nulo impacto, lo cual es observado como una apariencia de control, y a la vez, como un mal uso de los recursos públicos, siendo que tales trabajos han sido requeridos como encargos directos por el Parlamento respectivo⁹⁶¹.

Desde un plano internacional hacia el país, y de acuerdo a la OCDE en su documento titulado “Partners for Good Governance: mapping the role of supreme audit institutions”, en España las instituciones de control externo aún no juegan un papel formal en la estrategia nacional de lucha contra la corrupción, lo que supone un reconocimiento expreso al rol que puede jugar si efectivamente se quiere contar con esta función para realizar: recomendaciones de gestión, detectar malas prácticas, potenciar los buenos ejemplos, y establecer pautas de comportamiento financiero y administrativo para la correcta y adecuada gestión de los recursos públicos⁹⁶².

Asimismo, y al año 2016, un trabajo sobre el papel del control externo en España -presentado al Workshop organizado por la International Research Society on Public Management (IRSPM)-, pone de manifiesto que este examen externo está más focalizado en el comportamiento financiero de las Administraciones, y todavía no se han hecho suficientes esfuerzos organizativos para focalizar su trabajo en la lucha y prevención de la corrupción, algo a lo que tampoco ayuda el marco legal existente. Sosteniendo por último este estudio, que permanece la inercia de las fiscalizaciones de regularidad (legalidad) y el análisis de los estados contables⁹⁶³, realidad que como hemos antes mencionado, sigue manteniendo un sistema de contratación pública con bajo desarrollo y habitualmente en el grupo de países de la UE menos aventajados⁹⁶⁴.

Por todos estos motivos, es que IPIÑAZAR y GARCÍA-DELGADO han sostenido que según la evidencia, existe la necesidad urgente de aumentar considerablemente este tipo de inspección, añadiendo que *“El manejo de los caudales públicos en España, especialmente en el sector local y municipal, apenas está sometido a un control externo, independiente y recurrente”*⁹⁶⁵. Agregando que al año 2009 había aproximadamente 20.630 entidades del sector público estatal de las que únicamente se auditaron el 8%, y de 22.078 entidades en 2011 de las cuales se auditaron el 11%; luego, hacia el sector autonómico, al año 2011 existió un 34,5% de las instituciones auditadas

⁹⁶¹ Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.24.

⁹⁶² OCDE, 2014, en García y Pérez (2016), op. cit., p.16.

⁹⁶³ Ibid.

⁹⁶⁴ Ver realidad de la contratación pública en España en Página web European Commission. Recuperado el 14 de agosto de 2017 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

⁹⁶⁵ Ipiñazar y García-Delgado (2016), pp.32-35.

externamente (anualmente), frente al 29% de 2009. Finalmente, mencionan que el sector local es el más crítico, habiendo sido auditadas apenas un 6% de sus instituciones en los últimos años⁹⁶⁶.

Sobre los Tribunales de Cuentas aludidos que efectúan este tipo de control, relevante es reseñar también como sostienen BALLART y RAMIÓ, que las dificultades de estos órganos para efectuar un control más allá del de legalidad se presenta por la escasez de recursos, y por la dificultad conceptual y técnica para llevar a cabo un control de eficacia, eficiencia o equidad por parte de la Administración. De esta manera, X. BALLART añade que la realidad española sobre la incidencia de este organismo choca con: una cierta resistencia a aceptar que el modelo de órganos de control externo propio de un sistema presidencialista, como el norteamericano, sea extensible a las democracias con sistema de gobierno parlamentario; una tendencia histórica al enjuiciamiento y al control de legalidad; y una concepción de su trabajo como la de auditor que verifica lo realizado por otros⁹⁶⁷.

En consecuencia, y según este escenario, vemos que la administración pública española no puede seguir permaneciendo al margen del control que proponen las grandes tendencias y organismos internacionales como la OCDE o Transparencia Internacional⁹⁶⁸, quienes les están dando un valor creciente al papel de este examen como pilar de integridad, y piedra angular de las políticas públicas de prevención y lucha contra la corrupción y el fraude. Es por lo anterior, que este tipo de inspección debe y puede jugar un papel trascendente en la buena administración⁹⁶⁹, y asimismo, en nuestros procesos de contratación. Entregar más recursos y atribuciones funcionales a través de su normativa a los Órganos de Control Externo (OCEX), ayudaría a que su trabajo tenga un mayor protagonismo, donde los actores principales al día de hoy siguen siendo la deficiente gestión e irregularidades que terminan generalmente en corrupción⁹⁷⁰.

Igualmente, y según advierte PEÑA OCHOA -Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón al año 2017-, es necesario realizar un diagnóstico de la función de control en el país para legitimar la tarea de los OCEX, revisando globalmente el desempeño del sistema para valorar: qué

⁹⁶⁶ Ibid, p.34.

⁹⁶⁷ Ballart y Ramió (2000), op. cit., pp.551-552.

⁹⁶⁸ Las tendencias de control externo están aplicando detección de riesgos y utilizando una estructura institucional para esta función (institucionalizar el control externo) (OCDE, 2014, en García y Pérez, 2016, op. cit., p.16).

⁹⁶⁹ Benítez Palma (2016), op. cit., p.7.

⁹⁷⁰ Desde el punto de vista de los OCEX -a los que corresponde auditar la gestión económica, financiera y contable del Sector Público español-, la aplicación de un enfoque integral al efectuar las auditorías externas, de los contratos de servicios externalizados, constituye un valor añadido a su función de control, al poder incorporar a las mismas la evaluación del grado de eficacia de las organizaciones y la eficiencia con la que éstas gestionan los medios disponibles, superando así la concepción tradicional de la auditoría de regularidad al potenciar el control externo hacia un enfoque operativo, y no legalista o presupuestario como es tradicionalmente.

hacemos y deberíamos seguir haciendo en auditoría; qué controles no hacemos y deberíamos hacer; en qué podemos o debemos mejorar; y qué hacemos y no sirve absolutamente para nada⁹⁷¹. Del mismo modo, a esto último habría que añadir la contratación de auditores privados o externos, como lo hace el Tribunal de Cuentas Europeo según expresan IPIÑAZAR y GARCÍA-DELGADO, siendo una opción que está impulsando la UE, donde el marco jurídico español posibilita tal alternativa⁹⁷².

¿Quiénes son los responsables en ejercer este control? Este examen, con carácter general, es ejercido mayormente por oficinas de auditorías o rendición de cuentas autónomas, y Tribunales de Cuentas, que al igual que las Contralorías Generales presentes en países de Centro y Sudamérica, controlan el accionar público y la gestión que estos hacen de sus fondos estatales, incluida la contratación pública. De igual manera, este control también es ejercido por las consultorías y/o profesionales que las propias Administraciones contratan para este trabajo.

Como resultado de la experiencia internacional, conviene volver a señalar que en los países donde los sistemas de adquisiciones funcionan de manera adecuada, existe un ente rector externo y autónomo que además de otras funciones como la de liderar, dirigir las políticas en la materia, desarrollar lineamientos operativos, y recibir y tramitar reclamos, realiza un seguimiento y control externo a nivel nacional del sistema de contratación⁹⁷³.

¿Cuáles son los organismos habituales que controlan externamente la contratación pública a nivel mundial? Al destacar los organismos de control externo a nivel mundial más relevantes en esta temática, y los aspectos que estos monitorizan, señalamos los siguientes:

ÓRGANOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A NIVEL MUNDIAL	
ÓRGANOS	¿QUÉ ASPECTOS CONTROLAN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?
(1) Tribunales de Cuentas	Fiscalizan la actividad económico-financiera del sector público y enjuician la responsabilidad contable de quienes gestionan fondos públicos ⁹⁷⁴ , función que abarca directamente la materia de contratos públicos ⁹⁷⁵ .
(2) Parlamento o Congreso (Comisiones mixtas)	Controlan a petición o por decisión propia, las acciones de los organismos públicos que encuentren pertinentes (económicas generalmente), estando incluidas las áreas de compras.

⁹⁷¹ Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.21.

⁹⁷² Ipiñazar y García-Delgado (2016), op. cit., p.32 y 39.

⁹⁷³ Ver mayor detalle de lo mencionado en Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas, p.10.

⁹⁷⁴ Portal Tribunal de Cuentas Español. Recuperado el 5 de septiembre de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/la-institucion/>.

⁹⁷⁵ Un organismo que establece precedentes, y orienta la acción de los distintos Estados miembros de la UE en la materia, es el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE). Este, es el auditor externo de la UE. Su misión principal, es asistir al Parlamento Europeo (PE) y al Consejo en el ejercicio de su función de control de la ejecución del presupuesto. El TCE verifica en sus auditorías que el procedimiento de licitación sea conforme a las normas nacionales y de la UE aplicables (basándose en comprobaciones de los documentos de licitación más importantes), y lleva a cabo una inspección física de los resultados de la licitación. Siempre que resulte necesario, los auditores ejercen su juicio profesional para ampliar el alcance de la auditoría y recabar evidencia adicional que pueda influir en la opinión de auditoría. En referencia al control de las compras públicas, este organismo realiza su función de acuerdo al procedimiento de auditoría establecido en anexo 6 (Weber y Witkos, 2013, op. cit., p.34).

(3) Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	Estos Tribunales resuelven las contingencias y quejas que los privados hacen sobre materia de contratos públicos. Su principal característica es que poseen independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias ⁹⁷⁶ .
(4) Contralorías Generales	Revisan que los gastos en compras se hayan realizado en concordancia con la legalidad respectiva, atendiendo a un control presupuestario y de legalidad de los actos públicos. También pueden realizar auditorías de gestión, eficiencia o eficacia.
(5) Ministerios de nivel central	Vigilan y monitorean los sistemas internos de compras a nivel de la Administración central nacional, como así aquellos que poseen sus organismos dependientes.
(6) Oficinas de Auditorías y Rendición de Cuentas⁹⁷⁷	Realizan un control de eficiencia, eficacia y economía, buscando garantizar la rendición de cuentas por medio de auditorías, proponiendo mejoras basadas en propuestas y planes de acción concretos. Investigan denuncias y entregan consejos de mejora ⁹⁷⁸ . Las atribuciones de estos entes varían de país a país, siendo en algunos casos limitada. Algunos casos de éxito de estos organismos son por ejemplo en EE.UU con la GAO; y U.K. con la NAO.
(7) Servicios o Agencias creadas específicamente para compras	Vigilan y controlan el comportamiento legal y de gestión interna de las compras a nivel nacional, entregando directrices y lineamientos a los entes públicos sobre sus problemas particulares proponiendo mejoras. Además, en algunos casos actúan como vínculo entre las empresas y el Estado para resolver problemáticas.
(8) Ombudsman (Defensor del Pueblo/Mediador)	Órganos que pueden llevar a cabo investigaciones sobre actividades de contratación pública y resolver asuntos por medio de la conciliación (como en Australia, Bélgica, Brasil, Canadá ⁹⁷⁹ , Luxemburgo, Nueva Zelanda y Reino Unido) ⁹⁸⁰ .
(9) Organizaciones extra gubernamentales	Controlan informalmente todo el sistema de compras, relaciones entre comprador y proveedor, precios, colusión, entre varios otros aspectos.

Cuadro 12. Fuente. Elaboración propia. Nota: ver los objetivos de estos organismos en anexo 5.

Luego, si desde el cuadro previo enfatizáramos los aspectos sustantivos y comunes que controlan tales organismos en nuestra materia de estudio, podríamos por lo tanto advertir que estos fundamentalmente vigilan y miden:

- El comportamiento (rendimiento) de las compras
- La legalidad de los actos administrativos y la gestión interna de las actividades de contratación
- Contrastan que el presupuesto de las compras se haya ejecutado según lo planificado
- Miden la eficiencia y eficacia de los procesos
- Resuelven asuntos a través de la conciliación
- Y al mismo tiempo, también solucionan las contingencias y quejas que se originan en el sistema.

⁹⁷⁶ Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.45.

⁹⁷⁷ Oficinas como las antes mencionadas NAO en U.K, y GAO en U.S.A.

⁹⁷⁸ Ibid.

⁹⁷⁹ Destacando el Ombudsman de Canadá, debemos decir que posee cuatro funciones importantes en materia de contratos públicos: a) Revisar las prácticas de los Departamentos para la adquisición de materiales y servicios con el fin de evaluar su proceso, apertura, transparencia y hacer las recomendaciones apropiadas, b) Revisar cualquier denuncia respetando la adjudicación del contrato para la adquisición de bienes por debajo del valor de US 25.000 y para servicios por debajo del valor de US 100.000, c) Revisar cualquier denuncia respetando la administración de un contrato para la adquisición de material o servicios por parte de un Departamento, independientemente del valor en dólares, y d) Asegurarse que se proporcione un proceso alternativo de resolución de conflictos (Public Works and Government Services Canada. Recuperado el 20 de enero de 2017 en <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/1#section-1.35.5>).

⁹⁸⁰ INAP (2009), op. cit., p.127.

¿Cuáles órganos ejecutan este control en España?

Entorno a España, los principales responsables de este control son los Tribunales de Cuentas⁹⁸¹ y/o los OCEX de las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito territorial⁹⁸². Los informes de fiscalización que emiten estos organismos, tienen como destinatario final -además de la propia institución-, a las Cortes Generales o, en su caso, las respectivas asambleas legislativas autonómicas⁹⁸³.

Sumado a ello, se encuentra la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, la cual tiene el carácter de órgano Consultivo de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entes públicos estatales en materia de contratación administrativa. Se regula por el artículo 328 de la LCSP 9/2017; y el Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁹⁸⁴.

Seguidamente, y sin entrar en un desarrollo exhaustivo del siguiente organismo, nombramos a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, los cuales según indica GRAJAL CABALLERO, para las entidades locales son siempre un control externo, por cuanto, bien sea el Tribunal Central o los autonómicos los que conozcan los recursos que se sustancien contra actos locales, serán siempre externos a la propia estructura de las mismas⁹⁸⁵. Tales entidades⁹⁸⁶, han

⁹⁸¹ Estos tribunales fundamentan su actuación en el art.136.1.2.3.4 de la Constitución, donde se establecen tanto sus funciones, dependencia y características generales. Señalando también al art. 153 letra d) de esta misma Ley, en donde se indica que el control de la actividad económica y presupuestaria de las Comunidades Autónomas se ejercerá por estos organismos. Asimismo, posee su propio marco normativo a través de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

⁹⁸² Al año 2016, para el total de las 17 Comunidades Autónomas, sólo 13 cuentan con su correspondiente OCEX (Portal Rendición de Cuentas de España. Recuperado el 29 de septiembre de 2016 en <http://www.rendiciondecuentas.es/es/informaciongeneral/controlentidades/OrganosControlExterno.html>).

⁹⁸³ Portal Rendición de Cuentas de España. Recuperado el 2 de noviembre de 2016 en <http://www.rendiciondecuentas.es/es/informaciongeneral/controlentidades/ComoRealizarControl.html>

⁹⁸⁴ Ver mayor detalle de este organismo en Ministerio de Hacienda y Función Pública. Recuperado el 9 de marzo de 2018 en <http://www.minhfp.gob.es/ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/junta%20consultiva%20de%20contratacion%20administrativa/paginas/organos%20Ocolegiados%20y%20funciones.aspx>

⁹⁸⁵ Grajal Caballero (2011), p.46. Según Peña Ochoa, las instituciones de control externo son un pilar básico del marco de integridad en el país. El estatuto legal que las regula y su desempeño influyen decisivamente en el nivel y calidad del sistema institucional de integridad. De acuerdo con su mandato legal, a los OCEX corresponde exactamente realizar la auditoría de regularidad y de rendimiento del sector público (Peña Ochoa, 2017, op. cit., ppt.17-18).

⁹⁸⁶ Tal organismo no tendrá naturaleza jurisdiccional, siendo su principal característica su independencia funcional (tanto del órgano como de sus miembros) en el ejercicio de sus competencias, independencia que se refuerza con la inamovilidad que deriva de la designación de sus miembros, que sólo podrán ser removidos de sus puestos por las causas legalmente establecidas. Con este organismo, ahora las Comunidades Autónomas (así como las Asambleas Legislativas y las Instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo) podrán crear sus propios órganos para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública, o bien suscribir un convenio con la Administración

permitido dar respuesta a los recursos administrativos que interponen los particulares contra los actos de los órganos públicos sobre los procesos de adjudicación. Indicando por ello, que les corresponde en lo específico “*Comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, respetado los principios de la contratación, y que, no existiendo un error material, la valoración se ajusta a los cánones de la discrecionalidad técnica y existe motivación adecuada y suficiente*”⁹⁸⁷.

Conforme a MARÍN ALBARRÁN, su función relevante en materia de contratos es:

*“...la de control del procedimiento de licitación, pudiendo pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones”*⁹⁸⁸.

Así, sus objetivos principales están dados por conocer y resolver: los recursos especiales en materia de contratación interpuestos con referencia a los contratos y actos; los temas de nulidad de los casos presentados; las reclamaciones por infracción de las normas; los recursos especiales en materia de contratación que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas; y por último, los recursos especiales en esta materia en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad⁹⁸⁹.

Como agrega SANTIAGO FERNÁNDEZ, su papel es no solo de reparación de las situaciones ilegales, gozando para ello de fuerza ejecutiva sus resoluciones, sino también, desempeña una labor doctrinal que ha de servir de pauta a todos los que participan en los procedimientos de contratación, tanto a los órganos como a los letrados e interventores que intervienen en las mesas de contratación. La relevancia de la actuación de estos Tribunales, se ha puesto de manifiesto en la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito de la contratación pública que la actuación de los mismos ha supuesto⁹⁹⁰.

General del Estado para que sea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales quien conozca de los recursos planteados en sus respectivos ámbito de competencia (Gimeno Feliú, 2015a, op. cit., pp.26-28).

⁹⁸⁷ Marín Albarrán (2013), op. cit., p.514. Ver mayores competencias de este Tribunal en página web del Gobierno Español. Recuperado el 17 de octubre de 2017 en <http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Competencias.aspx>

⁹⁸⁸ Ibid, p.514. Este autor, además agrega que su función es exclusivamente de control del cumplimiento de los principios y trámites legales, de tal manera que no es posible la sustitución del juicio técnico del que valora los distintos criterios de adjudicación, en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulta racional y razonable.

⁹⁸⁹ Ministerio de Hacienda y Función Pública (2017), p.6.

⁹⁹⁰ Santiago Fernández (2015), p.110.

La entrada en escena de estos Tribunales -a través de su Ley 34/2010⁹⁹¹-, ha supuesto un giro copernicano en el sistema de adquisición del país⁹⁹², sin embargo, hay que mencionar también que en la mayoría de los casos nos estamos refiriendo a un control de infracciones de la normativa de contratación que tienen lugar en la fase de preparación y adjudicación de los contratos, y no después de ellas⁹⁹³. Tales órganos, tienen la competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refería anteriormente el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley derogada), y a la que se refiere al presente el artículo 44 de la LCSP 9/2017, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma⁹⁹⁴.

Por último, y como uno más de estos organismos habituales que controlan externamente la contratación pública, debemos hacer mención a la reciente Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, y a la Oficina Nacional de Evaluación, órganos creados bajo el alero 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.

En síntesis, y aludiendo a los organismos anteriores además de agregar otros que realizan este tipo de control, destacamos el siguiente cuadro que incluye sus nombres y aspectos específicos que examinan (ver los objetivos en detalle de cada uno de estos entes en anexo 7):

ÓRGANOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA	
ÓRGANOS ESPECÍFICOS	¿QUÉ ASPECTOS CONTROLAN Y EN QUÉ MOMENTO?
(1) Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación ⁹⁹⁵	Legalidad (control previo y ex post)
(2) Oficina Nacional de Evaluación ⁹⁹⁶	Eficiencia (control previo y ex post)
(3) Junta Consultiva de Contratación Administrativa ⁹⁹⁷	Legalidad (control ex post)

⁹⁹¹ Ley de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector público; la Ley 31/2007 de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

⁹⁹² El origen de este cambio se encuentra, como ya hemos adelantado, en el Derecho comunitario y, más concretamente, en las Directivas de recursos. Con estos tribunales, el control de la adjudicación de los contratos públicos se ha reforzado notablemente en el ámbito administrativo (Marín Albarrán, 2013, op. cit., pp.495-496).

⁹⁹³ Ibid.

⁹⁹⁴ Ministerio de Hacienda y Función Pública. Recuperado el 9 de marzo de 2018 en <http://www.minhfp.gob.es/ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/TACRC/Paginas/Competencias.aspx>

⁹⁹⁵ Importante es advertir, según el art.332, nº 11, de la Ley actual de Contratos, que la función de supervisión de este organismo se realizará sin perjuicio de las competencias que le corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado, en cuanto órgano de control de la gestión económico-financiera del sector público estatal y a las que, en su ámbito territorial, correspondan a los órganos equivalentes a nivel autonómico y local.

⁹⁹⁶ Tanto este organismo como el anterior, son de reciente creación bajo 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.

(4) Tribunal de Cuentas (en las Comunidades Autónomas: generalmente sindicaturas de cuentas) ⁹⁹⁸	Legalidad, económico-financiera, eficiencia y eficacia (control ex post). Ver atribuciones de control de este organismo respecto a la contratación en art.11 de Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.
(5) Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	Legalidad (control previo)
(6) Cámara de Cuentas	control económico, presupuestario, financiero y contable (control ex post)
(7) Secretaría de Estado para la Administración Pública (Inspecciones de Servicios)	Control de legalidad y operativo, además de realizar asesoramiento ⁹⁹⁹ .
(8) Poder Judicial	Legalidad (control previo y ex post)
(9) Consejo de Estado	Legalidad (control ex post)
(10) Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas	Materias técnicas (control ex post)
(11) Defensor del Pueblo	Recibe reclamaciones y las gestiona con los órganos respectivos (control ex post)
(12) Parlamentos Autonómicos	Aunque su control es de carácter general, realiza un control parlamentario (político) de la función pública de su región (control ex post).
(13) Comité Técnico de Cuentas Nacionales	Valoración e imputación de las operaciones económicas del sector público de acuerdo a los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (control ex post) ¹⁰⁰⁰

Cuadro 13. Fuente. Elaboración propia.

En la actualidad, hay que advertir que las dinámicas de coordinación y cooperación entre tales entes controladores externos no se han materializado como deberían¹⁰⁰¹, lo cual está ocasionando problemas de gestión considerables. No obstante, la reciente creación del Comité de cooperación en materia de contratación pública creado en el seno de la Junta Consultiva, como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que en su artículo 332, 6, a), sostiene que le corresponde “*Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público*”, podrían ayudar en este sentido¹⁰⁰². A estos mismos efectos, y dentro de la misma Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, debemos resaltar además la reciente Disposición adicional vigésima tercera, sobre coordinación entre los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación.

Es de este modo, que la existencia de organismos autónomos que controlen e idealmente evalúen externamente las compras del Estado, se hace imperiosa en las decisiones presentes sobre esta materia. Un liderazgo nacional y visión realista de las disfunciones que se generan en el sistema, junto con directrices y acciones concretas y medibles en el tiempo, urgen y se acrecientan en este último tiempo. Como se ha resaltado, debe existir coordinación y cooperación entre tales órganos, así como una mayor entrega de potestades y recursos para que éstos ejecuten su accionar eficazmente, no olvidando, igualmente, dar efectos materiales directos a los informes de estos organismos. Al día

⁹⁹⁷ Ver mayor información sobre este organismo, en artículo 328 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.

⁹⁹⁸ Ver objetivos y funciones en artículo 136 de la Constitución Española.

⁹⁹⁹ Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.412-413.

¹⁰⁰⁰ Ver mayor detalle de este organismo en Disposición adicional cuadragésima quinta. Remisión de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios al Comité Técnico de Cuentas Nacionales, en LCSP 9/2017.

¹⁰⁰¹ Porras Gómez (2015), p.98 y 103.

¹⁰⁰² Ver mayor información sobre tales organismos, en artículo 329 y 332 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.

de hoy, debemos indicar que el control externo propone pero no sanciona, siendo sólo un instrumento propio del control parlamentario en su actuar fiscalizador.

Finalmente, y así como estos organismos externos citados dentro del territorio español, existen otros que si bien no ejercen un control directo en la contratación (mandatorio), si permiten sensibilizar sobre la necesidad de este examen y sus problemáticas. Estas organizaciones propician ideas y lineamientos acerca de dónde debe ir la mejora, buen hacer y el control de esta función pública, siendo algunos de ellos: el Observatorio de Contratación Pública¹⁰⁰³, la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia¹⁰⁰⁴, Revista de Contratación Administrativa Práctica¹⁰⁰⁵, página web de contratación pública (comunidad de prácticas),¹⁰⁰⁶ entre algunos otros más.

C. Controles demandados en materia de contratos públicos ¿Por qué el control legal y presupuestario-financiero vienen a ser insuficientes para la contratación pública de hoy?

Según establece J. MAYNE, reformar el sector gubernamental -y con ello avanzar en materia de contratos públicos- casi siempre demanda intensificar o aumentar el sistema de control y exigencias de responsabilidades, no obstante, generalmente se hace con vaguedad sobre el quién, el por qué y el cómo; o bien, tan sólo ofrece un punto de vista tradicional, y a la larga equivocado del sistema de control y sus demandas de responsabilidades¹⁰⁰⁷. Por tal razón, se hace evidente como se desprende de BALLART y RAMIÓ, que la eficacia, eficiencia y economía, junto con la equidad, sean los principales criterios de control desde la perspectiva de la literatura sobre gestión pública¹⁰⁰⁸, los cuales junto a otros más que veremos a continuación, deben complementar y potenciar hoy por hoy un mejor sistema de aprovisionamiento, buscando la meta final de un examen integral del mismo.

De esta manera, y terminando este punto 5, diremos por consiguiente que en materia de contratos existen dos tipos o grupos relevantes de controles. Por un lado, están aquellos *tradicionales o habituales* compuestos por un examen de la legalidad de las actuaciones administrativas y de la acción presupuestaria-financiera de la actividad pública; y por el otro, están aquellos demandados con gran apremio por las sociedades de hoy, a los cuales podríamos denominar de *crecimiento o mejoramiento*, quienes a través de la gestión de información oportuna pueden dilucidar disfunciones,

¹⁰⁰³ Portal Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>

¹⁰⁰⁴ Portal Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, <https://www.cnmc.es/>

¹⁰⁰⁵ Página web <http://consultorcontratacionadministrativa.laley.es/>

¹⁰⁰⁶ Ver en <http://www.contratacionpublicacp.com/>

¹⁰⁰⁷ Mayne John en Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.198.

¹⁰⁰⁸ Ballart y Ramió (2000), pp.534-535.

puntos críticos y desafíos a alcanzar. Dentro de ellos, además de los ya mencionados control de eficiencia y eficacia, están también los de proceso, de riesgos, de gestión, social, estratégico, y autocontrol.

La diferencia entre ambos grupos de controles, radica esencialmente en que los primeros son propios de la tradición administrativa pública y han nacido con las Constituciones respectivas de los países democráticos, siendo particulares de un Estado sujeto a derecho; en cambio los segundos, son una evolución y demanda que se ha visto marcada por la necesidad de los Estados actuales en deber enfrentar constantes cambios sociales y mayores exigencias disponiendo de menores recursos, donde tales controles, ya han venido siendo probados y vienen aplicándose hace años en el sector privado con beneficiosos resultados.

Así, y en virtud de lo mencionado -entendiendo que tanto los primeros como segundos controles son imprescindibles para optimizar y mejorar en el tiempo cualquier sistema de aprovisionamiento público-, describiremos a continuación cada uno de estos grupos y sus aspectos particulares, subrayando sus objetivos e implicancias en nuestra materia de estudio con el fin de entender por qué son tan demandados.

Controles tradicionales o habituales

Las mediciones usuales que se presentan en los procesos de contratación pública, con carácter general, están desarrolladas habitualmente por un control de *legalidad o normativo* de los actos administrativos, y por uno de tipo *presupuestario-financiero*, los cuales se caracterizan por lo siguiente:

Control de legalidad o normativo. Hacia España, este examen lo podemos ver exigido en su Constitución respectiva a través de sus artículos 1.1., 9.1, 9.3, 31.3, 103.1, 106.1, 117.1 y 133, entre otros; además de estar destacado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De acuerdo a COSCULLUELA MONTANER y FUENTES VEGA et al, una de las primeras consecuencias jurídico-administrativas más trascendentales de este principio de legalidad, es señalar que la Administración está enteramente sometida a la Ley (sujeción estricta), sin poder realizar

actuación alguna que no le esté previamente atribuida por citada disposición¹⁰⁰⁹. En este mismo sentido, PASCUAL GARCÍA afirma que “*El principio de legalidad significa, ante todo, primacía de la ley en el ordenamiento jurídico*”, destacando AEVAL que “*La buena gobernanza comienza con la aplicación del imperio de la ley*”, donde el sometimiento a ella, crea el clima adecuado para las empresas, la inversión y la innovación, asegura una competencia leal y reduce los costes de transacción y de endeudamiento, al permitir a los empresarios proteger sus derechos, resolver sus contratos y recuperar sus deudas¹⁰¹⁰.

Según sostiene ARAGÓN REYES, “*El control jurídico -el cual atañe al derecho ejerciendo un control normativo- constituye el canon de valoración, impone un determinado tipo de razonamiento, caracteriza el agente de control, regula el procedimiento, y exige, de manera inexorable, la sanción cuando el resultado es adverso...*”¹⁰¹¹. Así, esta sujeción a la legalidad debe enfocarse al cumplimiento del interés común, que va más allá de los intereses privados, como advierten SUÁREZ y LAGUADO¹⁰¹².

En relación a la contratación pública, este examen debe verificar que las acciones de gobierno estén cumpliendo las normas establecidas para ello, siendo una de las inspecciones más utilizadas por el aparato público, complementando PARADA VÁZQUEZ, que esta inspección persigue comprobar si la Administración ajusta su actividad a las reglas imperativas del ordenamiento, ejerciéndose a través de la resolución de los recursos administrativos respectivos¹⁰¹³. Este control normativo, es habitual que en un proceso de compra sea de carácter preventivo, garantizando que la operatoria del ciclo de adquisición cumpla las condiciones y normativa respectiva antes de comenzar.

Control presupuestario-financiero. Esta inspección del presupuesto que ejecuta la Administración española, la podemos ver exigida en el artículo 31.2, 133.4, 135 y 136 de la CE; Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia,

¹⁰⁰⁹ Cosculluela Montaner (2015), op. cit., pp.335-336; y Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.567.

¹⁰¹⁰ AEVAL (2016), op. cit., p.28 y 131.

¹⁰¹¹ Aragón Reyes (1986), p.37.

¹⁰¹² Suárez y Laguado (2007), op. cit., p.10. En el territorio español, uno de los artículos principales que regula tal control es el art. 9.1 de su Constitución respectiva, argumentando en él que “*todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la Ley*”, añadiendo que este principio tiene como consecuencia “*consolidar un Estado de Derecho que asegura el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*”. Este principio decanta de diferente forma para particulares y administración pública. Para los primeros, puede hacerse todo lo no expresamente prohibido; para los segundos, sólo pueden hacer lo expresamente permitido (Gamero y Fernández, 2016, op. cit., p.75)

¹⁰¹³ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.133.

Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del Sector Público; Real Decreto 635/2014, de 25 de julio; y las leyes propias de los presupuestos generales del Estado, entre otras.

Tal medición y análisis que se realiza a través de este examen, es esencial para medir al mismo tiempo: la planificación de las compras institucionales, y si se han cumplido sus objetivos. Conforme a MUÑIZ GONZÁLEZ, el presupuesto expresa la forma en que se van a aplicar los recursos disponibles en el futuro para conseguir los objetivos fijados en la estrategia. Es un instrumento de planificación que permite coordinar e integrar áreas de responsabilidad, y constituye una herramienta de comunicación y de control de la actividad. Lo más relevante de un sistema presupuestario, es que sirva para mejorar la gestión de la organización y ayude a conseguir los resultados previstos¹⁰¹⁴. Según ZAPICO GOÑI, el objetivo tradicional de este control es combatir el fraude o irregularidades, adicionando que también debería estimular los comportamientos de gestión del gasto estratégicamente deseables¹⁰¹⁵.

En materia de aprovisionamiento público, y en cuanto al control que se hace de su presupuesto, básicamente compara los gastos ejecutados con los planificados, lo cual puede ser a nivel institucional, por áreas o departamentos. De esta forma, mide que las partidas de gastos asignadas a las compras se hayan gastado de acuerdo a tal asignación presupuestaria. Por esto, tal examen al igual que el control contable, es más bien una medición comparativa sobre los dineros entregados versus los gastados efectivamente¹⁰¹⁶, siendo parte de un control tradicional que se ha efectuado por los Estados del orbe desde que históricamente se han gestionado recursos monetarios.

Controles de crecimiento o mejoramiento

Las mediciones demandadas con urgencia, y que deben complementar los controles tradicionales antes citados, buscan entregar una visión más integral y oportuna a las disfunciones latentes en la contratación pública a través de exámenes tales como: *Eficiencia, Eficacia, Proceso, Riesgos, Gestión, Social, Estratégico, y Autocontrol*, entre algunos otros más, actividades que se caracterizan particularmente por lo siguiente:

¹⁰¹⁴ Muñiz González (2003), op. cit., pp.17-19.

¹⁰¹⁵ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.122.

¹⁰¹⁶ Un control presupuestario que se llame eficaz, debería por consiguiente cumplir los siguientes objetivos: verificar si los objetivos del presupuesto se han logrado; realizar un seguimiento presupuestario antes del cierre de cada mes; comprobar y valorar en qué grado no se han cumplido los objetivos por cada responsable; analizar si los objetivos fijados previamente son aplicables a la situación vigente; evaluar cómo han actuado los diferentes responsables ante las desviaciones encontradas; y comprobar cómo y cuándo se toman las acciones correctoras (Ibid, pp.244-245).

Control de Eficiencia. La eficiencia, como ya se ha dicho en este estudio, persigue maximizar los resultados alcanzados en una actividad en referencia a los recursos invertidos en ella. Su evaluación, de tal manera, se realiza considerando la relación existente entre los bienes y servicios consumidos, versus los bienes o servicios producidos. El control de este principio contempla, por ello, aspectos tales como: determinar el rendimiento del servicio prestado en correspondencia a su coste, establecer la comparativa de este rendimiento con un estándar previamente definido, y plantear las líneas de actuación que permitan mejorar los rendimientos obtenidos¹⁰¹⁷.

Hacia la contratación pública, este principio que habitualmente es parte esencial de las Constituciones en los Estados democráticos, es un factor elemental que permite garantizar no sólo que los recursos y actuaciones administrativas cumplan la ley, sino que lo hagan aprovechando al máximo sus recursos disponibles. Si lo llevamos al plano práctico sobre cómo opera, podríamos mencionar, por ejemplo: realizar una consulta preliminar al mercado antes de fijar un precio, es sinónimo de eficiencia; optimizar los tiempos de los procedimientos internos de compra, es eficiencia; disponer cada vez de mejores cláusulas contractuales en los pliegos de licitación y contratos, es eficiencia; retroalimentarse de información de las compras y adoptar decisiones más acertadas con ella, es eficiencia; y así muchos otros casos más. El aplicar este tipo de control nos garantizará adecuar los recursos disponibles, a los objetivos que se buscan.

De este modo, finalmente un control como éste debería responder preguntas tales como ¿Se ha respetado y utilizado la normativa buscando siempre el aprovechamiento máximo de los recursos en post de un interés común? ¿Se han usado los procedimientos de contratación que permiten obtener la compra respectiva en los mejores plazos y condiciones? ¿Se han evitado duplicidad de trabajos y tareas? ¿Se han empleado los recursos humanos más calificados para compras complejas?, etc.

Control de Eficacia. Esta inspección ex post -que también es parte esencial de un óptimo proceso de contratación-, mide el grado de cumplimiento de los objetivos establecidos, es decir, relaciona los resultados obtenidos como consecuencia de la ejecución de una determinada actuación con respecto a lo que se tenía planificado. El control de esta eficacia, por ello, se debe realizar a partir del análisis de los resultados alcanzados, e idealmente, en base a indicadores de rendimiento o de percepción de los clientes o ciudadanos¹⁰¹⁸. Esta inspección no debe confundirse con un análisis de costes¹⁰¹⁹, sino, con alcanzar los objetivos predefinidos.

¹⁰¹⁷ Junta de Castilla y León (2004), p.84.

¹⁰¹⁸ Ibid.

En la práctica de los contratos públicos, tal control debería basarse en verificar el cumplimiento del objetivo de la compra, es decir, examinar que porcentaje del total de condiciones y características del suministro fue el que se recibió, versus lo que se solicitó en los pliegos o términos de referencia. Un buen ejemplo al respecto, es no pagar por el bien adquirido hasta que la unidad requirente haya revisado y aprobado que lo recibido sea exactamente lo mismo que lo solicitado, y no algo similar¹⁰²⁰.

Para saber si una compra ha cumplido su objetivo, es decir, ha sido eficaz, no sólo deberíamos preguntar al requirente interno en la institución si su adquisición fue completamente satisfactoria, sino también -y muy trascendente-, consultar al destinatario final (ciudadano) que recibirá el requerimiento o servicio contratado directa o indirectamente.

Control de Proceso. Simplificar el sistema de contratación pública y sus marcos institucionales, evaluando sus procesos y organismos existentes para identificar superposiciones funcionales, silos ineficientes y otras causas de desperdicio, es una recomendación de la OCDE sobre esta materia. En la medida de lo posible, un sistema de adquisición gubernamental más orientado hacia los servicios, debería basarse en procesos y flujos de trabajos eficaces y eficientes para reducir la carga administrativa y los costes que esto conlleva. Como destaca este organismo, hay que implementar procesos técnicos sólidos para satisfacer las necesidades del cliente o ciudadano de manera eficiente¹⁰²¹.

Un proceso -el cual desarrollaremos como concepto en el capítulo III-, es un conjunto de actividades que recibe insumos y entrega un producto de valor para el cliente o ciudadano, el cual si se controla, permite corregir previamente posibles desviaciones, afirmando el Ministerio de Fomento de España que esto viene siendo de vital importancia para asegurar los resultados en una organización¹⁰²². Según DRUCKER FERDINAND, para establecer un control en un proceso “*Debe haber una decisión acerca del rendimiento deseado y sobre lo aceptado de desviación sobre la norma*”. El control, por ello, tiene que ser esencialmente por excepción: sólo desviaciones significativas. Mientras el proceso funcione dentro de los estándares preestablecidos, está bajo

¹⁰¹⁹ PARADA VÁZQUEZ indica que este control “trata de verificar el comportamiento de la Administración desde el punto de vista de la relación de su actividad con los costes que generan y de los logros obtenidos en función de los esfuerzos desplegados para conseguirlos” (Parada Vázquez, 2017, op. cit., p.133).

¹⁰²⁰ En el caso de los servicios u obras tampoco podemos pagar algo que no se haya recibido conforme, siendo muy necesario para este tipo de requerimientos tener una guía o diagrama visual de los hitos o etapas que debe ir cumpliendo la compra, junto con los pagos parciales que van asociados a ella, así como las sanciones y/o multas correspondientes en caso de incumplimiento. La insatisfacción ciudadana del presente no reclama por más recursos públicos, sino por utilizar los que existen óptimamente y para fines prioritarios, siendo la única salida para ello medir la eficacia de lo comprado.

¹⁰²¹ OCDE (2015c), op. cit., p.10.

¹⁰²² Ibid.

control y no requiere ninguna otra acción. Si se tiene que comprobar todo el tiempo, no hay control. Finalmente, este autor indica que el control tiene que ser por la retroalimentación del trabajo realizado, el cual debe proporcionar la información necesaria para ello¹⁰²³.

Todo proceso de contratación pública (formado por todas las etapas del ciclo de compra) y subprocesos (actividades internas de cada una de las fases del ciclo de compra) deben ser medidos, controlados y mejorados continuamente. Debemos identificar los subprocesos claves en el sistema y establecer medidas para que no puedan fallar¹⁰²⁴. Citando nuevamente a DRUCKER FERDINAND, necesitamos establecer cuál es el control mínimo para que funcione óptimamente nuestro proceso de compra¹⁰²⁵.

Control de Riesgos. Uno de los exámenes preventivos que ha presentado mayor relevancia en los últimos años -además de ser uno de los más solicitados por las auditorías-, ha sido el control de riesgo. Todas las entidades enfrentan incertidumbres, y el reto para su Administración es el determinar cuánta incertidumbre se puede aceptar mientras estas se esfuerzan en incrementar el valor para sus grupos de interés; en el caso del aparato público, para la ciudadanía¹⁰²⁶. En el sector público, hay países que lo aplican a sus planes, programas o funciones generales, haciendo posible mejorar cualquier tipo de riesgos que afecte a los objetivos planeados por la institución¹⁰²⁷. Como se desprende de lo mencionado por AEVAL, controlar los riesgos consiste en identificar todos los riesgos potenciales y controlarlos¹⁰²⁸.

En lo referente a la contratación pública, la OCDE ha sostenido que para salvaguardar la integridad en esta materia, se debería garantizar un enfoque estratégico de la gestión de los riesgos del sistema. Argumentando que la base para una adecuada supervisión y control, es un análisis de riesgos del proceso y su entorno. De esta manera, las observaciones de las actividades de supervisión

¹⁰²³ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.156.

¹⁰²⁴ Existen procesos sustantivos (principales) y procesos de apoyo (aquellos que ayudan a los principales a cumplir su objetivo). También, se pueden agrupar en tres tipos: a) procesos clave. Son los procesos que tienen contacto directo con el cliente, b) procesos estratégicos. Son los procesos responsables de analizar las necesidades y condicionantes de la sociedad, del mercado y de los accionistas, para asegurar la respuesta a las mencionadas necesidades y condicionantes estratégicos, y, c) procesos de soporte. Son aquellos responsables de proveer a la organización de todos los recursos necesarios en cuanto a personas, maquinaria y materia prima, para poder producir el valor añadido deseado por los clientes (Ministerio de Fomento de España, 2005, op. cit., p.10).

¹⁰²⁵ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.156.

¹⁰²⁶ INTOSAI (2004), op. cit., p.7.

¹⁰²⁷ Uno de los objetivos que también puede mejorar este control de riesgo, es disminuir la corrupción (OCDE, 2014b, op. cit., p.20).

¹⁰²⁸ AEVAL (2016), op. cit., p.58.

pueden dar lugar a riesgos emergentes o banderas rojas, lo que permite actualizar y perfeccionar el sistema respectivo¹⁰²⁹.

Implementar este control, por lo tanto, exige previamente tener claridad sobre qué subprocesos de compras nos enfocaremos -o si será en toda el área de compras-, por ello, debemos primeramente tener antes descrita la cadena de valor o procesos esenciales de nuestra contratación; para posteriormente, hacer participar a los principales actores internos en la identificación de estos riesgos, de forma tal, de definir grados de impacto y su ranking de importancia, entre otros elementos (ver riesgos importantes en el proceso o ciclo de vida de una compra en anexo 8)¹⁰³⁰.

Como referencia práctica de lo mencionado, podemos nombrar a países como Argentina, Brasil, Francia y Corea del Sur, quienes han estado adoptando un “enfoque de futuro”, mediante la elaboración de mapas periódicos de factores y vulnerabilidades (riesgos) que atentan contra la integridad de esta materia estratégica¹⁰³¹. Hacia España, podemos destacar a modo de ejemplo al Consejo de Cuentas de Galicia, quien a través de su ley y marco regulatorio actual, ha diseñado una estrategia de control interno con tres fases para prevenir la corrupción, donde además de un diagnóstico de la situación de los sistemas de control interno, y la elaboración y seguimiento de los planes de prevención de la corrupción, ha incluido el poner a disposición de las entidades públicas metodologías para la implementación de “sistemas de prevención de riesgos” (en particular, guías técnicas de evaluación de riesgos y modelos tipo de planes de prevención)¹⁰³².

Acorde a la UE, en este ejercicio de evaluar tales riesgos los órganos públicos deberían realizarse las siguientes preguntas en materia de contratos: ¿Cuáles son los principales riesgos y cómo se asignarán? ¿Deben o pueden gestionarse en el marco del contrato? ¿Qué repercusión tendrán sus errores? Del mismo modo, añada que el gestor del proyecto o la compra debe realizar una evaluación de ellos en todo el contrato y establecer los planes de contingencia y escalado

¹⁰²⁹ OCDE (2016b), op. cit., p.24. Una definición universal sobre cómo gestionar tales riesgos, es la entregada por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), quien establece que se refiere a: “un proceso efectuado por la junta directiva de una organización o entidad, la gerencia y el personal, que aplica en el planteamiento de la estrategia y a lo largo de la Entidad. Está diseñado para identificar eventos potenciales que podrían afectar a la organización y permite administrar el riesgo dentro de los límites aceptados, proveyendo la seguridad razonable para la consecución de objetivos organizacionales” (INTOSAI, 2004, op. cit).

¹⁰³⁰ Para mayor detalle sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública, ver Unión Europea (2015c), p.18; y como otro ejemplo sobre cómo aplicar una metodología de riesgos en esta materia, me remito a mi trabajo (2016). “Herramienta de control y mejora: aplicación de Poka Yoke al proceso de contratación pública”. Revista de Auditoría Pública n° 68.

¹⁰³¹ OCDE, (2016b), op. cit., p.25.

¹⁰³² Rodríguez Fraga (2017), op. cit., p.12. El marco conceptual y metodológico para la evaluación del funcionamiento de los sistemas de control interno, es el desarrollado por el informe COSO con la metodología incorporada en las Guías para las normas de control interno del sector público elaboradas por INTOSAI.

apropiados, garantizando la elaboración de un plan de contingencia durante las primeras fases del ciclo de vida del documento, y que este plan se incluya en el registro de riesgos generales¹⁰³³.

No es menor la importancia de este tipo examen, y sólo basta con revisar al presente el programa del Master considerado número uno del mundo sobre temas de logística y compras impartido por el Instituto Tecnológico de Massachusetts, USA (MIT por sus siglas en inglés), el cual incluye en sus líneas de investigación y desarrollo permanente, la “seguridad y gestión de riesgos en la cadena de suministro”¹⁰³⁴.

Control de Gestión. Tal inspección, se define como una actividad organizativa que comprende todos los niveles de la organización en su variedad de funciones y procesos, que tiene por finalidad impulsar la acción e incentivar conductas hacia el logro de los objetivos, utilizando para ello diferentes herramientas, apoyándose en tecnologías de la información, y teniendo como centro de interés el ser humano en su perspectiva de gestor y observador¹⁰³⁵. Este tipo de control permite asegurar que la organización lleve a cabo sus estrategias y las cumpla, visualizando los temas internos desde una perspectiva integral.

Según MUÑIZ GONZÁLEZ, es un sistema de información fundamental para la organización¹⁰³⁶. Es información formal sustentada en rutinas y gestión de procesos usados para mantener o cambiar patrones en las actividades organizacionales. Tales rutinas y procedimientos formales son principalmente planes, presupuestos y sistemas de seguimiento. Este control tiene varias finalidades, siendo algunas de ellas: buscar nuevas oportunidades, comunicar y monitorizar los planes y objetivos; informar o mantener informado a los demás; mirar la gestión interna desde una óptica macro; entre otras¹⁰³⁷. En definitiva, proporciona información que pretende ser útil para los gestores en el desempeño de sus funciones, ayudando a las instituciones a mantener líneas de comportamiento viables¹⁰³⁸. Además, asegura que se tomen medidas no de cualquier actividad, sino de aquellas que controlen factores clave de éxito¹⁰³⁹.

¹⁰³³ Unión Europea (2015c), op. cit., p.18.

¹⁰³⁴ Ver mayor detalle en MIT Zaragoza International Logistics Program. Recuperado el 1 de febrero de 2018 en <https://www.zlc.edu.es/es/investigacion/>

¹⁰³⁵ Muñiz González (2003), op. cit., p.215.

¹⁰³⁶ Ibid, pp. 29-30. MUÑIZ GONZÁLEZ, sostiene además que la aplicación del control de gestión posee diferentes niveles que deben seguir un orden ascendente: a) Primer nivel: existe un mínimo de control, b) Segundo nivel: existe un control presupuestario y un sistema de previsiones, y c) Tercer nivel: existe un control de gestión integrado en toda la empresa. El pasar de un nivel al otro, irá sumando los controles hasta poseer un control de gestión integral.

¹⁰³⁷ Simons Robert (1995), p.5.

¹⁰³⁸ Otley David (2007), p.364.

¹⁰³⁹ Otley en Salgado y Calderón (2014), op. cit., p.14.

En nuestro proceso interno de compras, este control evalúa que los recursos de todo tipo han sido usados correctamente para alcanzar la meta final. No mide sólo cuánto se gastó, sino también los procedimientos que se usaron y la racionalidad de las decisiones tomadas. Esta función, debería monitorizar y medir que se garanticen los objetivos de cada una de las fases o etapas del ciclo de adquisición. El que cada etapa en cuestión cumpla con su meta prevista, hará que todo el proceso correspondiente termine siendo óptimo al igual que los resultados finales de la compra respectiva. Una manera de implementar este control, es tener absoluta claridad acerca de qué objetivos desea lograr cada una de las etapas del ciclo de adquisición, para posteriormente encontrar la forma de cuantificar cada meta por etapa, y adoptar las métricas (indicadores) que permitan medir en el tiempo tales elementos.

De esta manera, el control de este tipo debería quedar plasmado en algún procedimiento escrito¹⁰⁴⁰ aplicado continuamente a todo el proceso de compra, buscando asegurar que se cumplan los objetivos tanto de una compra en particular (procesos), como los estratégicos del área (sistema). El control de gestión es un examen intermedio entre el control estratégico y el operativo, y debe ser implementando en todo ciclo de contratación aunque comience siendo elemental.

Control Social. Un tipo de examen externo que ha surgido desde la ciudadanía -el cual ha estado durmiendo y ha despertado en tiempos de inestabilidades económicas, desigualdades, crisis sociales e insatisfacciones con los gobernantes-, es el control social. Tal control es social, porque lo efectúa la ciudadanía de manera no institucionalizada, esto es, porque sus agentes no han de someterse para realizarlo a un procedimiento reglado y específico de control¹⁰⁴¹.

La incorporación de la voz ciudadana tanto en el diseño de las políticas públicas, como en los procesos de prestación de servicios, es un rasgo de desarrollo democrático y de buen gobierno. Por tal razón, las Administraciones deben fomentar los cauces de participación adecuados, innovando para generar este acercamiento tan provechoso entre la Administración y sociedad, e implicando a todos los grupos de interés o miembros que se vean afectados¹⁰⁴², en los que se incluyen obviamente a los medios de comunicación. Tal participación, como argumentan BALLART y RAMIÓ, debe hacerse efectiva en “todos” los asuntos públicos¹⁰⁴³.

¹⁰⁴⁰ Se entiende por Procedimiento Escrito o también denominado “Procedimiento documentado”, según la norma UNE-EN ISO 9000:2000, a la forma de hacer las cosas que ha sido reflejado en algún tipo de documento (Federación Española de Municipios y Provincias, 2008, op. cit., p.50).

¹⁰⁴¹ Aragón Reyes (1986), op. cit., p.13.

¹⁰⁴² AEVAL (2009), op. cit., p.13.

¹⁰⁴³ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.534.

En este contexto, las organizaciones sociales son una herramienta valiosa, pues generan un espacio para que la ciudadanía exprese -sectorial o temáticamente- sus aspiraciones, demandas y reclamos, y contribuyan a instalar las condiciones necesarias para que los derechos y las obligaciones puedan ser ejercidos efectivamente. Estas organizaciones, realizan una relevante contribución a la expansión de las prácticas democráticas, censuran comportamientos vinculados a la corrupción y combaten concepciones de la gobernabilidad basadas en el autoritarismo, la hegemonía y otras igualmente anacrónicas¹⁰⁴⁴.

De acuerdo a BENÍTEZ PALMA, este examen social nace -entre otras causales- por los fallos e ineptitud del Estado en dar respuesta y transparencia a como se utilizan los fondos públicos¹⁰⁴⁵. Este concepto, entendido también como control vertical social, utiliza tanto las vías institucionales de la organización del poder como los mecanismos de participación, control administrativo y jurisdiccional, y otros sociales como la opinión pública, las movilizaciones y la presión desde la sociedad. Para hacer efectivo este examen, el cual BALLART y RAMIÓ definen como político¹⁰⁴⁶, es importante la existencia de medios de participación en la toma de decisiones, las acciones públicas, la legitimación difusa, los instrumentos de transparencia, publicidad e información, entre otros¹⁰⁴⁷.

Así, esta clase de control permite potenciar “los controles provocados” como sostiene PARADA VÁZQUEZ, argumentando este autor que estas inspecciones se originan por denuncia, queja o recurso de los administrados, y que obligan a la Administración a realizar algún tipo de investigación para satisfacer el derecho de aquellos a obtener una respuesta¹⁰⁴⁸.

En su vinculación con la contratación pública, lo primero que es necesario advertir, es que la participación social en esta materia no implica que los ciudadanos actúen contra el Estado, sino que mediante la inspección de la actividad estatal velen activamente por sus propios intereses y a la vez el de todos¹⁰⁴⁹. Como advierte RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, es indispensable que esta participación se asocie a los procesos de evaluación de calidad de los bienes, obras y servicios¹⁰⁵⁰, la cual en definitiva es casi la única que nos puede decir la verdad sobre lo que está ocurriendo.

¹⁰⁴⁴ Arcidiácono et al (2006), op. cit., p.30.

¹⁰⁴⁵ Benítez Palma (2016), op. cit., p.12.

¹⁰⁴⁶ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.546.

¹⁰⁴⁷ Alli Aranguren (2010) op. cit., p.217.

¹⁰⁴⁸ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.134.

¹⁰⁴⁹ Arcidiácono et al (2006), op. cit., p.20.

¹⁰⁵⁰ Rodríguez-Arana Muñoz (2013) op. cit., p.33.

Es preciso impulsar un control de este tipo que abra la información de la contratación pública a todo interesado, creando las condiciones para que las organizaciones formales de proveedores, consumidores, medios de comunicación, entre otras, puedan acceder a toda esta información sin excepción de contenidos. Se debe encausar la acción estatal hacia un mismo objetivo: mostrar lo que se hace, donde los medios electrónicos (contratación electrónica), son uno de los mejores caminos para ello.

Aunque los países tienen diversos mecanismos de control y de exigencia de responsabilidad sobre la gestión de compras, se ha venido incluyendo cada vez más en el seguimiento de los procesos de contratación a quienes concursan, otros interesados y público en general, a través de la ampliación del acceso a la información y la participación proactiva. De esta forma, y como terminan sosteniendo BALLART y RAMIÓ, la sociedad democrática y plural, con capacidad de reacción a las propuestas de los poderes públicos, es probablemente el medio más eficaz de control de la Administración¹⁰⁵¹.

Control Estratégico. Un análisis no habitual en materia de contratos es el control estratégico. Esta medición, se fundamenta en monitorizar el cumplimiento de la planificación estratégica institucional (planificación interna de un año o más). En otras palabras, es el proceso por el cual una organización analiza la estrategia que está siendo implementada, detectando cualquier área problemática y potenciales incidencias que puedan sugerir que la estrategia es incorrecta, con el fin de hacer cualquier ajuste necesario para que esta cumpla su meta. En contraste, el control de gestión y el operativo se ocupan básicamente de ejecutar tal estrategia¹⁰⁵². De esta manera, este examen estratégico está íntimamente ligado a la planificación estratégica; el control de gestión a la planificación presupuestaria; y el control operativo a la planificación diaria¹⁰⁵³.

En lo referente a nuestra materia de contratación, este tipo de medición permite que la planificación anual o estratégica de compras pueda ir monitoreándose con respecto a los resultados parciales que está va arrojando, de tal manera, de alcanzar plenamente las metas propuestas e introduciendo cambios cuando sea necesario. La gran condicionante para aplicar este tipo de control, es que exista una planificación o plan estratégico en nuestra área de aprovisionamiento, y que está sea la guía y ruta que se seguirá incondicionalmente.

¹⁰⁵¹ Ballart y Ramió (2000), op. cit., pp.545-546.

¹⁰⁵² Carpenter et al (2012), op. cit., pp.635-636.

¹⁰⁵³ Durán Juvé et al (1999), op. cit., pp.249-252.

Esta clase de control durante y/o ex post es clave y muy significativo en tema de contratos, ya que visualiza desde un plano amplio las materias sustantivas que deben irse cumpliendo de la planificación respectiva, permitiendo dar las alertas para enmendar y corregir a tiempo las disfunciones presentadas en los objetivos de compra.

Autocontrol. Finalmente, llegamos a un concepto que para muchos es utópico en la práctica, aunque sí puede ser implementado en los sistemas de adquisiciones con un resultado que se podrá apreciar a mediano o largo plazo.

Todo funcionario de compras debe ser conocedor y practicante de los principios éticos y de probidad que se relacionan con esta temática de aprovisionamiento. Por ello, el conocimiento y formación que entreguemos al respecto, será crucial para cambiar conductas y acercarse más a este autocontrol del que hablamos. Es cierto que la formación y capacitación ayudan a cambiar las conductas, pero no es la única manera. Hay que complementarlas con un ambiente de trabajo ético y positivo, en donde desde las cúpulas se sienta que se actúa conforme a la legalidad, con pro actividad en la gestión, y procurando un buen hacer público. De igual forma, hay que incluir incentivos que abarquen aspectos económicos, como de progreso individual en los estamentos de la institución.

El autocontrol lo definimos como la habilidad de controlar nuestras propias emociones, deseos o conductas sobre algo. En un proceso de contratación, la cantidad de controles de cualquier otra clase disminuirán considerablemente -como también sus costes- si puedo dominar mis conductas hacia lo que la normativa y buena gestión señalan; y además, si puedo cambiar mis deseos personales por deseos colectivos. Todo lo anterior, es parte del autocontrol, y es parte de la obligación que debe demandarse cada funcionario sin esperar a ser obligado.

De este modo, este autocontrol debe ser promovido por una formación permanente y un sistema de acreditación nacional de competencias y conocimiento en contratación pública¹⁰⁵⁴, siendo parte de una política de Estado y no de un programa cortoplacista de gobierno. Es una inversión que a la vez necesita paralelamente de otros incentivos, tales como ir capturando desde el mercado profesionales motivados en la función pública, capaces de respetar el ordenamiento jurídico, y proactivos en mejorar permanentemente su trabajo.

¹⁰⁵⁴ Un sistema de acreditación nacional hace alusión a formar a funcionarios públicos en base a un programa anual de cursos a impartir, donde se rindan pruebas que terminen en una certificación del funcionario.

A modo de conclusión final, debemos decir que los dos grupos de controles son necesarios y complementarios ante los desafíos que conlleva el aprovisionamiento público de hoy, siendo imperativo buscar los caminos al interior de las Administraciones para implementarlos a la brevedad, y con programas de trabajo, metas y responsables, sin despreocupar uno por atención del otro. De este modo, los recursos que se inviertan en ello tendrá un beneficio exponencial en los sistemas de compras actuales, pudiendo evidenciar luego de este trabajo, que toda la información que entrega este examen es la única forma para empezar a cambiar lo que desde hace tiempo está trabando el optimizar y obtener mejores resultados en esta materia. Asimismo, debemos dejar de pensar que este control -con carácter general- se hace sólo para maximizar los recursos y monitorizar conductas funcionarias, sino también, se implementa para garantizar verdaderamente que se está comprando lo que necesitan las instituciones públicas y ciudadanos.

6. EL CONTROL COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE APROVISIONAMIENTO PÚBLICO

A. La corrupción, sus efectos, y algunas medidas para reducir y controlar este problema de los contratos públicos

Sin entrar en gran profundidad sobre el concepto de corrupción, y destacando sólo sus efectos esenciales para nuestra materia de estudio, diremos entonces que según AEVAL, puede definirse como el uso indebido del cargo o poder público para beneficio personal o privado¹⁰⁵⁵, siendo un fenómeno complejo, con una dimensión económica, social, política y cultural, que no puede erradicarse fácilmente, y menos pensar que sólo responde a soluciones reaccionarias vinculadas a lo penal. Como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, es un vicio de los hombres, no de los tiempos¹⁰⁵⁶, afirmando en este mismo sentido NIETO GARCÍA que es inherente a la naturaleza humana¹⁰⁵⁷. Así, DE GRAAF agrega que las causas que genera este fenómeno vienen siendo de naturaleza estructural, cultural e institucional¹⁰⁵⁸. De acuerdo a las Naciones Unidas:

“...es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.55.

¹⁰⁵⁶ García de Enterría (1995), p.74.

¹⁰⁵⁷ Nieto García (1997), p.7.

¹⁰⁵⁸ De Graaf (2007), citado por Villoria M y Jiménez F (2012), p.15.

¹⁰⁵⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2004), op. cit., Prefacio.

Conforme a VILLORIA MENDIETA y ROTHSTEIN BO, es abuso de poder -de la función pública- para beneficio privado, directo o indirecto¹⁰⁶⁰, donde como añade CERRILLO i MARTÍNEZ, supone que el interés privado del alto cargo se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio¹⁰⁶¹. De esta manera, ROTHSTEIN BO sostiene además que frente a la tarea de abordar tal fenómeno y establecer una buena gobernanza, deberían plantearse dos cuestiones principales. En primer lugar, ¿Qué tipos de reformas estructurales son necesarias para reducir este problema?, y en segundo término, ¿Qué clases de procesos pueden dar lugar a tales reformas? De igual manera, señala que lo importante en esta materia es cambiar las creencias de los agentes, sobre lo que los otros agentes harían cuando se trata de prácticas corruptas¹⁰⁶².

Resulta por tanto, que BERTÓK JANÓS afirma que la corrupción surge de fallas en el sistema y se trata de un problema administrativo, el cual se manifiesta a través de una legislación de baja calidad e instituciones públicas débiles que no aplican la ley, y peor aún, fracasan en ofrecer controles, supervisión y transparencia adecuados¹⁰⁶³. Agregando a este mismo respecto GIMENO FELIÚ, que es evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato, debiendo entonces según este autor, articular una reforma legal que descansa en criterios funcionales y no formales¹⁰⁶⁴. Lo preocupante, en cuanto a ello, no es tanto la evidencia de que exista corrupción, sino más bien que siendo evidente y en algunos casos en aumento, no se advierta de parte del Estado una política y controles efectivos que frenen estos hechos, sintiendo desde la ciudadanía -en algunos casos- que son malas prácticas aceptadas y tienen impunidad.

Volviendo a citar a AEVAL, este fenómeno puede abarcar la “gran corrupción” que afecta al más alto nivel como las empresas, individuos u organizaciones criminales que pagan y/o ejercen influencia para conformar las políticas y leyes del Estado en favor de sus intereses (captura del Estado); la canalización de fondos públicos a cuentas personales o de partido; y el clientelismo; como también, la “corrupción menor”, la cual se da en el plano de las instituciones y los individuos, tal como: el soborno y la extorsión; el acceso preferente a los servicios o bienes; el tráfico de influencias en los procesos y sus resultados; el favoritismo en la adjudicación de puestos de trabajo, promociones o contratos, independientemente del mérito¹⁰⁶⁵. De acuerdo a este organismo, “Donde

¹⁰⁶⁰ Villoria Mendieta (2017); y Rothstein Bo (2011), p.230, 234 y 246

¹⁰⁶¹ Cerrillos i Martínez (2017), pp.79-81.

¹⁰⁶² Rothstein Bo (2011), op. cit., p.230, 234 y 246.

¹⁰⁶³ Bertók János “La ética en el Sector Público: su infraestructura”, capítulo. 8, p.143, citado por OCDE (2000).

¹⁰⁶⁴ Gimeno Feliú (2018a), p.155.

¹⁰⁶⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.55.

persisten problemas de corrupción endémica, suele ser donde las inspecciones, fiscalizaciones y controles internos son más débiles”¹⁰⁶⁶.

Entre sus efectos más destacados, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, ha sostenido que:

“...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 Unión Europea...”¹⁰⁶⁷.

La misma Comisión Europea ha planteado que la corrupción sigue siendo un desafío y un obstáculo para el crecimiento en algunas partes de Europa, lo que crea incertidumbre para las empresas, ralentiza los procesos administrativos e impone costes adicionales para la sociedad y la economía. Según este organismo, al año 2018 el 37 % de las empresas de la UE cita la corrupción como un problema al hacer negocios, y el problema es especialmente acuciante en algunos Estados miembros¹⁰⁶⁸.

De acuerdo a su Parlamento Europeo al año 2013, y a lo largo de los 27 Estados miembros de la UE, se pierden aproximadamente 120 billones de euros por la corrupción (1% del PIB europeo). Este monto, equivale entre el 20% y 25% del valor de los contratos públicos¹⁰⁶⁹. Conforme a la revista The Economist al año 2016 -en un estudio de la empresa RAND-, el aumento anual en los costes de los contratos debido a la corrupción en la UE ha sido de \$ 5 mil millones de euros¹⁰⁷⁰. Agregando finalmente esta Comisión que los países miembros han tomado muchas iniciativas en los últimos años, pero los resultados han sido desiguales y se debe hacer más para prevenir y castigar este flagelo¹⁰⁷¹.

La OCDE, por su parte, ha indicado que este vicio genera costes indirectos para un país, que se traducen en distorsiones del acceso al mercado y la reducción del apetito comercial de los

¹⁰⁶⁶ Ibid, p.66.

¹⁰⁶⁷ Apartado nº 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude - Informe anual 2008 (2009/2167(INI)). Recuperado el 8 de febrero de 2018 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52010IP0155>

¹⁰⁶⁸ Comisión Europea (2018), op. cit., p.18.

¹⁰⁶⁹ Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.67.

¹⁰⁷⁰ The Economist (2016).

¹⁰⁷¹ Página oficial de la Comisión Europea. Recuperado el 21 de febrero de 2018 en https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en

inversionistas extranjeros¹⁰⁷². Sus efectos en el desarrollo económico sostenible vienen a ser demolidores¹⁰⁷³, daña el crecimiento de instituciones incentivadoras de equilibrios eficientes y equitativos¹⁰⁷⁴, afectando asimismo de forma negativa al funcionamiento de la democracia, sistema político y al Estado de derecho¹⁰⁷⁵, produciendo en este último una “corrosión” del mismo como advierte BETANCOR RODRÍGUEZ¹⁰⁷⁶.

Tanto GIMENO FELIÚ como AEVAL, comparten la idea que además de imponer este flagelo costes económicos, retrae la inversión y desalienta la iniciativa empresarial¹⁰⁷⁷ e innovación, distorsionando la toma de decisiones y desviando fondos que los gobiernos difícilmente pueden permitirse el lujo de perder, por tal razón, es tóxica para la prosperidad económica a largo plazo y para unas finanzas públicas saneadas¹⁰⁷⁸.

En lo que respecta al aprovisionamiento público, GIMENO FELIÚ asimismo agrega que no puede olvidarse que uno de sus graves efectos es la ineficiencia en la gestión de los fondos públicos¹⁰⁷⁹, adicionando PEÑA OCHOA que por lo mismo, este fenómeno cuestiona el sistema de control económico y pone en duda que se haya comportado adecuadamente. Adicionando que existe una relación directa entre corrupción y debilidad de los controles administrativos, siendo la corrupción mayor donde tales controles mencionados -sobre todo los de carácter preventivo-, son más débiles o existen problemas con su eficacia o con quienes son los encargados de su aplicación¹⁰⁸⁰.

En este mismo sentido, el riesgo de corrupción suele ser mayor cuando hay oportunidades para ello, es decir, pueden surgir de los funcionarios que tienen discrecionalidad o poder de decisión, de un acceso privilegiado a los recursos públicos deseados o requeridos por la otra parte y, también, por

¹⁰⁷² Business and Industry Advisory Committee to the OECD, 2014, “BIAC Economic Policy Survey 2014”, citado por OCDE (2016b), op. cit., p.7.

¹⁰⁷³ Rose-Ackerman, 1978, 2001; Mauro, 1995; Wei, 1997; Ades y Di Tella, 1997; Della Porta y Vannucci, 1997; Dreher y Herzfeld, 2005, entre otros, todos citados por Villoria Manuel y Jiménez Fernando (2012), op. cit., p.110.

¹⁰⁷⁴ Della Porta, 2000; Jain, 2001; Heidenheimer y Johnston, 2002, todos citados por Villoria y Jiménez (2012a), p.110.

¹⁰⁷⁵ Warren, 2004; Villoria, 2007; Inglehart y Wenzel, 2005, todos citados por Villoria Manuel y Jiménez Fernando (2012a), p.110. Aspecto también aludido por Gimeno Feliú (2018a), op. cit., p.156.

¹⁰⁷⁶ Ver libro Betancor Rodríguez, Andrés (2017). “Corrupción, corrosión del Estado de Derecho”. Editorial Civitas, España.

¹⁰⁷⁷ Gimeno Feliú (2018a), op. cit., p.156.

¹⁰⁷⁸ AEVAL (2016), op. cit., p.55; ver también otros efectos negativos de esta corrupción, con carácter general, en Campos, N.F., Dimova, R., y Saleh, A., (2010). “Whither Corruption? A Quantitative Survey of the Literature on Corruption and Growth”, IZA Discussion Paper N 5334.

¹⁰⁷⁹ Gimeno Feliú (2017a), p.6; y Gimeno Feliú (2017d), op.cit., p.49.

¹⁰⁸⁰ Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.2-3.

ausencia de restricciones, incluyendo conducta ética, leyes y reglamentos aplicables, normas aceptadas, controles, auditorías, escrutinio, sanciones y la opinión pública¹⁰⁸¹.

De este modo, y en un efecto tangible y final como estima Transparencia Internacional, volvemos a recordar que en promedio el 10% del gasto en contratación pública se desperdicia en corrupción y soborno¹⁰⁸². Agregando el premio nobel TIROLE JEAN, en su artículo conjunto con S. SAUSSIÉ (“Renforcer l’efficacité de la commande publique”, Conseil d’analyse économique, 2015), que la corrupción podría aumentar los costes de las compras públicas entre 20 y un 25%, y en situaciones excepcionales, incluso hasta un 50%¹⁰⁸³.

Como reflexión final, debemos recordar que la corrupción es propia de todas las sociedades y sus gobiernos, habiendo quienes en sus discursos manifiestan eliminarla de sus Administraciones, sin comprender que deberíamos hablar mejor de reducirla a lo mínimo posible, dándonos unos márgenes y metas muy claras, alcanzables en el tiempo, y estableciendo con ello hasta qué punto o grado de corrupción vamos a seguir aceptando como sociedad. Estos márgenes son importantes que sean consensuados y validados entre autoridades y ciudadanía, de modo que la clase dirigente imperante no se defienda de sus malas prácticas expresando que su accionar está dentro de lo habitual, y tradicionalmente aceptado por la función pública.

Es de este modo, y al igual que ocurre con el control, que ciertas autoridades políticas consideran que la corrupción y la medición del accionar público debe analizarse sólo desde un cierto nivel o cargo público hacia arriba, o en determinadas actividades y circunstancias, manifestando en ocasiones que su actuación pública no fue mala praxis, ya que han hecho lo que siempre se hace; siendo que la ciudadanía hace bastante tiempo ha estado desaprobando tales conductas. Esta diferencia o brecha entre lo que se hace y lo que es aceptado como correcto por las sociedades, es la que se define como la percepción de la corrupción de un país; esta brecha, es la que tiene a cuantiosos ciudadanos, en gran cantidad de naciones, desconfiando de sus instituciones, gobierno y todo lo público. Como termina indicando BAENA DEL ALCÁZAR, el desprestigio de las clases políticas se ha producido tanto por la pérdida de valores, como por casos frecuentes de corrupción¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ AEVAL (2016), op. cit., pp.55-56.

¹⁰⁸² Ver en http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

¹⁰⁸³ Maudes Antonio en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos, p.1302.

¹⁰⁸⁴ Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.27.

Algunas medidas para reducir y controlar la corrupción de los contratos públicos

Desde el derecho, MALARET ELISENDA nos recuerda que la corrupción tiene una de sus principales fuentes en la mala administración, relacionada con la gestión de los recursos públicos, y muy en especial con la contratación pública, por ello, es necesario establecer medidas destinadas a prevenir o evitar las malas prácticas que debe ser una tarea esencial del derecho administrativo¹⁰⁸⁵. Según sostiene el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción al año 2004, cada Estado Parte: “...adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”, adicionando su artículo 36, además que: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley”¹⁰⁸⁶.

Para comenzar a combatir la corrupción, una política eficaz no puede consistir en una serie de medidas estereotipadas. Tampoco como indica D. KAUFMANN “La corrupción no se combate combatiendo la corrupción”¹⁰⁸⁷, sino, y como sostiene JIMÉNEZ ASENSIO, se enfrenta además de la aplicación de acciones represivas, por medio de medidas preventivas¹⁰⁸⁸. De este modo, y en lo que respecta a materia de contratos públicos, R. KLITGAARD -quien habla de las etapas que atraviesa este fenómeno-, manifiesta que algunas de estas medidas convencionales para prevenir este flagelo, podrían estar en¹⁰⁸⁹:

- Seleccionar funcionarios públicos basándose en su competencia y honestidad
- Crear incentivos para premiar los proyectos y contratos de adquisición que den los mejores resultados, sancionándose a quienes den o reciban sobornos
- Recopilar información sobre las posibilidades de corrupción en las diversas etapas
- Fomentar la competencia
- Circunscribir el arbitrio oficial, por ejemplo, mediante estudios objetivos y normas claramente definidas sobre los procedimientos administrativos y de adquisición
- Establecer códigos de conducta, organizar campañas publicitarias y alentar la reputación basada en la honestidad de las empresas

¹⁰⁸⁵ Malaret Elisenda (2016), p.23.

¹⁰⁸⁶ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2004), op. cit., p.12 y 28.

¹⁰⁸⁷ Kaufmann Daniel (2005), p.42.

¹⁰⁸⁸ Jiménez Asensio Rafael (2017) citado por Arribas Reyes (2018), p.239.

¹⁰⁸⁹ Klitgaard Robert (2000), pp.2-3.

Entorno a Europa, la Comisión Europea al presente ha señalado que la experiencia de algunos países que han tomado algunas medidas en este tema han sido, por ejemplo: realizar esfuerzos para mejorar su administración pública y adoptar una importante legislación anticorrupción, como en Italia; avanzar en la aplicación de un marco de transparencia y lucha contra la corrupción, como el caso de España; y aprobar una nueva legislación sobre protección de denunciantes como en los territorios de Lituania e Italia¹⁰⁹⁰.

Sobre esta protección al denunciante, AEVAL ha afirmado que ha demostrado ser la forma más eficaz de desenmascarar las malas prácticas y, de acuerdo a alguna investigación, es causante de casi la mitad de la detección de fraudes en el sector público. No obstante, y como la protección de los denunciantes sigue siendo relativamente débil en toda Europa, y el propio acto de denunciar aún no ha calado plenamente en la cultura administrativa como contribución a una mejor gobernanza, todavía esta medida tiene que desarrollar todo su potencial¹⁰⁹¹.

Conforme sostiene VILLORIA MENDIETA, y en otra de estas medidas, se debe evitar el “clientelismo”, consistente en un intercambio discrecional y particularista de favores, en donde los responsables políticos deciden la concesión privilegiada e, incluso, ilegal de derechos y prestaciones a cambio de apoyo electoral o económico a quienes forman parte de sus redes¹⁰⁹². Por ello, es relevante realizar un control en la financiación de los partidos políticos, quienes crean redes clientelares al amparo de las licitaciones públicas, desde dónde buscan obtener recursos para su financiación a través del pago de comisiones por parte de las empresas que ofertan al Estado. Del mismo modo, tal autor agrega que también se debe evitar la politización de las instituciones de control y de la propia Administración, ya que hacen que resulte muy difícil combatir adecuadamente este flagelo¹⁰⁹³.

Es por lo anterior, que D. BAUTISTA agrega la necesidad de reforzar y mejorar la conducta ética funcionaria. De acuerdo a este autor, existen dos enfoques generales para optimizar esta conducta en el aparato público. El primero, se da en el estricto cumplimiento de los procedimientos administrativos, mecanismos de control y reglas detalladas que definen las tareas de los servidores públicos, denominando esto como administración de ética basada en el cumplimiento. El segundo, depende de incentivos y fomenta la buena conducta. Este se conoce como administración de ética

¹⁰⁹⁰ Comisión Europea (2018), op. cit., p.18.

¹⁰⁹¹ AEVAL (2016), op. cit., p.67.

¹⁰⁹² Villoria Mendieta (2017), op. cit.

¹⁰⁹³ Ibid.

basada en la integridad. Hay que desarrollar ambos, buscando una ética integral¹⁰⁹⁴, donde algunas de las soluciones en esta materia, podrían ser la elaboración de códigos de conducta (códigos de ética), y/o programas de prevención de la corrupción¹⁰⁹⁵, incluyendo según AEVAL, una formación en la cual los funcionarios sean capacitados y examinados para ver su respuesta a estos escenarios¹⁰⁹⁶.

En adición a esto último -y complementando lo señalado por R. KLITGAARD-, podemos también destacar acciones como: selección funcionaria basada en el mérito y otras técnicas de gestión de recursos humanos; formación en ética y sus dilemas; declaración de intereses, bienes y patrimonio; y simplificación, controles y automatización administrativa¹⁰⁹⁷. El control aquí, por lo tanto, no elimina la corrupción en la contratación, pero si la reduce, facilitando información sobre quién o quiénes la han generado, además de dónde se está produciendo.

Así, y en esta misma línea de trabajo ético, es necesario además incluir como advierte la OCDE, un trabajo conjunto y articulado entre gobierno y empresas (colaboración público-privada)¹⁰⁹⁸, y no seguir trabajando aisladamente como habitualmente sucede. Las empresas deben disponerse a trabajar colaborando y transparentando sus relaciones; el sector público, como sostiene L. DIAMOND, para reducir esta corrupción a un nivel menos destructivo y mantenerlo allí, requiere un cambio revolucionario en sus propias instituciones¹⁰⁹⁹.

Sobre tales empresas que desean contratar con la Administración, hay que resaltar que deberían, igualmente, establecer previamente un programa o plan anticorrupción como condición para vender al Estado, añadiendo RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, que es deseable que tengan un sistema de “Compliance” efectivo¹¹⁰⁰, es decir, instauren un sistema que pueda hacer frente a riesgos operativos y legales en este proceso público.

En lo que respecta al control de este problema, propiamente tal, GIMENO FELIÚ ha advertido que “...hay que reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva, tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas, Agencias de Lucha antifraude y

¹⁰⁹⁴ Bautista O (2007), p.13.

¹⁰⁹⁵ Rodríguez Fraga (2017), ppt.9.

¹⁰⁹⁶ AEVAL (2016), op. cit., p.65.

¹⁰⁹⁷ Ibid, p.56.

¹⁰⁹⁸ OCDE (2014b), op. cit., p.2.

¹⁰⁹⁹ Diamond, L. (2007), p.119, citado por Bo Rothstein (2011), op. cit., p.246. Ver también formas de control de la corrupción en Rose-Ackerman, Susan (2001). “La corrupción y los gobiernos”. Editorial Siglo XXI, Madrid.

¹¹⁰⁰ Ver el concepto de Compliance en Rodríguez-Arana Muñoz Jaime (2017). “Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea”. Anuario da Facultade de Dereito da Universida de da Coruña, Vol 21, pp.280-281.

*creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos...*¹¹⁰¹, insistiendo en que el correcto funcionamiento de la contratación con objetivos de política pública, como vectores de su concreto diseño, exige la existencia de mecanismos de control efectivos y rápidos por autoridades independientes ya sean judiciales -mediante la oportuna reforma procesal-, o mediante “arbitrajes administrativos” independientes y con estatus de juez, avanzando así a un modelo que preserve el principio de integridad¹¹⁰². De este modo, BENÍTEZ PALMA arguye que además se hace necesario aplicar un examen externo independiente y de legitimidad parlamentaria, el cual sea propositivo para diseñar y articular medidas de reforma capaces de optimizar la función gubernamental, ayudando a los gestores a cumplir con la normativa vigente¹¹⁰³.

De esta manera, y como podemos entonces inferir, no existe una solución universal a este flagelo¹¹⁰⁴, pero si se hallan herramientas y controles que pueden aminorar sus efectos, destacando aparte de los citados, otros como: declaraciones claras de valores y normas éticas, estrategias basadas en el riesgo (evaluación del riesgo, mapas de riesgo), leyes y reglamentos, coordinadores de integridad, y agencias anticorrupción. Además de exigir una mayor responsabilidad a los gobiernos de turno para crear una palpable voluntad y liderazgo para implantar acciones preventivas concretas y medibles sobre el tema, dejando de seguir “aceptando” un nivel o grado de corrupción practicable que ya está lejos de lo exigible por la ciudadanía.

Resulta por tanto, y a modo de reflexión, que podemos disminuir tales niveles de corrupción en la contratación pública si mejoramos la confianza, y para ello, debemos dejar de oír y disponernos a escuchar lo que tienen que decir sus actores. La indiferencia de los gobiernos hacia este elemento ha generado una presión social por cambios, y muchas veces más que grandes cambios, sólo se exige mostrar simplemente lo que se está haciendo. Esta presión social en el caso de España, como sostiene el Ministerio de Economía y Hacienda, ha ido creciendo. Ahora lo que se demanda no es sólo el acceso electrónico a los procedimientos -a todos los procedimientos públicos-, sino que también, se reclama que los servicios públicos se diseñen desde el punto de vista de los ciudadanos, y no desde la mirada del Departamento Administrativo responsable del mismo¹¹⁰⁵.

La confianza en el gobierno posee una correlación negativa con los niveles percibidos de corrupción. El mal uso de los recursos públicos en materia de contratos, o el inadecuado

¹¹⁰¹Gimeno Feliú (2014b), punto 6.

¹¹⁰² Gimeno Feliú (2014c), op. cit., p.204 y 205; y Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.188.

¹¹⁰³ Benítez Palma (2016), op. cit., p.10.

¹¹⁰⁴ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.2.

¹¹⁰⁵ Ministerio de Economía y Hacienda (2009), op. cit., p.16.

comportamiento por representantes de los ciudadanos, muestran la fiabilidad global de un gobierno. Restaurar la confianza es esencial para reforzar y consolidar las bases de los Estados modernos. También es una condición necesaria para que tales gobiernos lleven con éxito reformas del sector público¹¹⁰⁶.

La publicación oportuna y en línea de información pertinente sobre oportunidades de adquisición, plazos para la presentación de ofertas, criterios de selección y evaluación, entre otros, puede aumentar la confianza en los procedimientos de adquisición y su competencia, y al mismo tiempo, permitirá una mayor visibilidad de todo el proceso en cuestión haciendo más difícil actos de corrupción¹¹⁰⁷. De esta misma manera, y como indica un grupo de expertos de la OCDE, la única manera eficaz de vigilancia o regulación de un proceso de adquisición es proporcionar a los participantes una oportunidad para observar las ofertas de los competidores, y con ello, sus posibles irregularidades¹¹⁰⁸.

En resumen, cabe mencionar como sostiene el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo -sobre la lucha contra la corrupción en la UE-, que *“La corrupción arraigada no puede extirparse sin un enfoque global que mejore los mecanismos de control y prevención en toda la administración pública, a nivel central y local”*¹¹⁰⁹, concluyendo, como consecuencia, que un sistema que prevea escasos controles para advertir de los casos de corrupción, que perpetúe cierta impunidad a sus autores (por falta de sanción o insuficiencia de la misma), y que además pueda ofrecer grandes beneficios privados derivados de su actuación pública, tenderá a generar más corrupción¹¹¹⁰. Según indica AEVAL a este respecto, la tarea de las administraciones públicas -y su contratación- es poner a punto los sistemas y estructuras para ayudar a los funcionarios a escoger de forma óptima, sobre todo cuando se enfrentan a decisiones éticas difíciles y a definir de forma inequívoca el umbral de lo aceptable o inaceptable¹¹¹¹.

Por todo lo anterior, conviene insistir en un marco jurídico en materia de contratos públicos que ponga su foco y esfuerzos mayores en la “prevención” y menos en la sanción, entendiendo asimismo que si no se disponen los medios para hacer cumplir este entramado normativo y respetarlo, será sólo una declaración sugerente bien fundada. Hay que enfrentar esta corrupción

¹¹⁰⁶ OCDE (2015a), op.cit., p.156.

¹¹⁰⁷ OCDE (2014b), op. cit., p.6.

¹¹⁰⁸ OCDE (2007), op. cit., pp.59-61.

¹¹⁰⁹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.11.

¹¹¹⁰ Rodríguez Fraga (2017), op. cit., ppt.1.

¹¹¹¹ AEVAL (2016), op. cit., p.55.

desde su origen¹¹¹², el cual es la persona o individuo, y no seguir tratando de apagar su flama con más y más disposiciones legales, así como mayores acuerdos entre el sector público y el privado.

Si seguimos mirando esta problemática pública desde el mismo prisma, y con los mismos participantes y controles, no podremos proponer nuevos caminos y soluciones que hagan la diferencia en los resultados de los cuales habitualmente tanto nos quejamos. La corrupción, como conclusión, debe decantar por lo tanto en la prevención y medición en dónde y quién la produce, así como una mayor transparencia, políticas, y aplicación de buenas prácticas según afirma las Naciones Unidas¹¹¹³; dejando de crear mayores disposiciones normativas y gasto en sus “efectos”, y comenzar a hacerlo sobre sus “causas”.

B. Situación de la corrupción en la contratación pública española y los hitos que han ayudado a combatirla

Entorno a España, VILLORIA MENDIETA destaca que la corrupción en el país no es extensiva, sino más bien intensiva en ciertos sectores, de los cuales uno de ellos es la contratación pública por las grandes sumas de dinero que maneja¹¹¹⁴. Advirtiendo sobre esto mismo GIMENO FELIÚ, que entre los tipos contractuales potenciales más expuestos a este flagelo, se encuentran aquellos de más altos presupuestos, tales como: obras o infraestructuras, las telecomunicaciones, y sectores energéticos y de la defensa. No obstante, según este autor, también en los últimos años han crecido exponencialmente estas malas prácticas en los contratos menores¹¹¹⁵.

Así, en el país encontramos una ausencia de presión concurrencial en las licitaciones, junto con una corrupción en la contratación pública que despilfarra en torno al 4,5% del PIB, y que ha instaurado una sensación de incredulidad hacia lo público por causa de mayores casos sobre este tema en el último tiempo. De esta manera, nos terminamos por preguntamos de acuerdo a la clasificación establecida por R. KLITGAARD¹¹¹⁶, ¿Existe al día de hoy en España una corrupción ordinaria, o una corrupción sistemática (permanente)? La respuesta a ello, podría darnos las claves para comenzar a frenar “eficazmente” esta enfermedad.

¹¹¹² Esto es, focalizarse en las conductas del funcionario público, y en los posibles riesgos que éste puede generar en esta temática al interior de los organismos públicos. No debemos olvidar que una mejor transparencia, control, eficiencia y eficacia en la gestión interna de la contratación, se verá reflejado en una reducción notoria de la corrupción.

¹¹¹³ Naciones Unidas (2011), op. cit., pp.18-19.

¹¹¹⁴ Villoria Mendieta citado por Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.49.

¹¹¹⁵ Gimeno Feliú (2018a), op. cit., p.145.

¹¹¹⁶ Klitgaard Robert (2000), op. cit., pp.3-4.

En relación a las medidas que el territorio ha adoptado contra este flagelo en la materia, VAQUER CABALLERIA, y con carácter general, ha afirmado que *“Las medidas para combatirla son parciales y desconexas, se adoptan a saltos y sin ningún tipo ni de diagnóstico previo, ni de planificación cabal ni tampoco de seguimiento o evaluación de sus efectos”*. Añadiendo que mientras el legislador proclama combatir esta corrupción, el ordenamiento jurídico actual mantiene algunas normas que contradicen estos objetivos, o cuando menos, dificultan su consecución (procedimiento negociado sin publicidad, criterios de adjudicación subjetivo, no exigencia de publicidad para todo contrato, etc)¹¹¹⁷.

En consecuencia, y según este escenario, el país debería entonces empezar por potenciar el control interno de los organismos públicos a través de sus Intervenciones o Unidades de auditoría interna (o en su defecto controlar a través de la misma área de contratación), reforzarse el control de los Tribunales de Cuentas entregándoles más y mejores potestades, vincular más a las Agencias de Lucha anti Fraude, aplicar las propuestas de la CNMC, y poner en práctica obligatoriamente las recomendaciones y propuestas de los Tribunales Administrativos respectivos y su jurisprudencia. Como asimismo indica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, para disminuir la corrupción deben aparecer estamentos intermedios que se opongan al poder del soberano, para luego sujetar a los detentadores de las funciones públicas al interés general y, finalmente, remitirse a un sistema de orden público que establece los límites de la conducta ilegítima de quienes gobiernan¹¹¹⁸.

Con respecto a los hitos que han ayudado a combatir este problema en los últimos años, hacia Europa, podemos mencionar a la fundación del organismo de Transparencia Internacional en 1993¹¹¹⁹; el Consejo de Europa quien creó al año 1994 un grupo multidisciplinar sobre Corrupción¹¹²⁰; los países de la OCDE que adoptaron en 1997 el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros, en las Transacciones Comerciales Internacionales (también conocido como Convenio Anticohecho)¹¹²¹; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada al año 2003¹¹²²; las Directivas de la UE 2014/24/UE, Directiva 2014/42/UE,

¹¹¹⁷ Vaquer Caballeria (2016), pp.132 y 135.

¹¹¹⁸ Rodríguez-Arana Muñoz (1996), op. cit., pp.224-226. Ver también Williams-Elegbe S (2012). “Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures”. Oxford and Portland, Oregon.

¹¹¹⁹ Ver mayor detalle de este organismo en <https://www.transparency.org/>

¹¹²⁰ Ver página web Council of Europe. Recuperado el 3 de octubre de 2017 en <http://www.coe.int/en/web/conventions/home>

¹¹²¹ Ver mayor detalle en Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España. Recuperado el 3 de octubre en <http://www.comercio.es/gl-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/paxinas/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion.aspx>

¹¹²² Ver mayor detalle en Naciones Unidas (2004), op. cit.

Directiva 2015/849/UE, y la Directiva 2017/1371; nombrando finalmente las guías o directrices que ha entregado el Banco Mundial en esta materia desde el año 2006¹¹²³.

En el país, y según la Comisión Europea al año 2015¹¹²⁴ y el Barómetro del CIS a julio de 2017, el segundo principal problema de la nación es la “corrupción y fraude”¹¹²⁵, existiendo no obstante, disposiciones legales que han buscado reducir este vicio, tales como: el artículo 103 de la Constitución; Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio; Ley 5/2006, de 10 de abril, sobre conflictos de intereses¹¹²⁶; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos; Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la cual en su artículo 3.1, letra e), destaca que las Administraciones deberán respetar su actuación con “Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”; entre otras.

A su vez, y en lo que afecta directamente a la contratación pública, podemos aludir a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; destacar el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; y por último, la reciente aprobada 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, la cual en su artículo 64 establece que los órganos de contratación deben tomar las medidas contra este flagelo, así como el conflicto de intereses. De igual manera, hay que destacar en este último ordenamiento la creación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la cual a través de su artículo 334, 2, letra a), afirma que diseñará medidas para combatir la corrupción y las irregularidades en la aplicación de la legislación correspondiente.

¹¹²³ Ver guías sobre corrupción en Banco Mundial (2006). “Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants”. Octubre.

¹¹²⁴ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.209

¹¹²⁵ Estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (2017). “Barómetro de julio de 2017”. Estudio nº 3183, p.4.

¹¹²⁶ Respecto de los conflictos de intereses de los altos cargos de las Comunidades Autónomas, estas se rigen por las leyes autonómicas correspondientes.

A pesar de tales regulaciones, según la Cámara de Cuentas de Madrid este vicio sigue generando malas prácticas -debiendo claramente esperar el efecto que puedan tener los nuevos órganos creados al alero del artículo 332 y 333 de la LCSP 9/2017-, las cuales se han ido traduciendo en acciones concretas tales como: redacción de especificaciones a la medida para ciertos oferentes; división de las adquisiciones públicas en licitaciones más pequeñas para evitar procedimientos competitivos; conflictos de intereses; exclusión injustificada de licitadores; uso injustificado de procedimientos de emergencia; utilización de procedimientos no competitivos; análisis inadecuado de las situaciones en las que los precios ofertados eran demasiado bajos; entre varias otras¹¹²⁷. Así, y conforme a AYMERICH CANO, una explicación del por qué ocurre lo anterior, podría estar en el hecho de que aunque en España existen normas, estas no se cumplen, o al menos no como sería de esperar. Igualmente, este autor manifiesta que habiendo asimismo instituciones y organismos de control, estos no actúan, o al menos no como deberían¹¹²⁸.

Es de esta manera, y como se puede inferir, quizás deberíamos mirar a la corrupción como un acto más propio de la gestión pública y su actuación funcionaria, y no tanto de responsabilidad del derecho administrativo, es decir, existen tanto Constituciones, Leyes y disposiciones que a la vez recalcan y establecen un uso adecuado, óptimo y transparente de los fondos públicos con sus responsabilidades respectivas y conductas adecuadas -regulaciones que obviamente siempre pueden mejorarse en el tiempo-, no obstante, y haciendo mención al espíritu de estas legislaciones, no necesitamos mayores reglamentaciones que nos prohíban o adviertan sobre estas malas prácticas, sino, sólo controlar en la gestión pública operativa de nuestras adquisiciones que se “cumplan las existentes”. Adicionalmente, por un lado no podremos saber si corresponde agregar más controles para combatir este flagelo, si aquellos que dispone la ley no se ejecutan correctamente; y por el otro, disminuir la corrupción no debiese estar sólo en sancionar, sino mayormente en enseñar y capacitar sobre sus efectos y consecuencias, además de sus perjuicios.

Finalmente, España debe dejar de atacar los “efectos” de la corrupción para mejorar la integridad en compras, y focalizarse en las “causas”, como lo es diagnosticar y mejorar la gestión interna en esta materia, incluyendo una política de profesionalización de su recurso humano que incluya conocimientos sobre ética y probidad. Desde una visión aún más amplia que abarca toda la administración pública, AYMERICH CANO termina indicando que hay que:

¹¹²⁷ Cámara de Cuentas de Madrid (2017), ppt.9.

¹¹²⁸ Aymerich Cano (2013b), op. cit., p.13. Ver mayor detalle de la corrupción en España en Villoria Mendiata M, Gimeno Feliú J, y Tejedor Bielsa J (2016). “La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos”. Libros jurídicos Atelier.

“...avanzar de forma efectiva en dar independencia y capacidad real de actuación al Tribunal de Cuentas (y con él a los OCEX autonómicos) y al Ministerio Fiscal, acometer las reformas institucionales que permitan al Parlamento exigir de forma eficaz la responsabilidad política del gobierno, regular los lobbies y, comenzando por la protección de los denunciantes e informadores, posibilitar una persecución y sanción efectiva de la corrupción, tanto en el ámbito judicial como en el disciplinario”¹¹²⁹.

El desafío para las administraciones públicas y su contratación, de este modo, es la construcción de un marco de políticas que sea capaz -al mismo tiempo- de incentivar la integridad para impedir las actividades corruptas, y de dismantelar la corrupción sistémica, en su caso. Como agrega AEVAL, el impulso de las más exigentes normas y prácticas éticas requiere invariablemente liderazgo, una disposición a buscar a largo plazo beneficios ampliamente compartidos y, en el caso de la corrupción sistémica, el valor de desafiar los intereses creados¹¹³⁰.

7. RETOS ESENCIALES QUE EL CONTROL DEBE ENFRENTAR EN MATERIA DE CONTRATOS

Referirnos a problemáticas en materia de contratos, es indicar que tenemos situaciones que nos frenan nuestro buen hacer o dificultades que están latentes. Si luego de tales problemáticas recogemos las más difíciles y/o complejas de cumplir, observando éstas como “compromisos o desafíos” en el tiempo, podríamos entonces estar hablando de retos.

El control de los sistemas de adquisiciones públicas dista en la “práctica” de considerarse todavía una función sustantiva y preponderante. Los paradigmas y obstáculos tradicionales que existen sobre la implementación de esta función administrativa, aún no se rompen para dejar actuar a una gestión pública que necesita coordinar y optimizar, siendo demandada por las sociedades a hacer más. El control, por lo tanto, no debiese ser una problemática en la contratación propiamente tal, y tampoco un reto, sino una función básica e institucionalizada que debería nacer con todo nuevo sistema o proceso de compra gubernamental.

En este contexto, y entendiendo que hay desafíos persistentes que afrontar para lograr alcanzar niveles óptimos en los resultados de compras, mencionaremos nueve retos relevantes que el control en esta materia debe soslayar para ser efectivo en su cometido, destacando que los desafíos aquí expuestos ya no pueden seguir esperando a ser vistos como retos, sino como metas operativas que hay que comprometerse a alcanzar hoy.

¹¹²⁹ Aymerich Cano (2013b), op. cit., p.13.

¹¹³⁰ AEVAL (2016), op. cit., pp.56-57.

Reto 1º. El primer gran reto universal del control es que se *ejecute, independiente de lo elemental que este pueda ser en un comienzo* y de los escasos recursos que disponga. Hay aplicaciones de control tan simples que sólo requieren voluntad y compromiso al interior de las áreas de compras. Aunque exista sólo un monitoreo u observación básica del proceso de adquisición en su inicio, bastará para comenzar a entender su utilidad e ir generando una cultura de evaluación al interior de los sistemas respectivos. Es cierto que el factor político podría ser una barrera a este respecto, pero no algo que pueda impedir lo que cualquier Constitución en un país democrático obliga a cumplir: administrar los recursos públicos con eficiencia y eficacia.

No controlaremos nunca nuestros procesos de adquisiciones si estamos esperando mayores presupuestos para ello, una nueva legislación, o colaboraciones externas. El reto está en comenzar a hacerlo en este momento con los recursos de que dispongamos, y utilizar sus resultados para mejorar las decisiones presentes. No deberíamos comprometernos a realizar un control; sino entender que éste debe ser parte natural de todo sistema de adquisición pública que quiere avanzar.

Reto 2º. Un segundo gran reto, es *focalizar su acción en lo importante, lo crítico, y aquello que puede hacer disminuir la calidad y oportunidad de los bienes adquiridos.* Todo proceso de contratación (y subprocesos) debe ser controlado y mejorado permanentemente. Debemos identificar los subprocesos claves, estratégicos y de apoyo, con el fin de analizarlos y disminuir sus disfunciones, previniendo que sobre todo los dos primeros tengan una escasa probabilidad de fallar. Dicho de otra manera, no debemos inspeccionarlo todo, sino sólo aquello que permita que el ciclo de compra cumpla con los estándares de legalidad y de gestión interna predefinidos. Hay que controlar los aspectos sustantivos en las adquisiciones públicas; y también hay que hacerlo con los controles adecuados.

Reto 3º. Asimismo, este control debe lograr *ser obligatorio y comprobarse su cumplimiento.* Si el control en los sistemas de compras no es exigido por alguna normativa al respecto, difícilmente tendrá el efecto positivo que busca. Es necesario un compromiso de las autoridades políticas que será ejecutado obligatoriamente, al igual que se dispondrán los recursos para ello. Un control sólo podrá ser efectivo si es vinculante y no sugerente, acompañado de sanciones ante su incumplimiento. Del mismo modo, debe mantener en todo momento su principio de independencia funcional y profesionalización.

Reto 4º. En otro gran reto de esta función administrativa, debemos recordar que los grandes problemas de las adquisiciones públicas no sólo provienen de culturas funcionarias costumbristas,

legislaciones rígidas o visiones sesgadas poco participativas, sino también -y en gran parte-, de mecanismos de control obsoletos, lentos e inefectivos, los cuales en muchos casos repiten cada año lo realizado sin adaptarse a las nuevas exigencias sociales del presente.

Es de este modo, que un cuarto desafío está en no sólo supervisar el cumplimiento de la normativa respectiva sobre los actos administrativos (control de legalidad o normativo), y tampoco sólo verificar como se está ejecutando contablemente el presupuesto (control presupuestario y financiero), sino, *adicionar herramientas que permitan medir la eficiencia, eficacia, riesgos, gestión interna, operaciones, plan estratégico de compras y transparencia, entre otros*. Si deseamos comprender si las inspecciones presentes en nuestro proceso actual están cumpliendo sus objetivos -y no son necesarios otros tipos de mediciones-, una manera de saberlo es sencillamente “cuantificar y analizar sus resultados”.

Reto 5º. El siguiente desafío -el cual podríamos señalar que es transversal a todos los países del orbe-, es que este control se materialice a través de un *ente nacional que lidere, coordine y fiscalice el aprovisionamiento público*. La existencia de diversos órganos de control en materia de contratos en un país, debe ser dirigida y ordenada por un ente superior en este tópico. Tal desafío, es una solución sustantiva a las grandes problemáticas en este tema, y un orden funcional que muchos Estados necesitan hoy en día implementar.

Reto 6º. Como sexto reto, el control debería *promover la participación o control social sobre los procesos de contratación* a través de mayores y mejores medios de comunicación e información hacia la ciudadanía. De acuerdo a GIMENO FELIÚ, la gestión de la Administración debe ser “validada” por la percepción ciudadana, indicando que es importante avanzar en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración con la sociedad civil¹¹³¹. Según afirma la OCDE, proporcionar oportunidades para la participación directa de las partes interesadas en el sistema de adquisiciones puede aumentar la transparencia y la integridad, al tiempo que asegura un nivel de control¹¹³². Resulta por tanto, que según MUÑOZ MACHADO, “*Lo que se busca fundamentalmente con la participación ciudadana en las funciones administrativas, es ofrecer un cauce a la expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales*”¹¹³³.

¹¹³¹ Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.30; Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.65.

¹¹³² OCDE (2016b), op. cit., p.19.

¹¹³³ Muñoz Machado (1977), p.532.

Reto 7°. En séptimo lugar, está la *profesionalización de quienes medirán, controlarán y evaluarán la contratación propiamente tal*. La formación no sólo debe estar dirigida a quienes operan el sistema en el sector público, sino también, se debe capacitar a quienes lo controlarán. Esta tarea debe incluir contenidos que abarquen tanto aspectos normativos, como aquellos relativos a valorar rendimientos, resultados, e impactos, ¿Qué calidad de control en materia de contratos puede existir en un órgano público, si quienes evalúan no tienen una mínima preparación en ello? La respuesta, la podemos encontrar en los resultados que nos están arrojando nuestras propias compras (ver a este respecto recomendación de 3 de octubre ya citada de la Comisión Europea, año 2017, “Increasing the impact of public investment through efficient and professional procurement”; y punto III, 1, letra A de este capítulo).

Reto 8°. Como penúltimo desafío, mencionamos otro transversal a todo el sistema que supedita la acción del control y su alcance: *elaborar bases de datos de compras donde el control pueda basar su actuación*. Se ha mencionado en varios estudios la importancia de crear repositorios de datos en esta materia, para luego saber cómo la contratación pública se va desarrollando. Tomar decisiones en base a información útil no es algo nuevo, sino parte de la subsistencia de todo tipo de organización. Sin datos no hay información, y sin información ¿Qué clase de control estamos realizando?

Reto 9°. Finalmente, el último gran reto es que el control de la contratación *escuche a los actores del sistema (funcionarios de la institución, proveedores, sector empresarial y ciudadanos que reciben las adquisiciones)*. ¿Quién puede pensar ejecutar un control óptimo si no sabe qué es importante controlar desde los actores que utilizan el mismo sistema? ¿Cuántos controles puedo estar haciendo sin saber si tienen alguna relevancia para mejorar el proceso de compra? ¿De qué sirve controlar sin incluir a los demás actores, si al final de cuentas las propuestas de solución debo validarlas con quienes usarán el sistema para que éstas puedan tener éxito? Controlar no significa solamente proponer acciones hacia los demás; sino, con los demás.

En conclusión, y en base a lo expuesto, debemos entonces señalar que los retos aquí aludidos deben cambiar su concepción temporal y pasar a ser prioridades dentro de las Administraciones. Así también, el gran desafío del control debe dirigirse a tomar su lugar en los procesos de compras como lo exige cualquier enfoque sistémico o abierto, retroalimentando y aportando con información; el gran reto de la contratación pública, por su parte, es implementarlo abiertamente sin autogenerarse barreras innecesarias ni esperar a que el sistema colapse para comenzar a hacerlo. Existen problemáticas que hay que enfrentar como necesidad y no como retos; y un control que no podemos seguir viendo como un compromiso a materializarse mañana.

III. ASPECTOS Y/O INSTRUMENTOS RELEVANTES QUE POTENCIAN EL CONTROL EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. CUATRO PILARES INSTITUCIONALES INTERNOS DE APOYO PARA UN CONTROL INTEGRAL

En un sentido amplio, y atendiendo al objeto de nuestra investigación, hemos dicho que el control en la contratación pública es observar lo que se está haciendo, y de acuerdo a parámetros establecidos evaluar tal conducta, disponiendo de información que faculte mejorar los resultados de las compras. De este modo, y para lograr tal finalidad, este examen necesariamente debe apoyarse en argumentos objetivos y medibles, además de ciertos pilares básicos que sustentarán su accionar, aumentando así su probabilidad de tener éxito.

Estos pilares, o también podríamos llamarles “factores administrativos” en un sentido más amplio como sostiene BAENA DEL ALCÁZAR (refiriéndose a los medios que permiten llevar a cabo las políticas públicas)¹¹³⁴-, tienen como objetivo mostrarnos a través de qué caminos se puede potenciar y hasta optimizar la función de control en un proceso completo de contratación pública.

De esta forma, resulta que además del apoyo que la normativa -tratada en el punto II del capítulo primero de esta investigación- puede brindarnos en nuestra materia, existen otros cuatro pilares básicos, que sin una priorización, trabajo y desarrollo de cada uno de ellos, la tarea de medir nuestros sistemas de adquisiciones se hará extremadamente difícil, manteniendo los mismos resultados parciales e incompletos de los cuales tanto nos lamentamos.

Es por todo ello, que a continuación caracterizaremos tales pilares aludidos, con la finalidad de evidenciar como éstos pueden potenciar el control y consecuente mejora de los sistemas respectivos:

A. Pilar I. Profesionalización del funcionario de contratación pública

La necesidad de contar con personas cualificadas y capacitadas es un requisito imprescindible para la mejora de las Administraciones y la implantación de nuevas prestaciones. La formación, considerada como un elemento estratégico para el aparato público, aparece como el instrumento más adecuado para lograr obtener nuevos conocimientos, difundir una cultura de calidad, actualizar el

¹¹³⁴ Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.138.

capital intelectual, y fomentar las habilidades de quienes trabajan al servicio de la ciudadanía¹¹³⁵. De esta manera, la profesionalidad del funcionario público debe ser medida por sus méritos y capacidades, avanzando en su carrera administrativa de acuerdo a criterios objetivos fundados en sus conocimientos y experiencia profesional¹¹³⁶, reforzando paralelamente su actuación ética e integral.

Acorde a BAENA DEL ALCÁZAR, las administraciones públicas procuran la satisfacción de los intereses públicos y son al presente de gran volumen orgánico, dejando de ser lo que eran antes, y transitando hoy en día a convertirse en un aparato público donde los funcionarios deben especializarse en sus materias, transformándose en especialistas que asesoren a los cargos políticos¹¹³⁷.

A octubre de 2017, la Comisión Europea a través de una recomendación dirigida a los sistemas de contratación de los países de la UE, ha indicado que los Estados deben desarrollar programas de planificación de la carrera profesional, creando incentivos, a fin de atraer y retener a un personal cualificado en esta temática. Asimismo, ha sostenido la necesidad de construir una arquitectura para la profesionalización en esta área, señalando que el objetivo de este proceso debería:

“...reflejar la mejora general de toda la gama de cualificaciones y competencias profesionales, conocimientos y experiencia de las personas que realizan o participan en tareas relacionadas con la contratación. Abarca también las herramientas y el apoyo, así como la arquitectura política institucional, que son necesarios para realizar el trabajo de forma eficaz y obtener resultados”¹¹³⁸.

Según varios investigadores y organismos internacionales como la RICG y el Banco Mundial, han sustentado la necesidad de capacitar y profesionalizar a los funcionarios como uno de los factores elementales si se quiere optimizar el sistema, destacando este último que para garantizar lo anterior, debe ser obligatorio desarrollar un programa de formación continuo al respecto¹¹³⁹.

Así también, la GAO en Estados Unidos ha sostenido que el aparato gubernamental debe pensar estratégicamente sobre el recurso humano que trabaja en aprovisionamiento público, y propender a la creación de una cultura orientada a los resultados¹¹⁴⁰, añadiendo SANMARTÍN

¹¹³⁵ AEVAL (2009), op. cit., p.9.

¹¹³⁶ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.537.

¹¹³⁷ AEVAL (2009), op. cit., p.13 y 18.

¹¹³⁸ Unión Europea (2017), p.3.Ver también en Comisión Europea (2017b).

¹¹³⁹ RICG (2015), op. cit.; y World Bank (2016), op. cit.

¹¹⁴⁰ Para realizar lo manifestado, tal organismo solicita las siguientes tareas específicas: a) Incluir a los funcionarios de adquisición en el proceso de planificación estratégica en compras, b) Identificar las necesidades de reclutamiento para funcionarios de compras en el plan de capacitación institucional, incluyendo estrategias para capacitación, retención y desarrollo del personal, c) Establecer las expectativas de rendimiento y métricas para los funcionarios de adquisición y

MORA que la eficiencia en el uso de los recursos públicos, obliga a “...*que se supere la visión de la contratación pública como una función fundamentalmente administrativa, para considerarla una profesión estratégica, circunstancia que implica la necesidad de que los gestores encargados de los contratos se conviertan en profesionales con un conjunto común de estándares éticos y conocimientos técnicos*”¹¹⁴¹. Argumentando que los desafíos en esta materia exigen una profesionalización de los empleados públicos, para terminar recordando que ya al año 2009, la OCDE, indicaba esta necesidad hacia los gestores del área, necesitando que estos sean más especializados y expertos¹¹⁴².

Tal profesionalización, propugnada en el ámbito de la UE como afirma GIMENO FELIÚ, está referida en lo específico, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Adicionando que sólo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores para que abandonen su posición pasiva, y puedan actuar con una visión de sus funciones que se aleje de lo burocrático e incluya la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exigirá cambios en la organización y prospectiva de actuación)¹¹⁴³. Como termina añadiendo este autor, tal profesionalización no debería incluir sólo el sentido de mayor cualificación, sino que también, implicar la re-delimitación de las funciones de políticos y alta función pública¹¹⁴⁴.

En torno a Europa, y según la Comisión Europea al año 2016, una fuente común de dificultades en materia de contratos es la falta de esta profesionalización, siendo un problema sistémico en muchos países de la región¹¹⁴⁵. Esta debilidad -que también fue evidenciada en uno de los últimos informes del Tribunal de Cuentas Europeo del año 2015, sobre la ejecución del gasto de los países de la región en el ámbito de la cohesión-, se identificó entre los errores recurrentes de la contratación pública, encontrándose una falta de capacidad administrativa de los organismos quienes

directivos de todos los niveles, y d) Realizar una evaluación del personal identificando funciones por empleado, responsabilidades, medidas de rendimiento, carga de trabajo, habilidades y formación para hacer su tarea con eficacia (Government Accountability Office, GAO, 2016). Como ejemplo de uno de los países que ya ha concientizado la importancia de implementar la profesionalización en esta área, podemos mencionar al Reino Unido. Parte del éxito operativo que el gobierno le atribuye a su sistema de contratación -el cual sigue en mejora continua- es a consecuencia de las habilidades, capacidad, unidad y compromiso de las personas que trabajan en esta temática. Para lograr ello, invierten permanentemente en el crecimiento del personal, aumentando el acceso de ellos a una gama amplia y completa de soluciones para su desarrollo, mediante la creación de un marco de aprendizaje. Este marco presenta un diagnóstico de las habilidades y el conocimiento de todos los empleados, y está diseñado de una manera acumulativa para que la instrucción y la experiencia crezcan en la misma dirección que la evaluación del individuo en la institución. En la actualidad, este país posee más de 3000 profesionales comerciales registrados en un sistema de gestión de aprendizaje, sistema que proporciona acceso a cursos de formación comercial y de contratación, entregando materiales de enseñanza en variadas sub-áreas y temáticas (Government Procurement Service UK, 2014, p.23).

¹¹⁴¹ Sanmartín Mora citada por Bernal Blay (2013), pp.121-122.

¹¹⁴² Sanmartín Mora (2011), op. cit., opinión.

¹¹⁴³ Gimeno Feliú (2017b), pp.219-220.

¹¹⁴⁴ Gimeno Feliú (2018a), op. cit., 168.

¹¹⁴⁵ Comisión Europea (2016b), p.10.

adolecen de conocimiento sobre las normas, como también una falta de conocimientos técnicos acerca de las obras o servicios concretos licitados. En tal diagnóstico, se encontró además que este problema afecta no sólo a los poderes adjudicadores, sino también a los entes encargados de supervisar estos procedimientos, es decir, a quienes son los responsables de controlarlos¹¹⁴⁶.

Hacia España, y con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de su artículo 103 de la Constitución, esta inminente necesidad ya fue planteada en el documento de Propuesta de Modificaciones y Mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, para el año 2017 (Ley ya aprobada), donde se destacó el apremio de impulsar esta profesionalización, indicando además que las mesas de contratación deberían quedar al margen de cargos políticos¹¹⁴⁷. De igual manera, este imperativo quedó de manifiesto, según la Comisión Europea, recomendando para España las siguientes acciones (sobre todo para los profesionales del área local que no reciben servicios suficientes en términos de capacitación y apoyo): hacer que la formación organizada para las administraciones nacionales y regionales sea accesible a los profesionales locales; elaborar formularios y documentos de licitación normalizados a nivel nacional para apoyar a los poderes adjudicadores y, en particular, a los contratantes no frecuentes; y crear un portal de ventanilla única para información sobre contratos públicos para facilitar a los poderes adjudicadores el acceso a las directrices y herramientas oficiales¹¹⁴⁸.

Conforme a SANMARTÍN MORA, esta profesionalización en el territorio es un reto, “...*al que hay que dar respuesta mediante una planificación que atienda a la formación integral de los empleados públicos, no sólo en los aspectos jurídicos, sino en todas las áreas que abarcan sus nuevas responsabilidades, fomentando a la vez el desarrollo de nuevas aptitudes y la asunción de valores éticos*”¹¹⁴⁹. Advirtiendo que esta formación integral en el país debería abarcar a los más de 8.000 poderes adjudicadores a nivel nacional, regional, supra-local y local, incluida la administración central y sus agencias, organismos públicos, universidades y servicios sanitarios¹¹⁵⁰.

De esta manera, y según lo expuesto, nos preguntamos entonces ¿Cómo puede el recurso humano ser un pilar para potenciar el control en esta materia? El tener empleados con formación y

¹¹⁴⁶ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.22. También mencionado como importante para la Comisión Europea (2013). “Public Procurement: costs we pay for corruption Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU”. Pwc, p.12. Con respecto a las materias específicas o aspectos sobre los cuales se debe formar, el Parlamento Europeo ha propuesto ciertos contenidos específicos en los que se debe instruir, destacando de entre ellos: formación específica en el uso de las nuevas tecnologías, formación específica en técnicas comerciales, y formación específica en integridad y acciones contra la corrupción (Parlamento Europeo, 2013, op. cit., p.62).

¹¹⁴⁷ Gimeno Feliú et al (2017), op. cit., p.7.

¹¹⁴⁸ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.213.

¹¹⁴⁹ Sanmartín Mora (2011), op. cit., opinión.

¹¹⁵⁰ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.208.

capacitación permite, entre otras cosas, autocontrolar el sistema. Esto, debido a que tal personal ahora tendrá mayores conocimientos no sólo sobre la norma, sino también -es lo ideal-, sobre conductas éticas y gestión interna de los procesos de contratación, lo cual será una base y ayuda al control de todo el sistema.

Como parte de los desafíos básicos que presenta este pilar en el aprovisionamiento público, deberíamos también cuestionarnos al interior de nuestro organismo ¿Cuál es el grado de polivalencia del personal en contratación? ¿Se aprovecha la capacidad de proponer mejoras por parte de los funcionarios?, y por último, ¿Existe un plan de formación para facilitar la polivalencia de este personal?¹¹⁵¹

En este sentido, la OCDE ha indicado que por un lado, se deben proporcionar opciones de carrera atractivas, competitivas y basadas en el mérito, mediante la provisión de medios claros de promoción, la protección contra la interferencia política en el proceso de adquisición, y la promoción de buenas prácticas nacionales e internacionales en el desarrollo de esta carrera profesional; y por el otro, promover enfoques de colaboración con centros de conocimientos tales como universidades, centros de investigación, o centros de políticas para mejorar las aptitudes y las competencias de la fuerza laboral en este tópico (ver artículo 140 a 143 de la Ley 40/2015 LRJSP sobre principios generales de las relaciones interadministrativas que hace mención a esta colaboración y cooperación)¹¹⁵². Agregando este organismo, que igualmente se debe garantizar que los funcionarios cumplan con altos estándares profesionales de conocimiento y aplicación práctica e integridad, debiendo entregarles periódicamente un conjunto de herramientas actualizadas¹¹⁵³.

Del mismo modo, GIMENO FELIÚ termina destacando que se hace necesaria “...una adecuada profesionalización -y “descontaminación política” de decisiones estrictamente administrativas-, garantizando así que la evaluación de las necesidades es adecuada [...] evitando la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad”¹¹⁵⁴. Para finalizar añadiendo que es imperativo este proceso educativo en aras a promover una nueva “cultura” en materia de contratos

¹¹⁵¹ Adaptación de preguntas a nuestra materia de estudio, provenientes desde Hernández y Vizán (2013), p.30.

¹¹⁵² Esta relación entre entes públicos, según PARADA VÁZQUEZ, puede definirse como la actividad que deben asumir los entes públicos para el ejercicio más eficiente de sus competencias, pero sin imperatividad ni coacción directa, ni siquiera recurriendo a la vía judicial (Parada Vázquez, 2017, op. cit., p.120).

¹¹⁵³ OCDE (2015c), op. cit., p.11. Tales herramientas aludidas, deberían abarcar: personal suficiente en términos de número y aptitudes, reconocimiento de la contratación pública como profesión específica, normas de integridad, y la existencia de una unidad o equipo que analice la información de las adquisiciones públicas y supervise el funcionamiento del sistema en su conjunto.

¹¹⁵⁴ Gimeno Feliú (2016a), op. cit., p.14.

públicos, la cual haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejada de prácticas clientelares, o de validación de proyectos claramente insostenibles¹¹⁵⁵, advirtiendo la profesora DÍEZ SASTRE que tal profesionalización “*Exige una apuesta decidida, ordenada y sostenida en el tiempo*”¹¹⁵⁶.

B. Pilar 2. Sistemas de datos e información oportunos

Una recomendación de la OCDE, que contribuye directamente a mejorar el control de la contratación pública, es permitir el acceso gratuito -a través de un portal en línea-, a todos los proveedores nacionales y extranjeros potenciales, la sociedad civil y el público en general, de toda la información sobre contratos públicos, garantizando así la visibilidad del flujo de fondos estatales desde el inicio del proceso de compra hasta su última etapa¹¹⁵⁷. Asimismo, la Comisión Europea al año 2017 ha establecido áreas prioritarias para la mejora de este sistema entre sus países miembros, alentando a sus Estados a aumentar la transparencia, integridad y calidad de los datos de compras, al igual que la digitalización de sus procesos¹¹⁵⁸.

Una precisión que es importante realizar antes de comenzar con este punto, es señalar que los datos son hechos crudos que pueden no ser muy útiles hasta que se convierten en información, es decir, una vez procesados se vuelven significativos y comprensibles para el receptor, transformándose en el tiempo en conocimiento. Como sostiene CHIAVENATO IDALBERTO, el dato es sólo un índice, una manifestación objetiva susceptible de ser analizada de modo subjetivo, exigiendo que el individuo lo interprete para manejarlo¹¹⁵⁹, y así posteriormente, lo transforme en información. Esta aclaración es relevante de advertir, sobre todo por lo manifestado por la OCDE, quien ha indicado que aunque los países miembros recopilan cada vez más datos básicos sobre adquisiciones, pocos hacen un análisis sistemático de ellos para medir el rendimiento de sus sistemas¹¹⁶⁰, dicho de otro modo, un reducido número transforma estos datos en información utilizable y entendible para la ciudadanía.

Desde un amplio prisma, las tecnologías de la información están cambiando nuestros trabajos y nuestras vidas. Las posibilidades que estas tecnologías abren -en lo referente a la disponibilidad y accesibilidad de la información así como a la rapidez y facilidad para distribuirla y compartirla- están

¹¹⁵⁵Gimeno Feliú (2013a), op. cit., p.42.

¹¹⁵⁶Díez Sastre (2018), ppt.9.

¹¹⁵⁷OCDE (2015c), op. cit., p.7.

¹¹⁵⁸Comisión Europea (2017b), op. cit.

¹¹⁵⁹Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., p.632.

¹¹⁶⁰OCDE citado por Comisión Europea (2016b), op. cit., p.7.

actuando a modo de motor en la transformación de las relaciones entre individuos y entre organizaciones¹¹⁶¹. Así, y en el mundo empresarial, el papel de esta información se ha convertido en crucial para determinar el éxito en todos sus ámbitos productivos¹¹⁶². Los datos precisos y accesibles a través de “bases de datos”¹¹⁶³ son esenciales para que los modelos de gobiernos corporativos puedan tener éxito. ERRIDGE et al también han concordado con lo mismo, añadiendo que las empresas encuentran que la disponibilidad de información sobre contratos pasados es una de las principales áreas de mejora para licitaciones competitivas, sosteniendo no obstante, que la falta o inexactitud de información sobre ello se traduce en un aumento de los costes. Donde no hay información clara, una prima de riesgo por parte de los proveedores puede ser incorporada en el precio al ofertar¹¹⁶⁴.

DRUCKER FERDINAND -el llamado fundador de la gestión moderna-, ya hace más de 20 años sostenía que todo ejecutivo o gestor necesita cuatro herramientas para un diagnóstico organizacional: información básica, información sobre productividad, información sobre capacidad, e información sobre los recursos y su distribución¹¹⁶⁵. Adicionando THOMPSON y STRICKLAN, que los sistemas de información organizacionales necesitan abarcar cinco áreas generales: a) Datos de los clientes, b) Datos de las operaciones, c) Datos de los empleados, d) Datos de los proveedores, socios y aliados colaboradores, y e) Datos del desempeño financiero¹¹⁶⁶.

En lo específico, y según el INAP, los sistemas de información interna en materia de aprovisionamiento deberían ofrecer, al menos, datos detallados sobre: a) Licitadores/contratistas, b) Adquisiciones anteriores, y c) La ejecución de contratos¹¹⁶⁷, debiendo agregarse un cuarto punto muy trascendente para el control: información oportuna sobre “cantidad, tipos de quejas y problemas del proceso” (debiendo ser gestionadas por un área de servicio al cliente y/o servicio de reclamos)¹¹⁶⁸. De esta forma, y como subrayan THOMPSON y STRICKLAND, la información para adoptar

¹¹⁶¹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.35

¹¹⁶² Sourcesuite (2013b), op. cit., p.2.

¹¹⁶³ La base de datos es un sistema de almacenamiento y acumulación de datos debidamente codificados y disponibles para procesarlos y obtener información (Chiavenato Idalberto, 1999, op. cit, p.632).

¹¹⁶⁴ Erridge et al (1999), p.37.

¹¹⁶⁵ Drucker Ferdinand (1995) citado por Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., p.42.

¹¹⁶⁶ Thompson y Strickland (2004), p.403

¹¹⁶⁷ INAP (2009), op. cit., pp.75-76.

¹¹⁶⁸ Sobre este cuarto punto, y como indica el Banco Mundial, uno de los principales objetivos de tener un repositorio de reclamos es obligar a que las autoridades puedan corregir sus errores y quejas. Esto último, trae como beneficio un aumento de la competencia, termina por bajar los precios, y aumenta la calidad de lo adquirido en favor de los ciudadanos o clientes. Luego, hacia los proveedores, ofrece una forma de expresar sus descontentos, lo cual aumenta la confianza de ellos en el proceso, terminando finalmente por animar a más empresas a participar en los concursos públicos (OCDE, 2014b, op. cit., p.2 y 33). Asimismo, y según la OCDE, cabe destacar que es necesario manejar las quejas de manera justa, oportuna y transparente, mediante el establecimiento de medidas que corrijan defectos, prevengan malas acciones, y fomenten la confianza de los licitantes, incluidos los competidores extranjeros. Siendo un aspecto clave en este proceso que la revisión de las quejas sea efectiva e independiente, entregando las soluciones adecuadas (OCDE, 2015c, op. cit., p.12).

mejores decisiones debe venir de todos los lados: desde la estadística, los informes y reuniones, y el contacto personal¹¹⁶⁹.

Desde un plano jurídico, MARTÍN MATEO ha planteado que la administración pública debe atender a los fines colectivos conociendo cuales son estas necesidades colectivas, es decir, tener conocimientos inmediatos de la realidad (información). Resaltando que esta visión directa sólo la pueden suministrar disciplinas no juristas, puesto que lo jurídico operará luego sobre los dictados de estas ciencias, plasmándolos en actividades ordenadas por el derecho¹¹⁷⁰. De igual modo, el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos” en España, ha indicado que las Administraciones no sólo deben atender a esta información como una cuestión sólo de modernización y de contribución al sistema económico, sino como una exigencia del servicio público: se trata de ser particularmente sensibles al cambio, de identificar, en este nuevo escenario, las oportunidades para servir mejor a los ciudadanos, de un modo más eficaz, definiendo las políticas adecuadas y aportando los medios necesarios para su implementación¹¹⁷¹. De esta manera, nos preguntamos entonces si quienes legislan sobre contratos públicos no poseen canales de información oportunos, veraces y completos sobre la realidad de la contratación, ¿Qué clase y calidad de reglamentación esperan aprobar sobre esta materia?

La relevancia que al presente se le atribuye a la información en el contexto organizacional, no debiese ser diferente en el ámbito de las compras del Estado. Sin embargo, todavía es un cimiento elemental que no es considerado como tal. En efecto, el Tribunal de Cuentas Europeo al año 2015, ha expresado que: *“La falta de datos suficientemente detallados y coherentes sobre la naturaleza y la magnitud de los errores de contratación pública en los Estados miembros, ha impedido un análisis exhaustivo y sólido de las causas subyacentes (disfunciones) a escala nacional y europea”*¹¹⁷². Habiendo advertido esta misma situación el Parlamento Europeo, quien en un estudio al año 2013 indicó -en relación a la corrupción y abuso de poder de la política de contratación-, que el impacto de estos vicios es difícil de medir debido a la insuficiencia de los datos empíricos, es decir, información disponible¹¹⁷³. A modo de referencia sobre esta necesidad, mencionamos el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las “Amenazas y obstáculos al mercado único” [Dictamen de iniciativa], punto 3.8, de 25 de enero de 2017.

¹¹⁶⁹ Thompson y Strickland (2004), op. cit., p.403. En las empresas, un sistema de información que es muy usado es el ERP (enterprise Resource Planning), el cual permite planificar los recursos y la gestión de la información de una forma estructurada. Ver mayor información en Muñiz González (2003), op. cit., pp.142-148.

¹¹⁷⁰ Martín Mateo (1996), op. cit., pp.21-64.

¹¹⁷¹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.35

¹¹⁷² Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.27.

¹¹⁷³ Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.23.

Es en base a lo anterior, que la OCDE ha indicado que se debe disponer de información al interior de los sistemas de adquisiciones (información financiera, presupuestaria, entre otras) que permita desarrollar una mejor comprensión del gasto, incluidos los costes administrativos. Esta información, puede utilizarse para mejorar la gestión de las adquisiciones, reducir la duplicación, y entregar bienes y servicios de manera más eficiente. Además, argumenta que tales sistemas de compras deben recopilar información coherente, actualizada y fiable, y utilizar datos sobre adquisiciones anteriores, en particular, en relación con los precios y los costes globales para estructurar nuevas evaluaciones de necesidades, ya que proporcionan una valiosa fuente de información y podrían orientar futuras decisiones en esta temática¹¹⁷⁴.

De igual manera, el mismo Tribunal de Cuentas de la UE ha señalado que a fin de facilitar el seguimiento de las actividades de contratación, *“Todas las instituciones de la UE deberían recopilar y analizar datos, tanto del número inicial de solicitudes de participación, como de las ofertas recibidas y el número de ofertas que se tuvieron en cuenta en la decisión de adjudicación final”*. Agregando que tales organismos deberían crear un único depósito de información relacionado con sus contratos públicos, el cual podría desarrollarse como parte de la plataforma de licitación electrónica de TED¹¹⁷⁵.

Por consiguiente, y evidenciando que tal información es clave en nuestros procesos de adquisiciones, ¿Cómo puede entonces un sistema de datos e información ser un pilar de apoyo al control en materia de contratos? Como se puede inferir, no debe ser sólo un pilar, sino la base de todo sistema de adquisición actual. Si no existe información sobre compras, no existe tampoco control. Los sistemas de datos y/o información constituyen un instrumento previo e imprescindible para desarrollar los procesos de planificación y control, hasta el punto que la supervivencia de las organizaciones de hoy y mañana se ve condicionada por su existencia, disponibilidad y eficaz dirección¹¹⁷⁶. Un sistema de información ofrece una mejor relación calidad-precio para los gobiernos, ayuda a evitar el fraude y la corrupción, promueve un análisis más inteligente, y entrega mejores soluciones para los problemas públicos¹¹⁷⁷.

El uso de la tecnología digital en el sector público, así como en las compras gubernamentales, es un instrumento de información que permite controlar la eficiencia y apoya la eficacia de las

¹¹⁷⁴ OCDE (2015c), op. cit., pp.11-13.

¹¹⁷⁵ Tribunal de Cuentas Europeo (2016), op. cit., p.9.

¹¹⁷⁶ Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.231.

¹¹⁷⁷ Ver información en <http://www.open-contracting.org/>, recuperado el 27 de diciembre de 2016 en contratacion-abierta-por-que/?lang=www.open-contracting.org.es.

políticas, permitiendo un gobierno más abierto, transparente, innovador, participativo y generador de mayor confianza. Estos sistemas de información pueden mejorar la transparencia, obligando a que por medio de los datos que recoge, las autoridades públicas sean más responsables¹¹⁷⁸.

Las relaciones e interconexiones de datos que nos ofrecen los sistemas de hoy, nos entregan análisis precisos y oportunos a un coste insignificante respecto al beneficio obtenido. Un proceso aislado dentro de un organismo público sólo nos dará visiones y decisiones sesgadas, sin entender que necesitamos cada vez más una perspectiva integral y completa de lo que está ocurriendo. De esta forma, podríamos señalar que existen dos elementos básicos para optimizar todo sistema de adquisiciones: el primero, es disponer de datos consolidados y oportunos; y el segundo, es buscar que estos datos sean de fácil acceso, detallados, transversales y que conversen entre sí en un formato que permita su análisis. Por ello, los sistemas informáticos que se adquieran en materia de contratos deben tener la característica básica de conversar con cualquier otro medio interno de gestión, es decir, deben poder intercambiar información (interoperables)¹¹⁷⁹ y ser de código abierto¹¹⁸⁰.

C. Pilar 3. Planificación de las adquisiciones y sus ventajas

“Aquel que cada mañana planifica la transacción del día y cumple con el plan, lleva un hilo que lo guiará a través del laberinto de la vida más ocupada. Pero cuando no se hacen planes, cuando la disposición del tiempo queda a merced de la posibilidad de incidencia, el caos reinará” (Victor Hugo, escritor francés 1802-1885).

De acuerdo a MINTZBERG HENRY, la planificación reside en descomponer un objetivo o conjunto de intenciones en pasos, formalizar esos pasos para que puedan ser implementados casi automáticamente, y articular las consecuencias o resultados anticipados de cada uno de ellos¹¹⁸¹. Este reconocido autor, ha sostenido que la planificación no puede generar estrategias, pero, dadas las estrategias viables, puede programarlas y hacerlas operativas.

¹¹⁷⁸ Unión Europea (2011b), op. cit., pp.250-252. Entre los países que le asignan una gran importancia a la gestión de información, podemos nombrar a Corea del Sur y su portal electrónico KONEPS; Portugal y su portal de datos BASE, la República de Irlanda y su Oficina de Contratación de Gobierno; el Reino Unido y sus bases de datos en línea; Estados Unidos y su Central de Compras; Chile y su sitio web Analiza, y países como Canadá, México, Colombia y Perú, entre varios más.

¹¹⁷⁹ Este concepto también es solicitado por la Directiva 24/2014 de la UE en su Considerando 53. Ver mayor detalle del término “interoperabilidad” en Gamero y Fernández (2016), op. cit., pp.406-407. La interoperabilidad será el motor de la administración electrónica, ya que es la capacidad de los sistemas de información, y por consiguiente, de los procedimientos a los que dan soporte, de compartir datos y posibilitar el campo de información y conocimiento entre ellos. La base es proporcionar estándares que puedan relacionarse y que sean accesibles a los ciudadanos. La interoperabilidad organizativa, la cual más nos importa, intenta fusionar procesos de diferentes organizaciones (Feijoo casado, 2009, p.163).

¹¹⁸⁰ Código Abierto (en inglés: Open Source), es el término con el que se conoce al software distribuido y desarrollado libremente.

¹¹⁸¹ Mintzberg Henry (1994), p.107 y 112.

La planificación es una forma de proceder a partir del estudio de diferentes opciones (MUÑIZ GONZÁLEZ)¹¹⁸². Proviene de planear, siendo esta actividad básicamente el seguir un curso de acción. Es sistematizar por adelantado los objetivos, las políticas, los programas, los proyectos y planes de acción, buscando asegurar la supervivencia organizacional y neutralizar la incertidumbre (TERRY y FRANKLIN)¹¹⁸³. Requiere que los gerentes o gestores sean conscientes de las condiciones ambientales que enfrentan para pronosticar las situaciones futuras, siendo tales pronósticos la base para la planificación (CARPENTER et al)¹¹⁸⁴. En resumen, diríamos por lo tanto, que es “*El proceso que determina los grandes objetivos de una organización y las políticas y estrategias que gobernarán la adquisición, uso, y disposición de recursos para conseguir tales objetivos*” (STEINER)¹¹⁸⁵.

¿Por qué la planificación es un pilar de apoyo al control en la contratación pública? La razón más funcional -que es la que nos interesa-, es debido a que nos proporciona dirección, asegurando que todos en la institución transitan por un mismo camino¹¹⁸⁶. La planificación provee un marco de referencia a la toma de decisiones, permitiendo el adecuado desenvolvimiento de las demás funciones administrativas, tales como la organización, la dirección, y sobre todo el control: no pueden detectarse desviaciones ni mucho menos corregirlas si no se han establecido previamente unos patrones de referencia sobre lo que es deseable¹¹⁸⁷. De este modo, GIMENO FELIÚ ha señalado que debe planificarse correctamente la necesidad a contratar, aludiendo al hecho que los responsables políticos deben ajustar más estrechamente el presupuesto a las prioridades estratégicas del organismo; y de la misma manera, los gestores financieros deben asegurar que el dinero se gaste conforme a las normas establecidas y alcance los resultados que con él se pretende conseguir¹¹⁸⁸.

La planificación de compras, o también operativamente podríamos llamarle: *listado de compras a realizarse en un período determinado con sus plazos y responsables*, nos posibilita tener claridad sobre qué se va hacer en esta materia durante un intervalo de tiempo, generalmente un año. Un trabajo de este tipo no posee utilidad si no se vigila constantemente (monitorizar), y menos si no se adecuan plazos u otros aspectos durante su ejecución, con el fin de ir corrigiendo desviaciones que

¹¹⁸² Muñiz González (2003), op. cit., p.45.

¹¹⁸³ Terry y Franklin (1996), op. cit., p.35. Un Plan, según estos autores, es el proceso de anticipar el hecho y determinar estrategias, con el fin de alcanzar los objetivos de la organización en el futuro. El Plan visualiza el futuro, anticipando el posible camino a seguir de los acontecimientos, con el propósito de delinear el desarrollo de las acciones futuras (mismos autores en pp.50-51).

¹¹⁸⁴ Carpenter M, et al (2012), op. cit., p.28.

¹¹⁸⁵ Steiner 1979 citado por Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.221.

¹¹⁸⁶ Ibid, p.112-113.

¹¹⁸⁷ Alegre et al (2000), op. cit., p.43.

¹¹⁸⁸ Gimeno Feliú (2016c), ppt.43.

puedan retrasar o frenar este plan¹¹⁸⁹. Como sostienen TERRY y FRANKLIN, se debe tener claro que todo intento de control sin planes carece de sentido, porque no se tendrá manera de saber si efectivamente se dirige a donde se quiere ir¹¹⁹⁰.

De este modo, este ejercicio de programar las adquisiciones requiere que las instituciones desarrollen la capacidad de estimar o pronosticar¹¹⁹¹. Tal actuación puede provenir de lo que hemos comprado anteriormente, es decir, analizar experiencias pasadas con la finalidad de predecir expectativas de compras futuras¹¹⁹². Lo anterior, por lo tanto, es una proyección estructurada del conocimiento previo para la cual se necesita algo indispensable: datos. Como afirma AYMERICH CANO, aquellas medidas que anticipen la información sobre la celebración futura de contratos, tiene un efecto beneficioso para las pequeñas empresas -al tener más tiempo éstas para preparar sus ofertas¹¹⁹³.

En las compras del Estado, hay varias situaciones que mejorarían con la existencia de planificaciones, y su posterior control, ¿Acaso tramitar continuamente un requerimiento de un mismo producto o servicio vía urgencia¹¹⁹⁴, o a través de contratos menores, no es falta de planificación y control? poseer un plan¹¹⁹⁵ de adquisiciones anual nos permite darnos cuenta de lo anterior, proporcionando condiciones más ventajosas y costes de procesos y transacciones bastante

¹¹⁸⁹ Una experiencia sobre lo manifestado, la apreciamos en las adquisiciones llevadas a cabo por Escocia, donde este gobierno publica a comienzo de cada año qué compras importantes (desde montos predefinidos hacia arriba) se realizarán durante este período, permitiendo así que los posibles proveedores puedan también programarse y buscar la mejor combinación de factores que les permitan realizar una mejor oferta. El propósito del anuncio previo (PIN) es dar más tiempo a los licitadores potencialmente interesados para que preparen sus ofertas para las próximas oportunidades de licitación, dando advertencia de los contratos que el Gobierno pretende desarrollar en los próximos 12 meses. La autoridad escocesa está obligada a publicar un PIN en el inicio del año, estableciendo los bienes o servicios que se propone adjudicar ese período, si el valor total de los contratos excede el pertinente límite (Mckenna Cameron CMS, 2014, p.8).

¹¹⁹⁰ Terry y Franklin (1996), op. cit., p.36.

¹¹⁹¹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas, p.14.

¹¹⁹² Chapman S. (2006), p.17.

¹¹⁹³ Aymerich Cano (2013), op. cit., p.148. En cuanto a la capacidad de pronosticar, existen tres categorías principales de proyecciones: cualitativos, causales y de series de tiempo. Tanto los métodos cualitativos como los causales tienden a requerir bastante información sobre los mercados externos y el entorno. Dado que buena parte de esta información no se encuentra disponible fácilmente para el gestor o gerente de operaciones. Los métodos de series de tiempo (que sólo exigen información de la demanda pasada), son los más atractivos de aplicar para la contratación pública (Chapman S., 2006, op. cit., p.17. Ver también este concepto y su clasificación en Roger G, Schroeder, 2004, “Administración de operaciones”. Concepto y casos contemporáneos. Mcgraw-Hill. pp.228-250).

¹¹⁹⁴ Esta vía es una excepción, y deberá ser motivada y declarada de forma expresa en el expediente por el órgano de contratación (Coscolluela Montaner, 2015, op. cit., p.438).

¹¹⁹⁵ Desde lo jurídico, podemos decir que el Plan puede distinguirse entre: operativos e indicativos. El primero es vinculante (coactivo) para todos a adecuar sus actuaciones a los objetivos y finalidades establecidas; el segundo, señala que sus previsiones son seguidas voluntariamente, señalando también este autor que los planes pueden llegar a ser mixtos (Martín y Sosa, 1974, p.57). Dentro de esta clasificación, del tipo de plan que hablaremos y que es necesario para nuestra contratación de hoy es el operativo.

menores¹¹⁹⁶. De igual manera, como indica GIMENO FELIÚ, el garantizar la evaluación adecuada de las necesidades de compra evita la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente definida¹¹⁹⁷.

¿Cuántas compras se repiten cada año en nuestras instituciones públicas? Es de seguro que fácilmente más del 90% de los requerimientos de este año, serán nuevamente requeridos al año venidero -obviamente dejando de lado compras de obras u otro tipo de adquisición específica poco recurrente -, por lo tanto, es absolutamente posible planificar y programarse con antelación respecto de qué compraré para mi próximo período, y así, en unos pocos procesos de compras, poder adquirir muchas unidades de un mismo producto o servicio, obteniendo mejores precios y condiciones. ¿Podríamos entonces aplicar el tipo de pronóstico de series de tiempo o demanda pasada a nuestras compras públicas? No se aprecia ninguna barrera operacional para no hacerlo, sólo las propias de una incidencia política en lo técnico que hay que buscar la forma de limitar.

¿Cuándo deberíamos planificar nuestras adquisiciones?, como lo sostiene el Tribunal Auditor Austriaco, la planificación debería estar terminada antes de iniciar cualquier procedimiento de contratación, y estar al día, adicionando que esta debería contener objetivos realistas en cuanto a sus plazos de ejecución. Este proceso, tendría que incluir una declaración del total de gastos previstos para el proyecto, y una planificación a largo plazo¹¹⁹⁸. Sin perjuicio de lo anterior, un factor que debemos considerar, como ya aludimos, es que en este proceso no actúa sólo la gestión, sino que también se presenta un componente político inestable (jefaturas y autoridades políticas), quienes finalmente decidirán o no su voluntad de planificar. Hay que recordar además que dependiendo del tamaño y la complejidad de la adquisición, esta etapa del proceso puede tardar meses antes de que el anuncio de licitación se publique.

Al presente, el programar las compras gubernamentales ya está siendo una práctica en los mercados de contratación pública de la UE, sosteniéndolo así la Directiva 2014/24/UE, la cual afirma que *“Se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos, con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la*

¹¹⁹⁶ Según el Banco Mundial, en su último estudio sobre las “mejores prácticas para las contrataciones públicas 2016”, define un Plan de Contratación como aquel generado por los gobiernos para establecer necesidades de compras en un lapso o período de tiempo, pudiendo ser un año, semestre o trimestre (World Bank Group, 2016, op. cit.).

¹¹⁹⁷ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.49.

¹¹⁹⁸ Respuesta de Austria al Cuestionario de la OCDE en INAP (2009), op. cit., pp.106-108.

*contratación...*¹¹⁹⁹. Adicionando en su Considerando 60, que los Acuerdos Marcos han sido ampliamente utilizados y son considerados una técnica de planificación eficiente en toda Europa¹²⁰⁰.

Complementando todo lo ya indicado, y situándonos ahora dentro del proceso interno de adquisición (ciclo de vida de la compra), debemos específicamente planificar dos acciones básicas: por un lado, hay que programar un calendario con las fechas e hitos importantes de la adquisición; y por otro, también preocuparnos de la “planificación propia en la ejecución de un contrato”.

Sobre lo primero, es necesario definir un calendario realista para todo el proceso de contratación. Suelen establecerse calendarios demasiado optimistas, lo que genera errores en las fases posteriores de ejecución. Por ejemplo, pueden ocasionarse errores en el proceso de contratación o graves problemas en la ejecución, debido a periodos de preparación de la licitación poco prudentes, limitando así el número de licitaciones e incidiendo en su calidad¹²⁰¹. En cuanto a la segunda acción, una buena planificación debe reducir al mínimo el riesgo de necesitar modificaciones de este compromiso o variaciones.

A tal último respecto, el informe del Tribunal de Cuentas Europeo, al año 2015, sobre la ejecución del gasto de los países de la UE en el ámbito de la cohesión, destaca que *“La planificación insuficiente de los proyectos y procedimientos de licitación, constituye otra fuente de error, sobre todo en lo que respecta a la modificación o ampliación de los contratos en la fase de gestión”*¹²⁰². Por ello, la Comisión Europea ha recomendado elaborar plantillas estándares con los pasos de la adquisición, disponiendo de procesos en relación con la planificación, ejecución y control de ella¹²⁰³. Como advierte GIMENO FELIÚ, hay que atender con especial interés la fase de ejecución de los contratos, con el fin que se entregue efectiva y eficientemente la prestación demandada, donde la

¹¹⁹⁹ Directiva 2014/24/UE. Considerando 59.

¹²⁰⁰ Tales Acuerdos, según la Unión Europea, son pactos suscritos con proveedores en los que se definen los términos y las condiciones conforme a los cuales pueden realizarse adquisiciones específicas (pedidos abiertos) durante la vigencia de un contrato. Un contrato marco, por sí solo, no es un contrato, pero la licitación para establecer un acuerdo marco está sujeta a las normas de adjudicación de los contratos de la UE. Los acuerdos marco pueden aplicarse a todos los tipos de contratos. No obstante, no significa que se trate del método más apropiado para adjudicar todos los contratos. Por este motivo, el poder adjudicador debe evaluar la conveniencia de utilizar el acuerdo habida cuenta de las ventajas y los inconvenientes que ello entraña en relación con las circunstancias del mercado en que se opera. El uso de acuerdos marco es más conveniente para los contratos que satisfacen necesidades establecidas y repetitivas, sin que se conozca con antelación el importe y el momento exacto en que se precisarán. Se pueden generar ahorros importantes en términos de tiempo, costes de productos y recursos. El historial relativo a los volúmenes constituye un factor fundamental en todas las contrataciones, pero todavía más en la celebración de acuerdos marco. Cuanta mayor precisión obtenga el proveedor en cuanto al volumen previsto de pedidos, más probable es que pueda presentar ofertas competitivas (Unión Europea, 2015c, op. cit., pp.14-15).

¹²⁰¹ Ibid.

¹²⁰² Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.23.

¹²⁰³ Comisión Europea (2015b), op. cit., p.4.

normativa respectiva debe tener una mirada completa de todas las fases del documento en cuestión¹²⁰⁴.

De esta forma, y en consecuencia, resulta que si no tenemos una gestión y control de lo programado, ni pensar entonces en cuantas multas se han dejado de percibir por las Administraciones por concepto de incumplimientos de contratos, decantando esta situación en tres preguntas claves: ¿Cuánto dinero ha dejado de ingresar el Estado por estos incumplimientos contractuales?, ¿Cuánto nivel de calidad estamos perdiendo en los productos o servicios adquiridos por no planificar?, y por último, ¿Cuánto tiempo más seguiremos acostumbrando a algunos proveedores a no cumplir con sus obligaciones pactadas?

Uno de los primeros efectos de no planificar, es tener que modificar el contrato al no haber previsto condiciones o situaciones complementarias pudiendo haberlo hecho. En otros casos, el no planificar produce situaciones que exigen un nuevo procedimiento de contratación, dejando a la anterior tramitación como un coste que terminan pagando todos¹²⁰⁵. Si hacemos “habitualmente” modificaciones en nuestros contratos comunes y recurrentes durante el año, algo anda mal. Necesitamos comenzar a planificar efectivamente, demandando a las autoridades y jefaturas tal ejercicio y compromiso. No es necesario planificar todas las compras, sino en un comienzo sólo aquellas más relevantes, críticas o urgentes, garantizando su seguimiento y buen término.

Hacia España, esta necesaria planificación debería instrumentalizarse y potenciarse, en parte, por un uso mayor de los Acuerdos Marco¹²⁰⁶, y una mejor utilización de las Centrales de Contratación, las cuales no sólo en la práctica sirven como órganos asesores para los entes adjudicadores, sino también como entidades que pueden centralizar la contratación de obras,

¹²⁰⁴ Gimeno Feliú (2013a), op. cit., p.48.

¹²⁰⁵ De acuerdo a la Directiva 24/2014 de la UE en su Considerando 107, “*Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial*”. Añadiendo que en todo momento, debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su precio hasta un determinado valor, sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Estos cambios, según el Considerando siguiente, deben ser posibles en todo contrato por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben proporcionar una discrecionalidad ilimitada a los poderes adjudicadores.

¹²⁰⁶ Ver aplicabilidad de estos Acuerdos Marco en España, en Capítulo II, Sección 1ª, 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.

servicios y suministros¹²⁰⁷. A tal respecto, cabe destacar la nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de Contratos Públicos, la cual obliga a programar la actividad de contratación, dando a conocer su plan de compras anticipadamente y sus presupuestos respectivos.

D. Pilar 4. Herramientas de control y/o evaluación efectivas

Finalmente, y como último pilar básico de apoyo para controlar nuestro objeto de estudio, hay que señalar que es necesario disponer de mecanismos útiles y efectivos para medir y/o evaluar qué y cómo estamos comprando. Lo manifestado, lo podemos ver enfatizado por la OCDE al año 2015, quien ha sostenido que es necesario evaluar periódica y consistentemente los resultados de los procesos de adquisiciones¹²⁰⁸; para luego al año 2016, afirmar que el mejoramiento de los mecanismos de monitorización debe ser una de las prioridades de las reformas para obtener eficiencia en esta materia¹²⁰⁹. De lo contrario, seguiremos teniendo ideas incompletas y parciales de cómo están funcionando nuestros contratos públicos, tomando decisiones poco confiables y legislando sobre temas no importantes.

Antes de continuar con este punto, diremos primero que entre el control y la evaluación hay ciertas diferencias que es necesario matizar. Mientras el primer concepto es más mecánico y verifica que las acciones se estén desarrollando de acuerdo a alguna norma o reglamento, el segundo incluye al anterior, sumando un mayor análisis, para posteriormente concluir y retroalimentar las situaciones encontradas con el fin de adoptar mejores decisiones¹²¹⁰. Según FUENTES VEGA et al, el control termina al señalar si un objetivo ha sido o no conseguido, los efectos que la política ha generado, y en su caso, la causa de las desviaciones que se hayan podido producir. En cambio, la evaluación tiene en cuenta los deseos de los usuarios del programa o actividad evaluada, al medir sus efectos directos e indirectos¹²¹¹. En la praxis, en muchos casos el control también analiza, concluye y propone, siendo este el objetivo que le atribuimos en esta investigación. No obstante, esta mayor incidencia y

¹²⁰⁷ Ver funciones y principios de estas Centrales, en Sección 4ª, Subsección 1ª, 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.

¹²⁰⁸ OCDE (2015c), op. cit., p.11.

¹²⁰⁹ Business and Industry Advisory Committee to the OECD (2014). “BIAC Economic Policy Survey 2014”, Citado por OCDE (2016b), op. cit., p.8.

¹²¹⁰ Un ejemplo de la importancia de evaluar la contratación pública, lo podemos evidenciar en el país de México, quien en su meta 2015-2016 de su plan de contratación nacional, establece un conjunto de indicadores que hacen factible dar seguimiento al comportamiento y evaluar la evolución de la contratación pública de las dependencias y entidades del Gobierno Federal, a fin de detectar áreas de mejora que incidan positivamente en la política de esta materia (RICG, 2015, op. cit.).

¹²¹¹ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.589.

responsabilidad en los organismos públicos, quedará en definitiva disponible a la discrecionalidad de la autoridad que lo realiza.

En resumen, el control compara estándares y muestra fallos; la evaluación analiza tales fallos y propone soluciones. De esta manera, la aplicación de tales conceptos no pueden seguir dependiendo de iniciativas del gobierno de turno, sino de una política de Estado que cumpla su rol constitucional de cuidar de los fondos públicos, y proteger los intereses ciudadanos.

¿Cómo nos aportan las herramientas de control y/o evaluación a la medición de la contratación pública? Básicamente, contribuyen a entregarnos evidencia sobre cómo se está desarrollando el proceso y sus partes, posibilitando con ello catastrar las problemáticas y deficiencias que necesitan ser enmendadas. Por tales razones, los controles y/o evaluaciones que realicemos deben adoptar las mejores técnicas, herramientas o sistemas disponibles, y el sector privado tiene bastante que decir al respecto, sobre todo desde sus cadenas de suministros. Hay experiencias organizacionales que han aplicado y aplican instrumentos de gestión, control y optimización (por ejemplo método Lean, Poka Yoke, Kaisen, 5s, Ciclo Deming, EFQM, ISO, entre varios otros), los cuales han producido cambios positivos e importantes en las estructuras productivas actuales, provocando grandes beneficios y un mejor servicio prestado al cliente¹²¹².

La implementación de tales herramientas de control es un tema que al parecer a toda la administración gubernamental interesa, pero que según la evidencia muy pocas se atreven a aplicar. Asimismo, es necesario puntualizar y resulta evidente, que tales mediciones no estarán ausentes de presentar resistencias por parte de los funcionarios, como igualmente de sus autoridades políticas. A este último respecto, MARTÍN MATEO sostiene que esta situación podría darse por no querer salirse de sus hábitos costumbristas, o por el poder de grupos internos de la Administración que no quieren cambios. En tal sentido, este autor señala que algunas medidas para contrarrestar lo anterior, pueden ser: crear adhesión de la aplicabilidad de tales instrumentos entre los mejores dirigentes internos (formales o no formales), potenciar estas herramientas en los liderazgos de los equipos, y convencer a figuras claves del organismo (personas que generen confianza y entusiasmo)¹²¹³. Sin olvidar, el buscar los incentivos y/o mecanismos de presión social hacia las autoridades políticas para focalizar su voluntad en desarrollar y poner en práctica tales mediciones.

¹²¹² Ver ejemplo de lo mencionado en mi trabajo “Herramienta de control y mejora: aplicación de Poka Yoke al proceso de contratación pública”. Revista de Auditoría Pública n° 68, año 2016, pp.83-94.

¹²¹³ Martín Mateo (1996), op. cit., pp.68-69.

Hay que acentuar que las pocas o escasas evaluaciones que realicemos, necesitamos usarlas para la real toma de decisiones, y no guardarlas en el cajón del escritorio, o simplemente utilizarlas para dejar en paz las conciencias de las autoridades políticas de que se está haciendo algo. Igualmente, no hay que olvidar que la mejor herramienta de control de la contratación no es la que se ha adaptado a más instituciones, ni la más económica o fácil de usar, sino finalmente, aquella que independiente de sus características: se aplica por muy compleja o simple que pueda ser en un comienzo.

2. SIETE HERRAMIENTAS DE CONTROL INTERNO COMO PROPUESTA INSTRUMENTAL PARA MEDIR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Conforme a GIL-ROBLES, existen herramientas de control definidas como cualquier medio que permiten al controlante llevar a efecto la comprobación o comparación con una norma respectiva, y poner en práctica las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Estos medios, en el derecho público, vienen siendo muy variados, nombrando por ejemplo: informaciones, inspecciones, intervenciones, declaración de competencias, impugnaciones, autorizaciones, recursos, aprobaciones, entre otros¹²¹⁴.

Hacia la gestión pública, la utilización de estas herramientas por parte de las Administraciones se justifica en las cartas fundamentales de cada país democrático, las cuales exigen cuidar de los recursos públicos, y a la vez optimizar su utilización en favor de un bien común. Esto último, ha promovido un escenario en donde el examen legal y presupuestario ha pasado a ser un factor elemental en esta garantía de uso de dineros estatales, pero a la vez, insuficiente para lograr un control integral de tales recursos, siendo necesarias otras herramientas de gestión complementarias en tal tarea. Por este motivo, resulta imperativo disponer de medios de control interno ad hoc con la función pública y su contratación, brindando así los canales de información oportunos que necesita para cumplir con sus objetivos efectivamente.

De esta forma, y atendiendo a esta necesidad subyacente, destacaremos siete herramientas de control interno que dividiremos en cuatro áreas: a) Retroalimentación de información institucional b) Diagnóstico, c) Programación o planificación del trabajo, y d) Prevención y/o verificación de cumplimiento de objetivos. Tales herramientas, las describiremos y aplicaremos como referencia práctica para nuestro proceso de contratación, buscando que sean un mecanismo útil para mejorar y potenciar el control respectivo.

¹²¹⁴ Gil-Robles (1986), op. cit., p.39.

Antes de comenzar, debemos enfatizar que estos instrumentos de control se utilizan con habitualidad en el sector privado desde hace bastantes años, y son parte esencial de sus estructuras organizacionales que le han permitido logros exitosos en términos de rentabilidad y crecimiento, además de mejorar continuamente la satisfacción de sus clientes.

a) Herramienta de retroalimentación de información institucional

1) Sistema o buzón de denuncias funcionarias. La primera herramienta de este control que destacaremos y llamaremos “sistema o buzón de denuncias funcionarias”, nos permite saber qué está ocurriendo en lo referente a malas prácticas o conductas que estén fuera de la Ley -sobre todo ante casos de fraudes o malversación de fondos en materia de contratos. Este instrumento, consiste en implementar algún sistema interno, procedimiento o disposición normativa institucional, que indique cómo cualquier funcionario puede realizar denuncias anónimas que tengan relación con adquisiciones públicas.

De esta manera, todo tipo de delito en referencia a las transacciones que se realicen en el proceso de compra, puede ser denunciado a las autoridades internas por medio de vías seguras y reservadas para ello. No obstante, tal sistema no debe buscar ser un acumulador de denuncias y casos de malas praxis y corrupción, sino esencialmente, ser un instrumento disuasivo, el cual disminuya la probabilidad de cometer ilícitos. Además, debe servir para dilucidar en qué partes del proceso existen vulnerabilidades que están causando tales malas prácticas y así corregirlas.

Un sistema como el mencionado, debe comunicarse a todo el organismo, estableciendo con claridad las vías de denuncia y las sanciones a las que está sujeto el funcionario que esté en conocimiento de un hecho ilegal, y no lo ponga de manifiesto.

b) Herramienta de diagnóstico

1) Análisis DAFO. Una herramienta de diagnóstico muy usada en todo tipo de organizaciones por su simplicidad, es el análisis DAFO (examen de Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades). Este instrumento, posibilita ofrecer una visión global de la situación organizacional tanto interna como externa. Su método, es que todas las partes involucradas en la actividad identifiquen las

debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades que puedan afectar en mayor o menor medida a la consecución de los objetivos¹²¹⁵.

De este modo, el aplicar este análisis a nuestro proceso de contratación nos permitirá saber qué problemas relevantes está teniendo nuestro proceso, y cómo mediante esta clasificación podríamos proponer planes de acción para atacar cada disfunción encontrada. El DAFO, es una herramienta de muy fácil aplicación y de bajo coste, la cual podría implementarse en nuestra materia objeto de estudio siguiendo los siguientes pasos:

1. *Elaborar un Plan DAFO para el área de contratación pública.* Definir en un documento: objetivo del plan, metas, plazos, alcances y recursos necesarios para llevar a cabo las compras de un año. Este trabajo debe ser una tarea conjunta entre los directivos o jefaturas del área y sus empleados.
2. *Presentación de este Plan DAFO a toda el área de compras,* explicando sus objetivos y solicitando el compromiso y participación de todos (Validar el Plan).
3. *Si ya está validado e informado el Plan, comenzar a ejecutarlo* a través de reuniones de trabajo con toda el área de contratación mediante una lluvia de ideas o percepciones acerca de cuáles son las: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades que existen -si es un área muy extensa se puede realizar por unidad y luego unir toda la información. Se pueden priorizar los aspectos encontrados y atacar posteriormente sólo aquellos más relevantes.
4. *Recoger la información en punto anterior,* ordenarla, redactarla correctamente y clasificarla según los cuatro aspectos que componen esta herramienta.
5. En una segunda etapa, *realizar reuniones de trabajo con toda el área de compras* mostrando las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades halladas, con el fin de comenzar a buscar qué acciones se pueden aplicar para “potenciar” las fortalezas y oportunidades; y a la vez qué acciones pueden existir para “eliminar o disminuir” las debilidades y amenazas.
6. Posteriormente, se debe *construir un documento con lo realizado previamente* para validarlo con el área en cuestión.
7. Finalmente, crear un *cronograma de trabajo* con las acciones validadas, plazos y responsables de llevarlas a cabo, a fin de completar este DAFO y empezar con su ejecución y control¹²¹⁶.

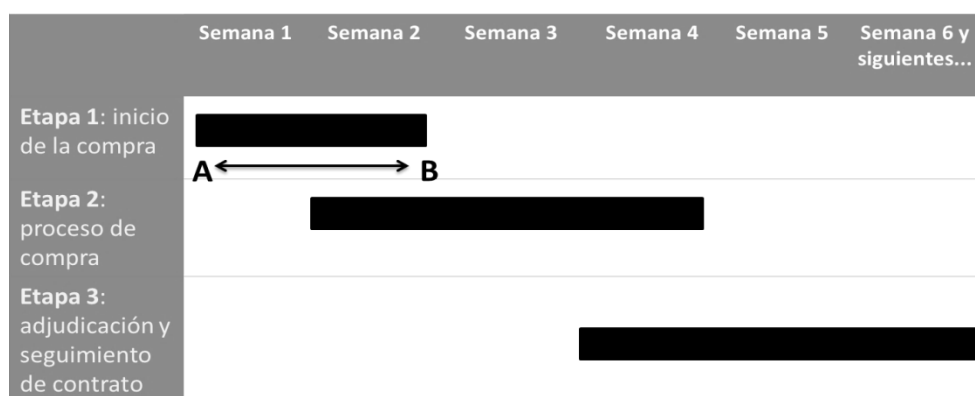
¹²¹⁵ Ver detalle de los componentes que forman el DAFO en Ministerio de Fomento (2005), op. cit., p.1. Antes de comenzar con la implementación de este análisis, el primer paso es definir la misión, visión y valores de la organización. Estas definiciones serán determinantes, junto con el DAFO, para definir los objetivos estratégicos. Finalmente, en base a esos objetivos, se deberán marcar las estrategias que deberán adoptarse y las líneas concretas de actuación junto con sus planes de acción para conseguirlos (Gargallo Ana, 2004, “La innovación educativa como respuesta a las nuevas necesidades: un análisis DAFO”. XII congreso de innovación educativa en las enseñanzas técnicas, pp.2-3).

c) Herramienta de programación o planificación del trabajo

1) **Carta Gantt.** El diagrama o carta Gantt, es una sencilla herramienta visual que sirve no sólo para programar el trabajo de acuerdo con las prioridades, sino también para evaluar rápidamente el estado de todas las tareas, tanto para conocer al instante su situación como para modificar el orden según se necesite¹²¹⁷. Muestra las relaciones de tiempo entre los sucesos de un programa de producción¹²¹⁸, así como el uso de los recursos¹²¹⁹, señalando qué tareas están a tiempo y cuáles están adelantadas o atrasadas.

Aplicada a la contratación pública, esta herramienta puede ejecutarse, por ejemplo, al programar una compra con todas sus etapas respectivas de la siguiente manera:

“CARTA GANTT: CICLO GENÉRICO DE UN PROCESO DE CONTRATACIÓN PARA UNA COMPRA CUALQUIERA”



Cuadro 14. Elaboración propia.

En este diagrama o planificación, podemos apreciar que las fases de contratación están situadas en el eje vertical y el tiempo en el eje horizontal. Cada una de las tres etapas del ciclo de compra tienen una fecha de inicio y término, reflejadas por la letra A y B respectivamente, las cuales en este caso están en semanas. Lo importante de este tipo de programación, es que posibilita apreciar cuánto tardará cada fase, pudiendo por consiguiente programar por ejemplo: horas hombre por cada etapa, controles y monitoreo, fechas de aprobación, firma de documentos, fecha de recibo del producto o servicio, etc. Como vemos, este diagrama puede ser muy útil sobre todo para planificar compras complejas o de grandes montos, y asimismo, ser una fuente de información fiable para supervisar todo el ciclo respectivo.

¹²¹⁶ Por último, es importante destacar que identificar y colocar en un papel los cuatro elementos del DAFO no es suficiente para obtener su beneficio. Éste proceso entregará resultados cuando las lecciones en torno a la situación de la organización - provenientes de estos cuatro análisis- se hayan asimilado por los empleados (Thompson y Strickland, 2004, op. cit., p.129).

¹²¹⁷ Chapman S (2006), op. cit., p.181.

¹²¹⁸ Wehrch et al (2012), op. cit., p.522.

¹²¹⁹ Render y Heizer (2014), op. cit., pp.595-596.

d) Herramientas de prevención y/o verificación de cumplimiento de objetivos

1) Matriz de riesgo institucional. De acuerdo a la OCDE, y en una de sus recomendaciones relevantes en materia de contratos públicos, este organismo aconseja que las instituciones públicas integren estrategias de gestión de riesgos para identificar y abordar amenazas a lo largo del ciclo de vida de la compra, incluyendo con ello difundir tales estrategias en la institución¹²²⁰.

Una matriz de riesgo, es una herramienta que propicia cumplir con el objetivo anterior, siendo una estructura (lista) de peligros organizacionales que permiten visualizar las posibles amenazas que puedan afectar la consecución de los objetivos generales, así como la salud del organismo. Es la actividad de definir los riesgos provenientes desde lo financiero, objetivos estratégicos y operacionales, entre otros, derivados del mapa de procesos o cadena de valor del organismo, o en su defecto, del ciclo completo de contratación. Conforme a lo indicado por Transparencia Internacional, hay tres fases principales para la elaboración de una matriz de riesgo: diagnóstico, evaluación de riesgos y gestión de riesgos¹²²¹.

La elaboración de esta matriz, tanto para la contratación pública como para cualquier otra área interna, debe estar en consecuencia, sustentada previamente en los siguientes pasos:

PASOS PARA APLICAR UNA MATRIZ DE RIESGOS EN UN SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1.	Elaborar una política de riesgos
2.	Describir el proceso para analizar los riesgos del sistema de compras (cómo se realizará)
3.	Identificar y elaborar una lista de riesgos que afectan al sistema de contratación en la institución
4.	De tal lista anterior, clasificar un ranking de los riesgos según su gravedad y posibilidad que ocurrencia (mayor a menor)
5.	Implantar un “plan de tratamiento de riesgos” (como serán tratados o qué acciones concretas se harán con ellos), creando así una matriz de riesgos para contratación pública.
6.	Finalmente, monitorizar y examinar durante su transcurso tales riesgos y verificar el cumplimiento de su tratamiento.

Cuadro 15. Fuente. Pasos de matriz de riesgos adaptados desde Storkey Ian (2011), p.7

La utilidad que nos entrega este instrumento de control, es describir e identificar que posibles situaciones nos pueden afectar a nuestros objetivos parciales y finales en compras. Su aplicación, por lo tanto, es ideal que pueda ser desarrollada entre el área de contratación y la de auditoría interna del organismo, debiendo existir una cooperación y colaboración permanente entre ambas.

Como todo instrumento de información que apoya y ayuda a la gestión, debe monitorearse continuamente. No obstante, no podemos dejar este seguimiento sólo a la unidad de auditoría interna,

¹²²⁰ OCDE (2015c), op. cit., p.12.

¹²²¹ Transparencia Internacional citada por AEVAL (2016), op. cit., p.58.

sino que debe definirse un responsable que vigile esta matriz desde el área de compras, y entregue los avisos correspondientes cuando existan situaciones que pueden poner en peligro alcanzar los objetivos de la unidad.

2) Auditorías. En un estudio al año 2015, llevado a cabo por la Universidad de Gotemburgo, Suecia, y a través de su Instituto para la Calidad de Gobierno, tal organismo sostuvo que existe una importante correlación positiva entre la existencia de un marco de control del sector público vinculado con las actividades de auditoría, y la mejora de su comportamiento y de sus indicadores¹²²².

Al igual que para el control externo, las auditorías son una herramienta completa y común dentro de las organizaciones de hoy en día. Comprende una parte del examen de regularidad y de conformidad, y una parte de control de eficacia bajo presupuestos de mejora. La auditoría recoge información, pregunta y escucha, a fin de analizar y apreciar el empleo de los recursos, además de cuestionar la gestión de la organización en relación a un referencial que viene dado y que permite conocer a los auditados¹²²³. Desde los tipos existentes, la podríamos separar desde un amplio prisma en auditorías de regularidad (cumplimiento legal o normativo) y de gestión (análisis de eficiencia, eficacia y economía).

En el sector público, la auditoría está constituida por el conjunto de principios, normas y procedimientos encaminados a obtener certidumbre adecuada y suficiente para informar sobre los distintos aspectos de carácter económico-financiero de una entidad. Tal trabajo, por consiguiente, se lleva a cabo para advertir de lo sucedido a los órganos directivos responsables de la gestión interna, a órganos políticos superiores, o ambos¹²²⁴. En consecuencia, podemos decir que esta herramienta en el aparato gubernamental, constituye un proceso sistemático para obtener evidencia relevante y suficiente respecto de la información concerniente a la situación normativa y económica de una entidad, con el objetivo de establecer el grado de correspondencia entre dicha información y principios y normas establecidos¹²²⁵.

En la práctica de la contratación pública, este instrumento puede tener objetivos y alcances bastantes variados. Algunas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) pueden verificar si se han seguido buenos ejemplos en la gestión de esta área, mientras que otras, se pueden concentrar en

¹²²² Benítez Palma (2016), op. cit., p.15.

¹²²³ Ibid.

¹²²⁴ Montesinos Julve (1994), p.435.

¹²²⁵ López y Ortiz (2005), op. cit., p.514.

cuestiones de cumplimiento formal. De esta manera, un auditor puede investigar en un proceso de compra: si éste funciona de manera eficiente; mirar todos o algunos de los procedimientos de contratación para concluir si salvaguardan la competencia, o si poseen una buena relación calidad-precio; buscar que el fraude y posibles actos de corrupción se manifiesten; entre otras más investigaciones¹²²⁶.

En términos de rendimiento, un auditor puede evaluar si el procedimiento y las decisiones adoptadas cumplen con los criterios de “tres E” -economía, eficiencia y eficacia. Economía, se centra en el pago del precio más barato para los bienes y servicios similares; eficiencia, conseguir la máxima producción de bienes y servicios para una determinada entrada de recursos de la administración pública (no sólo dinero); y eficacia, evaluar si el rendimiento obtenido -como una salida de mercancías o servicios adquiridos- cumple con los objetivos planteados¹²²⁷.

Hay que destacar que diferentes países han admitido el papel esencial de esta herramienta para detectar e investigar el fraude y la corrupción en los contratos, así como en aceptar sugerencias para mejorar sus sistemas¹²²⁸. Los enfoques utilizados en la UE aplican usualmente un procedimiento normalizado, y llevan a cabo sus auditorías basándose en listas de comprobación predefinidas. Sus verificaciones se centran, en mayor medida, en la fase de licitación, pero también abarcan aspectos como la preparación de la licitación y la gestión de los contratos¹²²⁹. En estos Estados, se observa en particular que todos los organismos de auditoría siguen el ejemplo establecido por la metodología desarrollada por el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE)¹²³⁰.

Si comparamos algunos enfoques de esta herramienta aplicados en materia de contratos públicos, a nivel internacional, podemos comprobar que tanto la Comisión Europea (UE); Autoridades de Auditoría del FEDER; Fondo de Cohesión y FSE; Entidades Fiscalizadoras

¹²²⁶ SIGMA (2013), op. cit., pp.2-3. Para los órganos que forman parte del sistema de gestión y control de los fondos estructurales y de cohesión (la Comisión Europea y las autoridades de auditoría), las constataciones de auditoría en el ámbito de la contratación pública se utilizan para decidir si imponer correcciones financieras, esto es, recuperar la cofinanciación pagada indebidamente por la Comisión Europea al Estado miembro o, tratándose de las autoridades de gestión sobre la base de las constataciones de la autoridad de auditoría, descertificar gastos previamente declarados como subvencionables a tal Comisión. Además, estas inspecciones proporcionan información valiosa sobre la eficacia de los controles de gestión existentes (Weber y Witkos, 2013, op. cit., pp.30-40).

¹²²⁷ INAP (2009), op. cit., pp.105-106.

¹²²⁸ Ibid. Las auditorías internas son utilizadas en algunos países como Bélgica, Finlandia, Suiza y Reino Unido, aunque la mayoría de éstos usan el sistema de auditoría externa, realizada sobre todo por instituciones de alto nivel con jurisdicción sobre todo el servicio público. Por ejemplo, en Finlandia y Suiza, la Oficina Auditora del Estado se ocupa de auditar externamente las finanzas y las actuaciones de los departamentos dedicados a la contratación pública.

¹²²⁹ Weber y Witkos (2013), op. cit., pp.30-40.

¹²³⁰ El TCE aplica un enfoque altamente normalizado al fiscalizar la contratación pública en el ámbito de la los Fondos Estructurales y de Cohesión con respecto a las legislaciones nacionales y de la UE. El elevado grado de normalización en las auditorías de la contratación pública, y la utilización coherente de una tipología de errores predefinida a lo largo de varios años, distingue el enfoque del TCE del de cualquier otro órgano activo en este ámbito.

Superiores seleccionadas (EFS) de la UE; entre otros organismos como la ONU y la OCDE¹²³¹, verifican sus procedimientos de contratación en sus distintas fases: previa a la licitación, durante la licitación y con posterioridad a la adjudicación del contrato. Además, la cobertura y el alcance de tales auditorías así como la orientación de su trabajo, varían según el mandato y las tareas de la institución en cuestión¹²³².

Finalmente, y como acción práctica al implementar esta herramienta sobre nuestro proceso de aprovisionamiento, deberíamos en consecuencia focalizar nuestra acción en indagar los siguientes aspectos como mínimo: a) Segregación de funciones, b) Controles adecuados de entrada y salida de requerimientos (comprobar también los servicios), c) Monitorizar inventarios periódicos (si es que existen), d) Revisión de autorizaciones adecuadas, y, e) Comprobación de documentos¹²³³. Asimismo, y según SIGMA, el desarrollo de una auditoría en esta materia podríamos dividirla en tres partes: a) Definición de las necesidades, b) Procedimiento de adjudicación del contrato, y c) Gestión del contrato hasta su finalización¹²³⁴. De este modo, tal herramienta ofrecerá la oportunidad a los licitadores y otros interesados para enfrentarse al proceso y verificar la integridad de la adjudicación¹²³⁵ (a mayor ahondamiento sobre cómo implementar una auditoría en un proceso de compra, ver “Propuesta de acciones de control interno que una auditoría puede ejecutar para mejorar la gestión de la contratación pública” en anexo 11).

3) Indicadores de gestión. Según la OCDE, en materia de contratos públicos se hace necesario elaborar indicadores para evaluar el rendimiento, la eficacia y los ahorros del sistema, tanto para una evaluación comparativa, como para apoyar la formulación de sus políticas estratégicas¹²³⁶.

¹²³¹ La OCDE, por su parte, ha elaborado una serie de directrices relativas a la auditoría de la contratación pública en las que plantea recomendaciones a fin de evitar el despilfarro, el fraude y la corrupción, abarcando todas las fases del ciclo de contratación pública: la fase previa a la licitación, la licitación y la fase posterior a la adjudicación. Tales directrices contienen también un mapa de riesgos para la integridad en varias etapas del proceso, y una lista de comprobación en la que indica los pasos a seguir para responder a los riesgos identificados.

¹²³² Weber y Witkos (2013), op. cit., pp.30-40.

¹²³³ Bosh Ferré (1991), pp.68-77.

¹²³⁴ Por lo que respecta a quienes conforman un equipo de auditoría, debemos añadir que estos deben poseer en conjunto el conocimiento, las cualificaciones y la especialización necesaria para completar la inspección con éxito. Esto incluye comprender y tener experiencia práctica en el tipo de auditoría que se va a realizar, estar familiarizado con las normas y la legislación aplicables, conocer las operaciones de la entidad y tener la capacidad y la experiencia necesaria para aplicar un juicio profesional. Conjuntamente con ello, las actuaciones realizadas por los auditores deberían adicionar las siguientes pautas de conducta: a) Las actuaciones deberían ir encaminadas a realizar un análisis de riesgos y control de los mismos, reduciendo los existentes, y b) Las actuaciones deberían estar regidas por los principios de transparencia y participación, lo que implicará una mayor cooperación entre los auditores y los órganos gestores auditados, produciendo una confianza mutua entre los mismos (Martín y Rodríguez, 2015, op. cit., p.24; y Salamanca Gómez, 2010, op. cit., p.63 y 75).

¹²³⁵ INAP (2009), op. cit., p.118.

¹²³⁶ OCDE (2015c), op. cit., p.11.

Un indicador, es la expresión de medida de un atributo (A. SANÍN)¹²³⁷, o simplemente, puede ser visto como una “medición” (SALGUEIRO ANABITARTE)¹²³⁸. Los indicadores de gestión permiten estimar la economía, eficiencia y eficacia con que se prestan los bienes y servicios públicos. Ayudan a definir y medir el progreso de la organización hacia sus metas¹²³⁹. Son las reglas de cálculo y/o ratios de gestión que sirven para valorar el cumplimiento de los objetivos estratégicos (MARTÍN y REYES)¹²⁴⁰, en donde su comparación con medidas anteriores y futuras, nos permite realizar el seguimiento del desempeño (FEMP)¹²⁴¹. De esta forma, el factor clave es lo que es necesario medir; y el indicador, es cómo medirlo (FUENTES MORENO)¹²⁴².

Tales indicadores -que según AEVAL deben definirse claramente de modo que su contenido y significado no resulte ambiguo para el lector ni para las personas que proporcionan o recogen la información¹²⁴³-, son funcionalmente medidas del rendimiento de los procesos que permite realizar comparaciones con referentes internos y externos, fijar metas y objetivos, y detectar oportunidades de mejora, al mismo tiempo que cuantificar el impacto posterior de tales acciones de mejora que se implanten. Por este motivo, tales ratios se constituyen como piezas clave para el control del cumplimiento de los objetivos, para su revisión y optimización de resultados¹²⁴⁴.

De este modo, para que un indicador funcione, es necesario que sea medible (se pueda verificar su cumplimiento), esté disponible (exista la información para construirlo)¹²⁴⁵, y resulte determinante (que sean los que mejor expresen el resultado que se espera)¹²⁴⁶. Sólo obtendremos beneficios de ellos, cuando las medidas sean representativas de la mejora buscada, y sean fáciles de encontrar y evaluar¹²⁴⁷.

¹²³⁷ Sanín A (1999), op. cit., p.5.

¹²³⁸ Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., p.11.

¹²³⁹ NHS (2010), p.140.

¹²⁴⁰ Martín y Reyes (2008), p.24.

¹²⁴¹ Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.49.

¹²⁴² Fuentes Moreno (2013), p.23.

¹²⁴³ AEVAL (2016), op. cit., p.45.

¹²⁴⁴ Junta de Castilla y León (2004), op. cit., p.84. En relación a sus tipos o clases según su naturaleza, podríamos mencionar los indicadores de resultados y los referidos al desarrollo de los procesos. O también como indica Salgueiro Anabitarte, podríamos dividir los indicadores en tres tipos: preindicadores (se identifican antes que ocurran los hechos), concurrentes (similares a los de proceso), y terminales (se pueden crear sólo cuando terminan las actividades) (Salgueiro Anabitarte, 2001, op. cit., p.7).

¹²⁴⁵ Un factor importante a considerar cuando comenzamos a aplicar indicadores, es primero que todo preocuparse de tener sistemas de información accesibles y oportunos que abastezcan de datos a tales indicadores. Muchas veces enfocamos todo nuestro esfuerzo en elaborar indicadores bien diseñados y contruidos, sin darnos cuenta que no van a servir de mucho si no tenemos oportunamente y accesiblemente los datos al interior de la institución para alimentarlos. Una buena práctica al respecto, es revisar las fuentes de información existentes al momento de crear la propuesta inicial de indicadores.

¹²⁴⁶ Sanín A (1999), op. cit., p.35. Para mayor detalle y complemento, ver también Salgueiro Anabitarte, 2001, op. cit.

¹²⁴⁷ Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., p.6.

En lo relativo a la contratación pública y su proceso, la OCDE ha estado constantemente elaborando indicadores para medir el desempeño de estos sistemas, entendiendo que todo órgano público debería atender a crear estos ratios para examinar sus siguientes cuatro temas: a) Eficiencia del ciclo de compra, b) Apertura y transparencia del proceso, c) Profesionalismo de la fuerza de trabajo, y d) Gestión de contratos y desempeño de los proveedores¹²⁴⁸. Asimismo, también se podrían crear estos ratios en base a criterios como: disfunciones más relevantes que necesitan medirse, fases claves al interior del proceso de compra, o simplemente, prioridades que defina la autoridad, entre otras¹²⁴⁹.

Como ejemplo de la importancia de lo anterior, podemos mencionar la experiencia de Hungría y la implementación en su contratación pública del sistema de “Red Flags” (banderas rojas), el cual básicamente es la aplicación de un gran número de indicadores que están sustentados en un sistema informático que detecta y alerta el riesgo de corrupción en los procesos de adquisición¹²⁵⁰.

4) Cuadro de Mando Integral. Por último, y como cuarta herramienta en este ámbito, destacamos el Cuadro de Mando Integral. Este completo instrumento, permite evaluar el desempeño organizacional asignando indicadores para tal medición, permitiendo así realizar un seguimiento funcional que optimiza resultados¹²⁵¹. Es un marco diseñado para trasladar -desde una organización- la visión, misión y estrategia, cuantificar sus metas y objetivos, y monitorizar el desempeño de tal organización en términos de lograr sus metas¹²⁵². Es un soporte de información periódica pensado para facilitar la consecución de los objetivos estratégicos, la toma de decisiones y para informar de las desviaciones sobre factores claves¹²⁵³. Se vuelve una herramienta integral, cuando abarca las dimensiones o partes más relevantes de la entidad¹²⁵⁴, pudiendo ser usado para cualquier área interna de ésta, como lo puede ser la contratación pública.

¹²⁴⁸Página web institucional. Recuperado el 7 de octubre de 2016 en <http://www.oecd.org/gov/ethics/procurement-key-performance-indicators.htm>; y Magina Paulo (2014), op. cit., ppt.12-18

¹²⁴⁹ En España, y desde un diagnóstico general, podemos inferir que existe una escasez de indicadores de gestión en la medición de la acción pública al igual que en materia de contratos. Tal carencia, podría ser abordada con una reforma legal para introducir nuevas exigencias de remisión de información a los OCEX por parte de las entidades fiscalizadas. Como primer paso, bastaría con elaborar ratios que permitan hacer una evaluación comparativa (benchmarking). Para ello, se debería exigir a todas las entidades que forman parte del Sector Público, un esfuerzo adicional para que definan unos objetivos claros y fiscalizables en sus respectivas memorias y programaciones presupuestarias (Fernández Llera, 2009, op. cit., p.148).

¹²⁵⁰ Ver presentación de Léderer Sándor de marzo de 2018 en Fundación Ciudadana CIVIO. Recuperado el 3 de mayo de 2018 en <https://civio.es/laboratorio-de-innovacion-en-la-contratacion-publica/>

¹²⁵¹ NHS (2010), op. cit., p.140.

¹²⁵² Carpenter et al (2012), op. cit., p.666.

¹²⁵³ Fuentes Moreno (2013), op. cit., p.23.

¹²⁵⁴ El Cuadro de Mando Integral, se concibe como una filosofía práctica de gestión organizacional desarrollada en la Universidad de Harvard por los profesores Robert Kaplan y David Norton en 1992.

Así, este instrumento transforma la visión y la estrategia en objetivos e indicadores organizados en cuatro diferentes perspectivas: *Perspectiva financiera*. Busca mejores resultados económicos; *Perspectiva procesos internos*. Busca mejora de los procesos; *Perspectiva cliente*. Busca clientes más satisfechos; y *Perspectiva de aprendizaje y crecimiento*. Busca mejora en la actuación de los empleados¹²⁵⁵.

En lo que respecta a nuestra materia de contratos, poseer un cuadro con indicadores que entregue información efectiva, oportuna y constante, sobre cómo se están desarrollando los procesos o etapas, resulta crucial como herramienta para dar solución a problemas frecuentes y adoptar medidas correctivas concretas. Así, como primer paso para su aplicación será necesario que el área en cuestión desarrolle un programa sistemático de consenso y claridad que permita traducir su estrategia o plan anual en objetivos e indicadores claros¹²⁵⁶. La clave para el éxito de este instrumento, está por lo tanto, en la correcta identificación de indicadores que mejor recojan y expresen los objetivos, y de esta forma, el significado de la estrategia del área de contratación¹²⁵⁷.

¿Cómo implantamos un Cuadro de Mando Integral en un sistema de compra pública? Desde una óptica general, diremos primeramente que una vez definida la visión, la misión y la estrategia en el ámbito de la contratación institucional, se deben establecer o definir los objetivos estratégicos. Luego, y con el fin de hacer operativos tales objetivos, se deben establecer los correspondientes indicadores financieros y no financieros, así como sus valores previstos. Estos objetivos estratégicos, deben concretarse en acciones o actividades que aseguren su consecución. Así, a cada acción respectiva se le debe asignar un responsable, un plazo y un presupuesto. Por otro lado, cada objetivo, indicador y acciones deben ser definidos para cada una de las cuatro perspectivas en particular¹²⁵⁸.

No es necesario implementar las cuatro perspectivas aludidas anteriormente, sino sólo aquellas que realmente nos entreguen información valiosa que luego sea utilizable. De igual modo, muy importante es que sepamos que podemos crear otras perspectivas o configuraciones que más se adapten a nuestro sistema de compras. Cada organización o parte de ella posee características que la hacen única, y por ello, puede definir su propio proceso de elaboración de Cuadro de Mando Integral adaptando o creando áreas singulares sobre lo que se desea medir.

¹²⁵⁵ Ibid, pp.64-65.

¹²⁵⁶ Ibid, p.19.

¹²⁵⁷ Esta herramienta la están usando países como Bélgica y Corea del Sur, quienes están trasladando la estrategia a la acción y suministran información regular a fin de mejorar las actuaciones estratégicas y sus resultados (INAP, 2009, op. cit., pp.62-63).

¹²⁵⁸ Martín y Reyes (2008), op. cit., p.14.

Como otras maneras de implementar esta herramienta, se podrían también abarcar las siguientes alternativas:

- Separar el proceso de compra o ciclo de vida en tres etapas: inicio de la compra, proceso de compra, y adjudicación y seguimiento de contrato. Posteriormente, construir indicadores para cada una de estas etapas haciendo su seguimiento respectivo.
- Dividir el proceso de compra en 8 etapas y aplicar indicadores para cada una de ellas¹²⁵⁹.
- Y por último, desde una visión más amplia: coger todo el sistema de contratación pública, catastrar las áreas críticas (con más problemas o disfunciones), y construir indicadores de gestión para medir aquellas áreas más disfuncionales¹²⁶⁰.

En la ejecución de esta herramienta, no podemos olvidar establecer la “periodicidad” con la cual se aplicarán estos indicadores correspondientes, sin olvidar que su oportunidad permitirá resolver y mejorar situaciones; y por otro lado su tardía aplicación, lo hará un instrumento sin utilidad y sólo que genera costes.

¹²⁵⁹ Las ocho etapas propuestas serían: definición de requerimientos; selección forma de tramitar el procedimiento; llamado y recepción de ofertas; evaluación de ofertas; adjudicación oferta; recibo de producto o servicio; seguimiento y monitoreo de la compra; y finalmente, retroalimentación de información.

¹²⁶⁰ Relevante es mencionar, que para que este proceso de implantación en la contratación pública tenga éxito, debería considerar diez reglas claves: a) conocimiento de los beneficios. Comunicar y trasladar a toda la organización los beneficios del instrumento; b) apoyo de la dirección. No hay éxito sin el apoyo total e incondicional de la dirección de la institución; c) elección de un equipo de elaboración e implantación competente. Si resulta necesario, incluir en el equipo a personal especializado exterior a la institución; d) el líder del proyecto debe ser quien guíe el proceso. Elegir a quien tenga dotes de comunicación y se involucre con toda la organización para conseguir el mayor grado de apoyo en el proyecto; e) formación y educación. Formación previa sobre el proyecto y durante el proceso de desarrollo; f) máxima importancia de la elaboración del mapa estratégico. El mapa estratégico no sólo identifica los objetivos, sino las relaciones causa-efecto entre los objetivos; g) establecimiento de un proceso de control que permita analizar las desviaciones entre los objetivos propuestos y los alcanzados. Permite obtener información respecto a la bondad de los objetivos e indicadores definidos; h) aplicación en cascada. Si la unidad elegida para la implantación es la institución en su totalidad, la aplicación en cascada supone el despliegue del mismo a todos los niveles de la organización: unidades estratégicas, departamentos y áreas; i) vinculación a la gestión operativa. Ello se consigue vinculándolo con los presupuestos anuales y con un sistema de incentivos entre los objetivos personales y los departamentales estratégicos de la institución, y j) el Cuadro de Mando Integral como parte de la organización. No se debe pensar en un proceso que se inicia y se finaliza. El Cuadro de Mando Integral no tiene fin, ya que una vez implantado debe irse modificando con el paso del tiempo, bien por necesidad de redefinición de los objetivos como consecuencia del ajuste con la estrategia de la institución, o bien porque los indicadores seleccionados no muestran correctamente lo deseado. Incluso el cambio del entorno justifica su modificación a medida que transcurre el tiempo (Martín y Reyes, 2008, op. cit., pp.29-31).

3. INTEGRIDAD Y PACTOS DE INTEGRIDAD COMO SOPORTE AL CONTROL EN MATERIA DE CONTRATOS

A. Principio de Integridad

Conforme ha expresado ARRIBAS REYES, *“Uno de los resultados de la falta de integridad en la contratación pública es la corrupción, la mala administración (eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos), y la falta de competencia en el mercado”*, sumando a ello la pérdida de confianza y a un vacío de autoridad¹²⁶¹.

Si entendemos el concepto de integridad, según la RAE, como algo que proviene de lo integro, como una situación o persona recta, proba e intachable¹²⁶², podríamos entonces concebir, que este término aplicado a la contratación pública busca esencialmente que el sistema y todo su proceso decante en estos anteriores adjetivos, a lo cual añadiríamos otros dos elementos substanciales: entregar información y potenciar la transparencia¹²⁶³.

De acuerdo a la OCDE, un principio que debe asegurar y garantizar el control, y que es transversal a todo el sistema de contratación pública y a quienes lo gestionan, es la “integridad”. Este concepto, *“se refiere a que el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos, y a que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno”*¹²⁶⁴. De esta forma, el control debe ser coherente e incluir procedimientos eficaces y responder a sospechas de violaciones a leyes y reglamentos, facilitando informes a las autoridades competentes sin temor a represalias¹²⁶⁵.

Según este último organismo, la integridad es el respeto de las normas éticas y valores morales de honestidad, profesionalidad y rectitud, y es una piedra angular para garantizar la equidad, la no discriminación y cumplimiento en el proceso de adquisición propiamente tal ¿Cómo se introducen entonces estos valores en la cultura administrativa? Según AEVAL, las buenas prácticas sugieren que estos valores deben ser desarrollados en cada institución, mediante la participación del personal en la elaboración de una larga lista de ellos, y delimitándolos a través del diálogo y del consenso para

¹²⁶¹ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.239.

¹²⁶² Ver definición de integro en <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=LqNIFID>

¹²⁶³ Sobre esta transparencia, Gimeno Feliú ha sostenido que en la contratación pública constituye una herramienta de integridad (Gimeno Feliú, 2015e, p.13).

¹²⁶⁴ OCDE (2015c), op. cit, p.6.

¹²⁶⁵ OCDE (2016b), op. cit., p.24.

que los hagan propios. La clave, es hacer manejable el conjunto de valores para que los funcionarios los puedan recordar fácilmente durante sus actividades diarias, así como plasmarse en códigos y guías¹²⁶⁶.

De esta forma, la salvaguardia de este principio -que conforme a esta institución debiese manifestarse a través de normas generales y específicas-¹²⁶⁷, es la base de cualquier esfuerzo para frenar malas prácticas y actos de corrupción¹²⁶⁸, entendiendo que en un sentido vasto e instrumental, este concepto esencialmente busca luchar contra la corrupción desde distintos ámbitos¹²⁶⁹, no olvidando que además tiene efectos jurídicos.

Entre los efectos de una falta de integridad, podemos advertir que los primeros afectados, como indican ARRIVAS y REVUELTA, son los ciudadanos y su pérdida de capital público, llegando a elegir las ofertas menos adecuadas en términos de valor y calidad. Los segundos, son las instituciones y su credibilidad, erosionando su legitimidad, así como el sistema democrático. Y en tercer lugar, se encuentran las empresas, donde una parte de ellas a veces tratan de tomar atajos al límite de la legalidad o fuera de ella para obtener contratos públicos, lo que termina perjudicando al resto de estas¹²⁷⁰.

De este modo, el primer gran objetivo que debería perseguir esta integridad, debería ser mejorar la transparencia en todo el sistema de adquisición pública, buscando que quienes actúan lo hagan con los más altos estándares éticos respetando los principios constitucionales. Tal propósito, ya ha sido plasmado en uno de los documentos más conocidos e importantes sobre este tema que es el informe NOLAN¹²⁷¹, destacando de entre sus siete principios el de integridad, y sobre el cual se ha afirmado que quienes ocupan cargos públicos no deberían tener ninguna relación u obligación financiera con terceros, u organizaciones que puedan influirles en el desempeño de sus responsabilidades oficiales¹²⁷².

A su vez, este principio también ha sido reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (la cual entró en vigor en diciembre de 2005, siendo adherido este principio en

¹²⁶⁶ AEVAL (2016), op. cit., pp.29-30.

¹²⁶⁷ OCDE (2015c), op. cit., p.7.

¹²⁶⁸ OCDE (2016b), op. cit., p.11.

¹²⁶⁹ Ver mayor detalle del significado de “principios y valores” en AEVAL (2016), op. cit., pp.27-30.

¹²⁷⁰ Arribas Reyes y Revuelta Alonso (2017).

¹²⁷¹ Denominado así, por el Presidente de la Comisión del Parlamento británico que elaboró en 1994 un informe sobre “Normas de conducta para la vida Pública”, que afectaba a la ética y al comportamiento de la clase política y funcional de ese país.

¹²⁷² Canales Aliende (2012), pp.23. Ver también en Martínez Bargueño (1996), pp.209-214.

la UE a septiembre de 2008), formando parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, la cual fue incorporada al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio¹²⁷³. En aditamento, tal integridad igualmente ha sido garantizada por la Directiva 2014/24/UE que exige el cumplimiento de principios tales como: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, siendo necesario por tanto, la existencia de organismos que funcionalmente tengan las atribuciones para hacer cumplir tales aspectos.

Así, y sobre esta necesidad de garantizar su cumplimiento, MANUEL VILLORIA ha expresado que el control de patologías requiere marcos de integridad organizacionales en los que no sólo puede haber normas e instrumentos, sino que son absolutamente necesarios, también, procesos adecuados de implantación de las normas y órganos con la suficiente independencia como para poder garantizar este objetivo¹²⁷⁴. Tal garantía, según SANMARTÍN MORA, debe además ser promovida por otros elementos, de entre los cuales se “...requiere no sólo conocimientos, sino valores y estándares éticos para evitar conflictos de intereses e impedir la corrupción. La difusión de buenas prácticas y la aprobación de códigos éticos pueden ayudar a que los empleados públicos interioricen como propios esos valores”¹²⁷⁵.

En lo concerniente a tales aspectos éticos involucrados con esta integridad, debemos decir primeramente que desde lo normativo, los principios éticos están normalmente incorporados en los fundamentos legales, que prohíben el soborno y otras formas de corrupción interna mediante la adopción de leyes y reglamentos. Las organizaciones multilaterales, en particular, el Consejo de Europa, las Naciones Unidas y la OCDE, han desempeñado un papel catalizador en las últimas décadas estableciendo convenios y principios internacionales a tal respecto. Cada sistema nacional es específico según las tradiciones y estructuras jurídicas del país, pero la mayoría de los Estados miembros tienen un derecho penal que se alinea no sólo con la legislación de la UE, sino también con la Convención de la ONU contra la Corrupción y con las normas del Consejo de Europa. Algunos Estados reconocen que tienen la obligación de prohibir el soborno tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, requiriendo para ello no sólo una legislación adecuada, sino, sobre todo, una aplicación rigurosa de cara a su persecución y sanción¹²⁷⁶.

¹²⁷³ Gimeno Feliú (2015e), op. cit., p.39.

¹²⁷⁴ Villoria Mendieta (2010), op. cit., p.341.

¹²⁷⁵ Sanmartín Mora (2011), op. cit., opinión.

¹²⁷⁶ AEVAL (2016), op. cit., pp.59-60.

Desde lo organizacional, lo ético se refiere a lo que es bueno y malo desde el punto de vista del deber y la obligación moral¹²⁷⁷. Entorno al Estado, es la base de la transparencia, ya que nos entrega los cimientos de comportamiento y conductas que debemos evidenciar en nuestra labor de servicio público. Si somos éticos, la probabilidad que seamos transparentes -es decir, que nos dispongamos completamente a mostrar todo nuestro accionar- será mayor. Si no lo somos, exigiremos una transparencia que sólo la podremos hacer efectiva luego de sanciones y/o multas, afectando negativamente a la integridad.

De acuerdo a D. BAUTISTA, la ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía. Es un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, y un elemento de medición por excelencia para mantener la confianza en la administración y sus instituciones. De esta forma, la ética en lo público tiene que ver directamente con la integridad del servicio público, que a su vez, se hace posible gracias a la aplicación del valor de la transparencia¹²⁷⁸.

Así, y conforme a lo señalado por el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos” en España, los empleados públicos han de mantener los principios de neutralidad política, imparcialidad, objetividad e integridad moral, principios que configuran una Administración profesionalizada e independiente al servicio de los ciudadanos y del progreso de la sociedad, asumiendo las consecuencias derivadas de las actuaciones individuales¹²⁷⁹. De este modo, este ejercicio ético debe abarcar tanto la adopción de decisiones como el desarrollo de la actividad pública, fruto de la toma de conciencia de su papel en una sociedad democrática avanzada y de rol comprometido con el servicio público¹²⁸⁰.

Hoy en día, muchas organizaciones privadas y estatales tienen códigos éticos y programas de formación ética para difundirlos entre sus miembros. Estos códigos establecen las normas de conducta que ha de regir el comportamiento individual, tanto en el ámbito interno como en las relaciones externas con proveedores, clientes, acreedores y administraciones públicas. También, definen pautas para evitar y resolver conflictos e interés dentro de la propia organización¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Wehrch et al (2012), p.613.

¹²⁷⁸ Bautista O, 2009, citado por Naessens Hilda (2010), op. cit., pp.2114-2117.

¹²⁷⁹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.52.

¹²⁸⁰ AEVAL (2009), op. cit., p.6.

¹²⁸¹ Cuervo y Vázquez (2004), op. cit., p.303.

Hacia 1977 -año de nacimiento de la ética pública en los Estados Unidos a través de la Ethics in Government Act-, el objetivo de este concepto fue y ha sido potenciar medidas de autorregulación que incrementen los controles internos, colocando especial énfasis en la necesidad de contar con un código de conducta que se considera como eje central de las medidas internas, y piedra angular del cumplimiento normativo¹²⁸². En nuestra Administración, como en nuestro sistema de contratación propiamente tal, es de vital importancia actuar a través de este eje central que es la ética pública, buscando que a través de estos códigos o formación específica, las tareas y actividades que realizan los funcionarios estén orientadas al bien común y al respeto de los ordenamientos jurídicos reinantes.

De este modo, y a raíz de lo anterior, la OCDE ha reconocido tanto la importancia de la ética como de la integridad para la buena gobernanza y la confianza en las instituciones estatales, destacando que los países deben aplicar normas de integridad a nivel nacional para todos sus funcionarios públicos, por ejemplo, a través de la normativa de la administración pública o por medio de un código genérico de conducta¹²⁸³. En varios países de este conglomerado, se han establecido estos códigos para funcionarios de compras en específico, a menudo, junto con guías y formación para ayudar a la aplicación de estos estándares en la práctica. Como sostiene este organismo, un entrenamiento en ética o integridad puede sensibilizar, desarrollar conocimiento, compromiso, y fomentar una cultura a este respecto en las organizaciones públicas¹²⁸⁴.

De igual forma, y como un segundo gran objetivo de este principio que nos ocupa, SANMARTÍN MORA ha sostenido que la integridad debe además incluir el conflicto de intereses y sus medidas de corrección o autocorrectoras (self-cleaning)¹²⁸⁵. Tal clase de conflicto -advertido en el artículo 9.1.e), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al año 2004¹²⁸⁶-, de acuerdo a la Directiva 2014/24/UE en su artículo 24 (y también en el artículo 64.2 de la LCSP 9/2017), comprende:

“...al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o

¹²⁸² Rodríguez Fraga (2017), op. cit., p.6.

¹²⁸³ OCDE (2016b), op. cit., p.11.

¹²⁸⁴ Ibid. Algunos de los países que han implantado disposiciones éticas para sus funcionarios públicos, en lo referente al manejo de sus adquisiciones, son por ejemplo: Ghana, Jordania, México, Chile, Tailandia, Turquía, Uganda y los Estados Unidos (World Bank Group, 2015, p.89).

¹²⁸⁵ Ver mayor detalle de este concepto en Medina Arnáiz Teresa (2016). “Las medidas de self cleaning”. Presentación Congreso Internacional sobre Contratación Pública. UCLM. Enero. Cuenca.

¹²⁸⁶ Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2004), op. cit., p.13.

indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación”.

Sumado a ello, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13, complementa lo dicho como aquel que “...*implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho*”¹²⁸⁷. Agregando AEVAL que es “*Una situación en la que el funcionario público tiene un interés privado, que puede influir o parecer que influye en el desempeño imparcial y objetivo de sus funciones oficiales*”¹²⁸⁸.

De esta forma, este tipo de conflicto ya ha venido regulándose por la OMC en su Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de 1994¹²⁸⁹; el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción; la Directiva 2014/24/UE antes citada, en donde se solicita a los Estados velar por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación, y su artículo 57; y el artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE contemplado para las concesiones; entre otros.

Según la Comisión Europea, en los países miembros se observa una especial vulnerabilidad en lo que respecta a los conflictos de este tipo que afectan a los procedimientos de contratación a nivel local. Algunos Estados, a través de sus organismos de integridad o de lucha contra la corrupción, llevan a cabo controles específicos de tales conflictos en determinados ámbitos que se consideran particularmente vulnerables. Esto se ha traducido en un aumento del número de casos sobre esta materia, y de contratos públicos que obtienen ganancias privadas en detrimento del interés público. Por ello, según esta Comisión, la eficacia de la prevención y detección de los conflictos de intereses en la contratación pública depende de la eficacia de los mecanismos de control global en este ámbito¹²⁹⁰, habiendo recomendado este organismo a finales del año 2017, que los Estados respectivos deben apoyar y promover la integridad, a nivel individual e institucional, como parte intrínseca de la conducta profesional, proporcionando herramientas para garantizar el cumplimiento

¹²⁸⁷ Ver otras Sentencias al respecto, en Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2001, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, C 315/99 P; de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C 21/03 y C 34/0316; Sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, T 160/03; de 12 de marzo de 2008, Evropaïk Dynamiki/Comisión, T 345/03; de diciembre de 2008, Michaniki, C 213/07; de 19 de mayo de 2009, Assitur, C 538/07; de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni, C 376/08; y de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10.

¹²⁸⁸ AEVAL (2016), op. cit., p.60.

¹²⁸⁹ Página oficial OMC. Recuperado el 29 de setiembre de 2017 en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_1994_s.htm

¹²⁹⁰ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.31.

y la transparencia, y la orientación para prevenir irregularidades¹²⁹¹. Asimismo, deberíamos incluir a este respecto que las penas o sanciones por conflictos de intereses fueran mayores cuando se mienta en las declaraciones, que en el mismo hecho de corrupción ya consumado.

Como termina sosteniendo CERRILLO i MARTÍNEZ, los conflictos de intereses si no están bien gestionados, pueden dar lugar a casos de corrupción, pudiendo señalar cuatro elementos que caracterizan esta clase de conflictos: la intervención de un cargo público, el interés privado que pueda tener en un asunto público, la colisión entre el interés privado y el interés público concretado en la toma de decisiones públicas, y el impacto en el deber de ejercer de forma objetiva de las funciones y responsabilidades públicas. Este autor, además sostiene que la prevención y la reacción frente a estos conflictos exigen la existencia de una infraestructura institucional que vele por su cumplimiento, y dé apoyo a los altos cargos en la observancia de las obligaciones y las prohibiciones previstas¹²⁹². Sumándose a esta prevención, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción al año 2004, ha manifestado expresamente en su artículo 12.2.e), que se deben:

“Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un periodo razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo”.

Por último, y hacia España, debemos manifestar que este principio de integridad además de estar garantizado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, e incorporado al ordenamiento legal español de acuerdo a su Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, es destacado en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la cual al respecto aludimos a sus artículos 64, 71 a 73, 132, 150.1, y sus artículos 332 y 333 que establecen órganos responsables de controlar la contratación y con ello de velar por su integridad. Así también, y a este respecto, destacamos la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas del Gobierno de Aragón; el Código de Conducta y marco de integridad institucional aplicable a la

¹²⁹¹ Unión Europea (2017), op. cit., p.6.

¹²⁹² Cerrillos i Martínez (2017), op. cit., pp.79-81 y 87. Ver mayor información sobre este principio y sus mecanismos de control, en “El Principio de Integridad en la Contratación Pública. Mecanismos para la Prevención de los Conflictos de Intereses y la Lucha contra la Corrupción”, 1ª ed. 2014, Thomson Reuters, del mismo autor.

contratación pública de la Diputación Foral de Gipuzkoa¹²⁹³; y el Código de buen Gobierno de la FEMP¹²⁹⁴.

De este modo, y acorde a lo expresado nuevamente por ARRIBAS REYES, la integridad de las organizaciones tanto públicas como privadas es un activo importante así como un valor y una cualidad moral, de rectitud y honradez, lo cual termina afectando la confianza. Esta confianza, afirma, se sostiene por la integridad de las personas que integran tales organizaciones, haciéndose al presente muy necesaria¹²⁹⁵.

B. Control de la integridad: la conducta funcionaria y otras acciones

En un primer acercamiento a la interrogante sobre ¿Cómo controlar la conducta de los funcionarios en nuestra contratación pública?, deberíamos inicialmente exigir que la Administración actúe con objetividad, es decir, como indica ARIAS MARTÍNEZ, que actúe con imparcialidad al interpretar y/o aplicar una norma, o ejercitar una potestad, debiendo realizar una valoración del supuesto concreto al margen de cualquier subjetividad o consideración personal¹²⁹⁶. Así, también lo ha expresado MORELL OCAÑA, quien ha señalado que el actuar de la Administración a través de las personas que la integran, exige una objetividad que provenga de la consecuencia de la imparcialidad con la que el funcionario actúa¹²⁹⁷. Por tal motivo, una primera acción para controlar tal conducta debe venir de la objetividad de estar al servicio de los ciudadanos, y no de otros intereses; como asimismo, debe substraerse del clientelismo, el nepotismo, el soborno y la búsqueda u ofrecimiento de favores¹²⁹⁸.

Posteriormente, y desde la práctica, según el INAP la aplicación de estándares de conducta debería empezar con el reclutamiento de los funcionarios¹²⁹⁹, para seguidamente establecer pautas

¹²⁹³ Ver Código en Diputación Foral de Gipuzkoa. Recuperado el 3 de mayo de 2018 en <http://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-de-integridad>

¹²⁹⁴ Ver Código completo en página de Federación de Municipios y Provincias, FEMP. Recuperado el 9 de febrero de 2018 en http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGD F7hVCHy14AjBJqzzGBaprI61UXG91P195HskFd8QIM5YD

¹²⁹⁵ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.239.

¹²⁹⁶ Arias Martínez (2011), op. cit., p.185.

¹²⁹⁷ Morell Ocaña (2001), p.363.

¹²⁹⁸ AEVAL (2016), op. cit., p.57.

¹²⁹⁹ Es decir, investigar sobre las personas a contratar, verificar sus antecedentes, realizar una selección pública basada en métodos objetivos de evaluación de su capacidad y conocimientos, someter a los seleccionados a un período de prueba, evaluar la capacidad de los candidatos para resolver dilemas éticos, entre otros.

específicas para la contratación pública, reflejadas por ejemplo en leyes y normas oficiales, códigos éticos específicos, y documentos orientativos sobre esta temática¹³⁰⁰.

Conforme al Instituto para Contratación Pública (NIGP), en Canadá¹³⁰¹, es esencial que los profesionales de esta área e involucrados puedan adherirse a un código ético bien establecido y definido. Toda unidad de contratación debe poseer un código como el mencionado, buscando un compromiso de su cumplimiento sin excepciones. En tal documento, por tanto, deberían al menos estar insertos los temas de: conflicto de intereses, conductas con proveedores, acciones para evitar la corrupción, regalos desde las empresas, buscar mecanismos para asegurar el cumplimiento de tal código, entre otras materias¹³⁰². Como añade GIMENO FELIÚ a este respecto, “...es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan...”¹³⁰³.

De esta forma, y como advierte AEVAL, tales códigos son actualmente cada vez más comunes en toda Europa y todos los funcionarios públicos están llamados y obligados a comprometerse con ellos. Así también, tales documentos de ética a veces son supervisados por organismos de control independientes, lo que permite que sean revisados de forma ocasional para garantizar su validez y para conocer la forma en que se aplican en los diferentes aspectos de la vida pública para fines operativos¹³⁰⁴.

Del mismo modo, gobiernos han empezado a capacitar a sus funcionarios sobre el conflicto entre los intereses públicos y privados. Varios países han convertido en obligatorio -para funcionarios que se dedican a las adquisiciones públicas-, que declaren si tienen intereses privados que puedan afectar o estar incluidos en su trabajo (por ejemplo en Corea del Sur, España, Turquía y Reino Unido)¹³⁰⁵. A su vez, otros Estados han adoptado restricciones específicas y prohibiciones para

¹³⁰⁰ INAP (2009), op. cit., pp.87 y 90-91.

¹³⁰¹ Ver mayor información en <http://www.nigp.org/home/about-nigp>

¹³⁰² Institute for Public procurement (2012b), pp.1-3. A su vez, el Instituto para la Gestión de Suministros internacional, fundado en 1915 y con más de 50.000 miembros localizados en 100 países, desarrolló principios y estándares que pueden usarse como una guía para el comportamiento ético de todo empleado en la contratación, en la cual podemos destacar: relaciones positivas con el proveedor y los clientes (ciudadanos), evitar recibir una compra inapropiada, comportamientos que influyan negativamente en las decisiones de la cadena de suministro, contratos recíprocos indebidos, entre otros (Ver Instituto para la Gestión de Suministros en <https://www.instituteforsupplymanagement.org/about/content.cfm?ItemNumber=30144&navItemNumber=30068>. Además, ver estos principios en Render y Heizer, 2014, p.448).

¹³⁰³ Gimeno Feliú (2013b), p.42.

¹³⁰⁴ AEVAL (2016), op. cit., p.57.

¹³⁰⁵ INAP (2009), op. cit., pp.91-92. Además de las materias sugeridas para adiestramiento, diremos también que dentro del ciclo de vida de una compra o proceso interno de contratación, deberíamos asimismo resaltar la necesidad prioritaria de

sus funcionarios dedicados a la contratación, no sólo para el tiempo que permanezcan en sus puestos de trabajo, sino también para empleos posteriores si dejan la Administración. Este es el caso de los Estados Unidos, quien ha desarrollado prohibiciones concretas post-empleo para los funcionarios de esta área, y sobre todo, para quienes gestionen contratos por un valor superior a los 10 millones de dólares¹³⁰⁶.

En otras acciones, podemos destacar también la identificación de riesgos de integridad presentes en todo el proceso de contratación, los cuales según la OCDE, son relevantes de medir y gestionar, implementando con ello un enfoque de mitigación y prevención de estos para evitar actos de corrupción¹³⁰⁷. Como sostiene AEVAL a este respecto, una de las herramientas normales de evaluación de riesgos en esta materia es el mapa de riesgo. Éste, puede adoptar varias formas, pero el objetivo subyacente es siempre el mismo, esto es, identificar los mayores riesgos de corrupción¹³⁰⁸.

Igualmente, mencionamos también los “mecanismos de quejas” que tienen como objetivo aumentar la confianza de los licitadores en el sistema, facilitando la retroalimentación de información valiosa sobre los problemas de integridad del proceso mismo, los cuales en definitiva, puedan asegurar a los licitadores impugnar la decisión de las autoridades pertinentes¹³⁰⁹. Como se agrega en la Carta de Servicios Públicos del Reino Unido, debe existir un modo simple y rápido de corregir lo que va mal, debiendo saber el ciudadano cómo y a quién reclamar, teniendo con ello confianza que se considerará su reclamación¹³¹⁰.

Desde una perspectiva universal, algunos de los países que ya están implementando controles y/o medidas como estas, son por ejemplo: Canadá, quien tiene un código de conducta específico sobre contratación¹³¹¹; Francia, quien ofrece una formación específica en integridad¹³¹²; Alemania, país que ha adoptado varias medidas como el apoyo y las orientaciones de un funcionario expresamente dedicado a la prevención de la corrupción, la organización de talleres y la capacitación

instrucción -y a su vez control-, de la gestión de contratos. Un problema particular para algunos países es la falta de personal cualificado para el seguimiento de esta fase (etapa luego de firmado el contrato respectivo). En varias Administraciones, la etapa final de la compra es cuando se adquiere el bien, olvidándose luego que en el caso de un servicio u obra, se debe monitorizar la adquisición para que cumpla en un 100% con lo establecido en los pliegos que dieron origen a la compra. Una buena praxis en esta fase, es poseer funcionarios específicos para este trabajo, acompañado de sistemas informáticos de gestión de contratos. Algunas experiencias interesantes sobre este tópico, son las ya desarrolladas por Canadá, Estados Unidos, México, Colombia, Chile, Reino Unido, Alemania, Corea del Sur, entre otros.

¹³⁰⁶ Ibid.

¹³⁰⁷ OCDE, (2016b), op. cit., p.24.

¹³⁰⁸ AEVAL (2016), op. cit., p.58.

¹³⁰⁹ OCDE, (2016b), op. cit., p.26.

¹³¹⁰ INAP (1995), op. cit., p.35.

¹³¹¹ OCDE, (2016b), op. cit., p.11.

¹³¹² Ibid.

para resolver problemas de este tipo, así como la rotación de sus funcionarios en compras¹³¹³; en Holanda, se adoptó una declaración de integridad que certifica que no se han planteado objeciones contra el contratista en compras pasadas; en Bélgica, se ha aplicado la “identificación de riesgos potenciales para la integridad” en varios momentos del ciclo de compra, trabajo llevado a cabo hace más de seis años junto con la ayuda de mecanismos de controles internos y externos¹³¹⁴; y finalmente, en Dinamarca, se han creado asociaciones público-privado en esta materia intercambiando información y datos importantes para participar y realizar un eficiente proceso de compra¹³¹⁵.

En lo que respecta a ciertas causas -desde lo normativo- que han perturbado esta integridad en materia de contratos en la UE, debemos por último señalar que según FERNÁNDEZ MALLOL, se han configurado en, por ejemplo: aquello que obedece a la propia actuación comunitaria, atendiendo al diseño e incidencia de la normativa europea y la sinergia con los Estados miembros; al principal ataque a la integridad derivado de la diversidad de regímenes de incompatibilidad y conflictos de interés que recoge la normativa administrativa; y por último, este autor menciona la propia acción legislativa en este tema y la consciente falta de medios de control¹³¹⁶.

Con referencia a este control de la integridad en el territorio español, destacable es mencionar que el gobierno desde el año 2005 prohíbe el acceso a la contratación pública a los licitadores en los casos en que se hayan probado irregularidades o corrupción¹³¹⁷, consagrando tal principio en el artículo 103 de la Constitución, disposición que indirectamente solicita integridad a sus funcionarios públicos a través de la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, respetando la ley. Asimismo, nombramos también el artículo segundo de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, el cual habla de las

¹³¹³ Desde 2001, es obligatorio que los nuevos funcionarios participen en talleres encaminados a la prevención de la corrupción. Con la ayuda de un profesional de la oficina del fiscal del distrito, aprenden los riesgos de verse envueltos en sobornos y las posibles estrategias de quienes sobornan. Otra parte de este entrenamiento, está dedicado a saber cómo comportarse si surgiera alguna situación similar, animándoles a denunciarla. Los talleres ponen de relieve el importante papel de los funcionarios cuya conducta ética es una parte esencial para impedir la corrupción. Para evitar un contacto prolongado entre los funcionarios y los licitadores, algunos países han fomentado la rotación de los funcionarios encargados de la contratación pública, procedimiento que se ha demostrado útil particularmente en puestos de índole delicada, o que obligadamente deben mantener contactos comerciales durante largos períodos con un número limitado de suministradores (INAP, 2009, op. cit, pp.84 y 91-92).

¹³¹⁴ Ibid, p.110.

¹³¹⁵ Ibid, pp.93-96.

¹³¹⁶ Fernández Mallol (2014), p.3.

¹³¹⁷ En este territorio, el gobierno central, autónomo y local tienen la posibilidad de suspender sus relaciones con contratistas que tengan a su servicio funcionarios de alto nivel que hayan infringido las normas de incompatibilidad. La base para esta denegación puede adoptar distintas formas, como: a) La exclusión de una empresa de la participación en un proceso específico de contratación, por ejemplo, en Bélgica la temporal o permanente inhabilitación de una empresa para tomar parte en futuras contrataciones públicas; b) Borrarla de la lista de empresas, por ejemplo en la República Eslovaca, y c) Inhabilitación basada en actividades delictivas en el pasado, aunque no tengan que ver con la contratación de que se trate (INAP, 2009, op. cit., pp.93-96).

incompatibilidades dirigidas a evitar conflictos de interés; el artículo 3.1 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; y por último, la misma Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que hace hincapié a este principio en su preámbulo III, artículo 1 (objetivo y finalidad), artículo 71 (prohibiciones de contratar), artículo 73 (efectos de la declaración de la prohibición de contratar), y disposición adicional decimosexta, d), e) y h).

Asimismo, y aunque no es una normativa muy precisa a este respecto, podemos mencionar también la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que manifiesta las incompatibilidades en los cargos públicos (destacando su artículo 26.2). Por último, hacemos mención igualmente a la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPCM) 89/2014, de 10 de diciembre o 87/2015 de 12 de junio.

Conforme a lo indicado por GIMENO FELIÚ, ya hace años la corrupción en el país está exigiendo medidas contundentes de regeneración democrática que hagan de la integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional¹³¹⁸. Tal principio, incorporado ya en la nueva Ley de contratos públicos antes mencionada, engloba medidas de todo tipo que tratan de prevenir las prácticas corruptas y favorecer la buena administración en esta materia. No obstante, para alcanzar tales objetivos, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ ha advertido que resulta imprescindible aunar los principios y mecanismos que impulsan los poderes públicos para dar respuesta a los conflictos de intereses y a la corrupción señalada¹³¹⁹, adicionando FERNÁNDEZ MALLOL que deben de cerrarse los espacios que permitan conflictos de interés manifiestos y ostensibles, a través de una normativa adecuada al respecto¹³²⁰.

De esta forma, GIMENO FELIÚ sostiene que algunos de los mecanismos de control sobre esta materia en España, podrían ser por ejemplo: extender la acción pública en el recurso especial; extender este recurso al margen del importe del contrato; evitar plazos con finalidad limitativa al acceso; repensar el sistema de la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas; Agencias de Lucha Antifraude; creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos; y sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido¹³²¹. Así, este autor advierte que:

¹³¹⁸ Gimeno Feliú (2015e), op. cit., p.3.

¹³¹⁹ Martínez Fernández (2017), op. cit., p.14.

¹³²⁰ Fernández MalloI (2014), op. cit., p.12.

¹³²¹ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.36-37.

“La contratación pública exige una nueva arquitectura jurídica cimentada sobre el principio de integridad, donde una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permita explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierta en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada”¹³²².

Añadiendo que es necesario consolidar un nuevo modelo que ponga en valor el principio de integridad y buen gobierno¹³²³, y que una de las funciones de un órgano de supervisión nacional en esta materia, debería ser la de redactar un código ético de prevención y aseguramiento de la integridad en los contratos que evite el conflicto de intereses¹³²⁴, debiendo a su vez dotársele de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹³²⁵. En adición a todo ello, MALARET ELISENDA acaba manifestando que una política de integridad debería inclinarse por la prevención y la mejora de las reglas, estructuras y procesos¹³²⁶, lo cual advierta conductas inmorales y promueva este principio¹³²⁷.

Por último, y como corolario sobre el control de este principio, la OCDE ha destacado ciertas recomendaciones para la preservación de esta integridad, dentro de las cuales distinguimos las siguientes: exigir altos estándares de integridad para todos quienes participen en el ciclo de adquisiciones; implementar herramientas generales de integridad del sector público y adaptarlas a los riesgos del ciclo de adquisiciones; desarrollar controles internos y programas contra la corrupción dirigidos a los proveedores, incluyendo un monitoreo apropiado¹³²⁸; y como ha indicado tanto GIMENO FELIÚ, SANMARTÍN MORA, MALARET ELISENDA, la OCDE y el Parlamento Europeo, profesionalizar y desarrollar programas de capacitación sobre integridad en la contratación¹³²⁹. Como bien acentúa MALARET ELISENDA, existe *“La necesidad de reforzar la capacitación y el profesionalismo como instrumento al servicio de la integridad”¹³³⁰*, agregando el INAP que adicionalmente son necesarios sistemas de información detallados y auditorías posteriores para verificar tal principio¹³³¹.

En suma, no podemos dejar de mencionar que la implementación de una contratación pública electrónica también tiene mucho que decir sobre este control y promoción de la integridad, ya que

¹³²² Gimeno Feliú (2017b), op. cit., pp.202-203.

¹³²³ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.7.

¹³²⁴ Gimeno Feliú (2014a), op. cit., p.99.

¹³²⁵ Gimeno Feliú (2014b), op. cit.

¹³²⁶ Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.52.

¹³²⁷ Villoria e Izquierdo, 2015, citados por Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.56.

¹³²⁸ OCDE (2015c), op. cit., p.7.

¹³²⁹ Gimeno Feliú (2015e), op. cit., p.45 y Gimeno Feliú (2016a), op. cit., p.14; Sanmartín Mora (2011), op. cit., opinión; Malaret Elisenda (2016), op. cit.; y, Parlamento Europeo (2013), op. cit., p.62.

¹³³⁰ Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.38.

¹³³¹ INAP (2009), op. cit., pp.75-76, y p.118.

además de ser el conducto transparente por excelencia, permite a cualquier ciudadano observar y comprobar cabalmente cómo se están usando sus recursos, y quienes los están gastando. De esta forma, GIMENO FELIÚ termina sosteniendo que se “*Debe apostar por la simplificación y los medios electrónicos como herramienta de protección del principio de integridad*”¹³³². Destacando CAMPOS ACUÑA que además de todas las acciones y propuestas anteriores, hay que adicionar finalmente el fomento de instrumentos de control y seguimientos, como asimismo un mayor entendimiento y práctica de lo que significan los pactos de integridad¹³³³.

C. Pactos de integridad

En relación a los pactos que se generan en base a este principio manifestado, los cuales son definidos como acuerdos que buscan básicamente hacer respetar los aspectos antes vistos sobre integridad, debemos decir que estos nacen esencialmente como una herramienta para prevenir la corrupción en la contratación pública. Tales pactos, han existido desde la década de los 90, y se han aplicado en más de 15 países y en cerca de 300 situaciones distintas hasta la fecha¹³³⁴. Las cláusulas que contienen estos acuerdos se derivan tanto de los principios internacionales de contratación abierta, como del contexto legal y social local, siendo un instrumento que está evolucionando constantemente sobre la base de las lecciones aprendidas y las mejores prácticas en todo el mundo.

Según Transparencia Internacional, el pacto de integridad es una herramienta que busca mejorar la transparencia, rendición de cuentas y la integridad, siendo desarrollado por este organismo para ayudar a los gobiernos, las empresas y la sociedad en la lucha contra la corrupción en materia de aprovisionamiento público¹³³⁵. De acuerdo a este organismo, es un documento firmado como también un enfoque de contratación pública que compromete a una autoridad contratante y a los licitadores a cumplir con las mejores prácticas y la máxima transparencia. En este proceso, un tercer actor -usualmente una organización de la sociedad civil¹³³⁶- monitorea el desarrollo y los compromisos asumidos¹³³⁷.

¹³³² Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.42.

¹³³³ Campos Acuña Concepción (2018), op. cit., pp.199-200.

¹³³⁴Transparencia Internacional (2017).

¹³³⁵ Transparencia Internacional (2016), p.4.

¹³³⁶ En una situación ideal, el Pacto de Integridad es objeto de seguimiento por parte de un experto independiente que puede ser recomendado por las instancias sociales o bien contratado por ellas. Este observador, habría de tener acceso a todos los documentos, encuentros y entidades participantes, y podría realizar informes de problemas, en primer lugar, con la Administración contratante y; si no se corrige la situación, con las autoridades de la oficina del fiscal (OCDE, 2016c).

¹³³⁷Transparencia Internacional (2017). Ver algunos ejemplos en la aplicación de este concepto en este mismo sitio web.

Conforme a lo definido por la Comisión Europea, son acuerdos entre el órgano de contratación de un determinado proyecto y los licitadores, por los cuales todos ellos se comprometen a abstenerse de cualquier práctica corrupta. En dichos acuerdos, se incluyen asimismo determinadas disposiciones en materia de seguimiento, transparencia y régimen de sanciones¹³³⁸.

En este mismo sentido, y como sostiene ARRIBAS REYES, son una idea-herramienta destinada a autoridades gubernamentales y empresas licitadoras, con el propósito de reducir la corrupción y el gasto innecesario en la contratación del sector público. Permite el uso eficaz y eficiente de los recursos, y con todo ello, mejora la integridad del organismo público y de las organizaciones privadas, fomentando la competitividad al mejorar la igualdad de acceso al mercado de esta materia¹³³⁹.

De esta manera, según este autor, implica diseñar el proceso de manera que todas las partes involucradas se comprometan a una conducta íntegra, desde la identificación de la Administración de la necesidad de licitar, el proceso de toma de decisiones de la licitación, la redacción de los pliegos, procesos de selección de los licitadores, concesión y hasta la implementación del contrato¹³⁴⁰. Agregando GIRÁLDES GUTIÉRREZ, que tales pactos son un ejercicio de transparencia que debe entenderse como una inversión, ya que según muestra la experiencia, ha permitido ahorrar recursos tanto al sector público como a las empresas participantes¹³⁴¹.

En palabras de GIMENO FELIÚ, su finalidad, por lo tanto, es “...*validar socialmente la correcta actuación pública y la ausencia de indicios de falta de objetividad o de contaminación clientelar*”, afirmando que son una figura de “observador civil cualificado”, que ayuda a la Administración a detectar o laminar conflictos de intereses y que “exterioriza” hacia la ciudadanía la corrección de la actuación¹³⁴². Tal observador, como destaca el autor, realiza un control experto independiente con el fin de entregar alertas tempranas que prevengan casos de corrupción¹³⁴³.

Así, la existencia de este pacto, según ARRIBAS REYES, se basa en que las leyes de la contratación pública existen, pero o bien no son completas o no se aplican de manera rigurosa. Los pactos de integridad buscan facilitar la implementación de esta ley, por ello, pueden ponerse en

¹³³⁸ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.34.

¹³³⁹ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.237.

¹³⁴⁰ Arribas Reyes (2016), op. cit., p.3.

¹³⁴¹ Giráldez Gutiérrez en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos, p.1300.

¹³⁴² Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.31; y Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.66.

¹³⁴³ Ibid, pp.30-31

práctica sin modificar la legislación vigente no siendo redundantes. Por el contrario, pretenden acercar las normas sociales a las legales, adaptando el comportamiento de las partes a los estándares ideales¹³⁴⁴.

En virtud de lo anterior, y si luego de todo lo mencionado resumiéramos sus objetivos generales y específicos, diríamos entonces que sobre los primeros: previenen actividades corruptas e ilícitas, controlan que todos cumplan el contrato, entregan mayor transparencia al proceso de contratación, y permiten resolver irregularidades y aplicar sanciones cuando proceda. En cuanto a sus objetivos específicos, buscan prevenir o evitar prácticas tales como: colusión, prediseño y manipulación de ofertas, modificaciones fraudulentas, el abuso de la urgencia, la información privilegiada, o los conflictos de interés¹³⁴⁵.

En cuanto a sus exigencias, la OCDE ha indicado que estos acuerdos se han creado con el fin de comprometer tanto a funcionarios como a participantes a desarrollar una conducta ética en la contratación, planteando dos exigencias principales. La primera, está dirigida a que las empresas se abstengan de caer en la corrupción, ofreciéndoles la garantía de que sus competidores se inhabilitarán igualmente, y de que la Administración también se halla comprometida en impedirlo. Y la segunda, solicita a los gobiernos que puedan reducir los costes y el efecto de distorsión que provoca la corrupción en la contratación pública¹³⁴⁶. De esta forma, su incorporación exitosa a un proceso de contratación como argumenta ARRIBAS REYES, requiere por consiguiente: voluntad y compromiso político; búsqueda de la máxima transparencia; monitoreo independiente, idóneo y responsable (control); recursos y capacidades; y adaptación de la idea-herramienta al contexto concreto¹³⁴⁷.

Por lo que respecta a sus beneficios directos, además de los ya aludidos, tales pactos a su vez ahorran dinero a sus contribuyentes, asegurando que los proyectos -sobre todo de infraestructura y obras públicas-, se entreguen de manera eficiente, cerrando las vías para ganancias ilícitas¹³⁴⁸. Conforme a la OCDE, estos pactos obligan a los licitadores y contratantes a negarse a pagar o a aceptar sobornos, o a mezclarse en transacciones contrarias a la competencia¹³⁴⁹.

¹³⁴⁴ Arribas Reyes (2016), op. cit., p.4.

¹³⁴⁵ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.243.

¹³⁴⁶ Ver otros detalles y ejemplos de países que lo han implementado en Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE (2014b), op. cit., pp.21-22.

¹³⁴⁷ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.243.

¹³⁴⁸ Transparencia Internacional (2017), op. cit.

¹³⁴⁹ OCDE (2016c), op. cit.

Asimismo, brindan un mejor acceso a la información, aumentando el nivel de transparencia en los contratos públicos. Esto, a su vez, conduce a una mayor confianza en la toma de decisiones públicas, menos litigios sobre los procesos de adquisiciones, y más licitadores que compiten por los presupuestos estatales. Además, pueden fomentar cambios institucionales, como un mayor compromiso al facilitar los datos en un formato verdaderamente abierto, procedimientos administrativos simplificados, y medidas reglamentarias mejoradas¹³⁵⁰.

Con vista a garantizar su aplicación eficaz, y como se ha hecho referencia, estos pactos son a menudo controlados por grupos de la sociedad civil, quienes monitorean constantemente su desarrollo comprometiéndose a la máxima transparencia, disponiendo de todos los informes y resultados que este genera a disposición del público de forma continua¹³⁵¹. Así, estos mecanismos de control social directo tienen la potencialidad, no sólo de fomentar la integridad del proceso de contratación pública, sino también de mejorar la eficiencia en general¹³⁵².

En una situación ideal, este pacto puede ser objeto de seguimiento por parte de un experto independiente que puede ser recomendado por las instancias sociales o bien contratado por ellas. Este observador habría de tener acceso a todos los documentos, encuentros y entidades participantes, y podría realizar informes sobre los problemas suscitados¹³⁵³. Como advierte GIMENO FELIÚ, se debe contemplar un buen sistema de monitoreo independiente, sin perjuicio del que la Administración realice¹³⁵⁴.

En el caso de algunos Estados de la UE, y a menudo por iniciativa de las ONG, estos acuerdos se han aplicado principalmente a contratos públicos con un mayor grado de impacto social (por ejemplo los proyectos de infraestructuras a gran escala)¹³⁵⁵. Del mismo modo, cabe señalar que las experiencias en torno a este mecanismo han favorecido claramente su obligatoriedad, en esencia, como indica ARRIBAS REYES, se considera que por medio de su obligatoriedad se evita la posibilidad de que, a través de negociaciones ad hoc, tales pactos queden finalmente diluidos en cuanto a sus contenidos. Algunos casos de países de la región que ya los han implementado, son por ejemplo, Portugal, Italia, Alemania, Polonia, Bulgaria, Rumanía y Hungría, entre otros¹³⁵⁶,

¹³⁵⁰ Transparencia Internacional (2017), op. cit.

¹³⁵¹ Ibid.

¹³⁵² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE (2016c), op. cit.

¹³⁵³ Ibid.

¹³⁵⁴ Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.31; y Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.66.

¹³⁵⁵ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.34.

¹³⁵⁶ Arribas Reyes (2016), op. cit., pp.5-8; y página de la Comisión Europea recuperada el 9 de octubre de 2017 en http://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/.

destacando once Estados miembros de la UE que participan en un total de 17 Pactos de Integridad pilotos¹³⁵⁷.

En América, existieron experiencias pioneras en los años 90 como la de Ecuador o Colombia¹³⁵⁸, sumando al presente a países como Argentina, Indonesia, México y Estados Unidos, donde también estos acuerdos han involucrado a las partes interesadas en los procesos de contratación, incluidas las oficinas de lucha contra la corrupción, las organizaciones del sector privado, los usuarios finales, la sociedad civil, los medios de comunicación y el público general. Más recientemente algunos Estados como México, han introducido un control social directo al involucrar a los ciudadanos en las etapas críticas del proceso de adquisición¹³⁵⁹.

Hacia España, y aunque según ARRIBAS REYES nunca ha existido la intención por parte de ninguna administración pública o empresa de utilizar estos Acuerdos, podemos destacar la experiencia del Ayuntamiento de Madrid, quien a abril de 2017 ha suscrito el primer pacto en el país, siendo una iniciativa pionera de rendición de cuentas en el territorio¹³⁶⁰. Según este último autor, lo importante debe estar en considerar a la integridad como un aspecto “sustantivo” y no “instrumental”, habiéndose en la práctica convertido en trascendente aquello que es instrumental¹³⁶¹.

Es por todo lo anterior, que potenciar y crear incentivos para afianzar este tipo de pactos (que son una herramienta de control) debe y puede jugar un papel trascendente en la buena Administración¹³⁶², y asimismo, en el éxito de un proceso de contratación como el demandado en estos días. Como termina concluyendo GIMENO FELIÚ, “...en tiempos actuales de desconfianza, y de percepción de contaminación de intereses en las decisiones contractuales (aun siendo legales), los pactos de integridad vienen a ser marca de calidad de la Administración, con intención de recuperar la confianza y credibilidad de la sociedad”¹³⁶³.

¹³⁵⁷ Arribas Reyes (2018), op. cit., 237.

¹³⁵⁸ Ibid.

¹³⁵⁹ OCDE (2014b), op. cit., p.28. Algunos gobiernos han creado asociaciones para la integridad con empresas y organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en Dinamarca una asociación público-privada conjuntamente con Transparency International y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, se unieron para la creación de un Portal Anticorrupción Empresarial que ofrece a compañías de pequeño y medio tamaño que posean los conocimientos y herramientas necesarias, invertir en mercados emergentes incluyendo información detallada de sus prácticas de integridad en la contratación pública (INAP, 2009, op. cit., pp.93-96). Ver otros ejemplos de pactos de integridad en el mundo, en países como: Alemania, India, Italia, Korea del Sur y Reino Unido en (OCDE, 2016b, op. cit., p.14).

¹³⁶⁰ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.241; y Transparencia Internacional recuperado el 9 de octubre de 2017 en <http://transparencia.org.es/ti-espana-suscribe-el-primer-pacto-de-integridad-en-este-pais-con-el-ayuntamiento-de-madrid/>

¹³⁶¹ Arribas Reyes (2018), op. cit., p.238.

¹³⁶² Benítez Palma (2016), op. cit., p.7.

¹³⁶³ Gimeno Feliú (2016d), punto II.

4. FACTORES O ACTIVIDADES DE ÉXITO QUE PROMUEVEN EL CONTROL EN LOS SISTEMAS DE ADQUISICIONES PÚBLICAS

Finalizando este apartado III, diremos que existen ciertos factores o actividades de éxito que potencian el logro de un buen control interno y externo en nuestra estructura de compras. Tales actividades, tienen por objeto mostrar que existen acciones específicas y comprobadas que todo sistema de adquisición debe incluir en sus estrategias de corto y mediano plazo, debiendo ser consideradas como el primer insumo para legislar sobre ello.

De este modo, mostraremos primeramente un “cuadro resumen” sobre tales actividades, para seguidamente explicar cada una de ellas según el mismo orden sugerido.

CUADRO RESUMEN. FACTORES O ACTIVIDADES DE ÉXITO QUE PROMUEVEN UN CONTROL DE LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN	
TIPO DE CONTROL:	A TRAVÉS DE ACCIONES COMO:
INTERNO	a) Comunicación interna institucional
	b) Creación de sistema de reclamos
	c) Eficaz aplicación de la Ley
	d) Auditoría interna o equivalente
	e) Definir elementos claves de control
EXTERNO	f) Legislar sobre otras materias específicas de contratación
	g) Facilitar un control social
	h) Exigir un control parlamentario independiente
	i) Fortalecer el Organismo defensor del pueblo/mediador
	j) Posicionar a instituciones auditoras externas en el control de la contratación pública
	k) Diagnósticos neutrales del sistema de contratación
	l) Certificación externa
INTERNO Y ENTERNO	m) Creación de estándares éticos y de transparencia más estrictos
	ñ) Implementación de Pactos de Integridad

Cuadro 16. Fuente. Elaboración propia.

La descripción de cada una de las actividades o acciones aludidas en el cuadro anterior, es la siguiente:

Control interno:

a) *Comunicación interna institucional.* Es esencial al implementar cualquier proceso de cambio interorganizacional, así como iniciar un proceso de control y/o evaluación de un sistema de contratación, el comunicar “eficazmente” a todo el organismo el objetivo, fines, beneficios, además lo que se solicita de los funcionarios. Esta tarea puede ser muy simple y quizás para muchos sin importancia, sin embargo, esto ayuda a disipar muchas dudas y temores del trabajo que se realizará,

disminuyendo resistencias en su aplicación final, y por lo tanto, afectando positivamente al éxito de la implantación.

b) Creación de sistema de reclamos (independencia de los procesos de reclamación). Saber qué está fallando en el proceso de adquisición desde la mirada de quienes utilizan el sistema, es esencial si queremos controlarlo y mejorarlo. Para evitar pleitos y ofrecer la oportunidad a las autoridades encargadas de la contratación de realizar los ajustes necesarios, una gran mayoría de países animan, e incluso en algunos como Alemania obligan a los licitadores a presentar sus quejas directamente ante esta misma autoridad.

La presentación de una queja ante la autoridad mencionada, puede ofrecer ventajas claras, especialmente cuando la razón de la disputa se refiere a casos en que se ha podido tratar de una equivocación simple y obvia, más que de una contravención deliberada de las leyes en la materia, o bien, cuando el caso incluye interpretaciones delicadas de la Ley¹³⁶⁴. Según la “Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas”, “*La implantación generalizada de estos mecanismos es imprescindible para acercar la Administración y permitir a la ciudadanía trasladar a la organización de manera simple, ágil y espontánea los motivos de su insatisfacción con los servicios recibidos, o incluso realizar propuestas de mejora*”¹³⁶⁵.

c) Eficaz aplicación de la Ley (mecanismos eficaces de supervisión y aplicación normativa). En una gran cantidad de países del orbe, se aprecia que existe un ordenamiento jurídico que garantiza un uso óptimo de recursos públicos, estableciendo algún régimen de sanciones y controles para casos de corrupción. Tal marco jurídico, puede estar muy bien articulado y definido, no obstante, si no se supervisa su correcta aplicación, servirá muy poco para medir lo que tiene que controlar y proponer nuevas disposiciones normativas eficaces. Es por ello, que una supervisión de la aplicación normativa en la contratación es fundamental para el éxito del control.

Sobre este punto, destacable es mencionar la experiencia alemana quien posee un fuerte sistema anti-corrupción, el cual depende esencialmente de mecanismos eficaces de supervisión y

¹³⁶⁴ Otra preocupación es garantizar que la decisión no esté influenciada por el funcionario o por los intereses de la Administración contratante. Por ejemplo, en Bélgica, los superiores de las Administraciones contratantes más que los funcionarios, son quienes determinan si las protestas son atendibles para evitar situaciones de conflicto de intereses. Asimismo, también es posible recurrir a mediadores que planteen una revisión independiente de las acciones de la Administración. Otras soluciones, incluyen la posibilidad de que se tome la decisión en un período más corto si la reclamación está relacionada con la adjudicación. Por ejemplo en Holanda, en caso de urgencia (cuando todo el proceso de contratación pública está pendiente de la decisión), se puede presentar una acción jurídica ante el presidente de un tribunal de distrito solicitando un mandamiento judicial con el que se anule la decisión de adjudicación y se ordene la iniciación de un nuevo proceso (INAP, 2009, op. cit., p.119).

¹³⁶⁵ AEVAL (2009), op. cit., p.12.

aplicación de la Ley. Este éxito contra la corrupción, también abarca la contratación pública, percibiéndose este vicio en el país como bajo, a pesar de que persisten algunas debilidades en particular en el campo de la construcción¹³⁶⁶.

d) Auditoría interna o equivalente. Una actividad de éxito valiosa que promueve el control, es solicitar apoyo y compromiso al área de auditoría interna del organismo o quién cumpla su función, lo anterior, con el fin de plasmar un plan de control interno anual en compras. Sumado a ello, es relevante además exigir a esta área una inspección efectiva sobre las sanciones o multas que no se han cobrado por parte de la institución, y que son parte de los pliegos o contrato respectivo¹³⁶⁷. Si no existiese una unidad de auditoría, se podría realizar este plan desde la jefatura de compras junto con el apoyo de su equipo de contratación.

e) Definir elementos claves de control (para que el control funcione dentro de la estructura de compras). La experiencia del sistema de compras de la ONU, ha demostrado que para que esta función administrativa funcione, debe existir al menos: compromiso, un equipo o grupo de compradores capacitados, y un repositorio de datos fiables y oportunos¹³⁶⁸. Agregando según esta investigación, una normativa efectiva y diligente, y un liderazgo real de las jefaturas que comunique y haga partícipe a sus equipos de trabajo.

Control externo:

f) Legislar sobre otras materias específicas de contratación. Además de las temáticas propias que abarca el ordenamiento jurídico de contratos públicos, se debe exigir a la normativa legislar sobre: a) Otras atribuciones y funciones para los órganos de control externo que les permitan realizar un examen autónomo, variado y oportuno, b) Sanciones importantes por incumplimiento de la legislación, con el fin de tener un mayor efecto disuasorio, c) Establecer algunas disposiciones, que aunque sean básicas -pero precisas-, abarquen el seguimiento y examen de los contratos (dotar también de los medios para ello), d) Exigir normativamente que se publique, por cada institución, su Plan de Compra Pública Anual, y a su vez, e) Señalar en la normativa la exigencia de publicar en la

¹³⁶⁶ Comisión Europea (2015b), op. cit., pp.86-87. Las directrices para la prevención de la corrupción del año 2004 en el país, introdujo varias medidas preventivas en la contratación que se aplicaban a los organismos federales, las cuales incluyeron: a) La separación de las tres fases del proceso de adquisición, es decir, la preparación y planificación, la compra, y la fase de facturación y liquidación; b) La aplicación del principio de cuatro ojos sobre los procesos de compras; y c) La rotación regular del personal de contratación. Además de ello, se incluyó fundamentar las decisiones cuando se elige un procedimiento de contratación distinto al procedimiento abierto. Finalmente, también hay que señalar que algunos Estados Federales realizan un seguimiento de los oferentes que han sido excluidos de los concursos públicos.

¹³⁶⁷ Esta última acción es muy relevante, ya que propicia que los proveedores mejoren sus productos y/o servicios entregados al sector público, entendiéndose que si no lo hacen, serán efectivamente sancionados.

¹³⁶⁸ Naciones Unidas (2015), op. cit., p.22.

web institucional el “Manual de Procedimientos de Contratación Institucional” actualizado y firmado por la autoridad del organismo cada año.

g) *Facilitar un control social (potenciar el control social desde la ciudadanía)*. Una tendencia creciente en bastantes países, es involucrar en el proceso de contratación pública a más interesados (no solamente a organizaciones del sector privado, sino también a usuarios finales y sociedad en general). En los Estados de la OCDE, por ejemplo, algunos de ellos han introducido un control social directo mediante la participación de los ciudadanos en los procesos de adquisición. El diálogo abierto y regular con los proveedores y las asociaciones empresariales, ha ido reforzando la comprensión mutua de los factores que configuran los mercados públicos¹³⁶⁹.

De hecho, en las organizaciones de hoy en día -donde deberíamos incluir a aquellas pertenecientes al sector público-, los equipos de adquisiciones están exigiendo a sus proveedores que sean socios estratégicos. No basta con encontrar un nuevo o mejor proveedor, sino que se necesita colaborar de manera oportuna y eficiente con ellos -lo que favorece este control social-, siempre dentro de los marcos normativos de transparencia y probidad respectivos. Las empresas actualmente buscan constantes formas de automatizar su colaboración con sus proveedores y así entregar un mejor servicio a sus clientes, incluyendo en esta tarea el uso de más tecnología y herramientas de gestión¹³⁷⁰ ¿Por qué no podríamos hacer lo mismo en nuestra contratación pública? Realizar lo mencionado trae consigo muchos miedos y temores por parte de los funcionarios, al pensar que esto contraviene los intereses públicos, la transparencia o ética pública, no comprendiendo que las malas prácticas de hoy en este tema no son las “formas” de comunicarse con este sector, sino la predisposición personal a hacer lo incorrecto o fuera de la norma (aspectos humanos de fondo). En los últimos años, cada vez más Estados están incluyendo mecanismos de control social sobre su actuación pública, comprometiendo a los interesados en la verificación de su integridad¹³⁷¹.

h) *Exigir un control parlamentario independiente (organismos de revisión parlamentarios independientes)*. Como sostiene MIAJA FOL, uno de los elementos que forman parte del equilibrio de los poderes del Estado moderno, es el sometimiento de la Administración al control parlamentario¹³⁷². Según LÓPEZ GUERRA et al, el sistema parlamentario de un país está asentado sobre la base de la relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno, existiendo dentro de las

¹³⁶⁹ OCDE (2016b), op. cit., p.18.

¹³⁷⁰ Koch Michael (2016), pp.21-22.

¹³⁷¹ INAP (2009), op. cit., p.126.

¹³⁷² Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.531.

funciones parlamentarias controlar la actividad gubernamental¹³⁷³, agregando PASCUAL GARCÍA que este examen que es predominantemente político, se ejerce por los parlamentos o cámaras¹³⁷⁴, presentando dos características como indica SANTIAGO FUENTES: se trata de un control político (tal control puede ver reflejado en el artículo 66.2 de la Constitución española), y por otro lado, es un control sobre las decisiones. Este control, al igual que el de carácter general, puede llevarse a cabo de forma previa, concomitante o posteriormente¹³⁷⁵.

A través de una presión social, se busca que el parlamento lleve a cabo revisiones de la actividad de contratación pública, bien por medio de un comité permanente, o bien por uno formado ad hoc para investigar un problema concreto. Varios países ya han organizado un comité parlamentario para revisar proyectos, conducir investigaciones y/o realizar audiencias en materia de contratos que conllevan riesgos significativos para el presupuesto estatal (por ejemplo, en Grecia, México, Holanda, Eslovenia y Turquía). Los territorios que han organizado una comisión de este tipo, se ocupan principalmente en impedir irregularidades y corrupción, en base a: a) Servir de vínculo entre los procedimientos de planificación financiera y el control de la contratación, b) Proporcionar al Parlamento una posición formal al organizar la agenda, y c) Reforzar la autoridad del Parlamento¹³⁷⁶. Hacia España, relevante es mencionar al respecto “las Comisiones de Investigación Parlamentaria” previstas en el art. 76 de la Constitución, las cuales pueden investigar sobre cualquier asunto de interés público que puede incluir los contratos públicos.

Así, y conforme a BALLART y RAMIÓ, en el territorio español el parlamento posee la función de control del Gobierno y de la Administración, siendo un control político general que se reconoce en la Constitución y estatutos de autonomía. Tal parlamento, controla la gestión económica de todo el sector público a través del Tribunal de Cuentas y, en cuanto a los abusos que pueda cometer la Administración hacia los ciudadanos, por medio del Defensor del Pueblo¹³⁷⁷.

i) Fortalecer el Organismo defensor del pueblo/mediador (Ombudsman). Por medio de una voluntad política, coordinación y mayores disposiciones normativas, esta institución puede llevar a cabo investigaciones sobre actividades de contratación pública y resolver asuntos a través de la

¹³⁷³ López Guerra et al (2003), op. cit., p.123. Como sostienen estos autores, para el caso español, este esquema se sigue en un régimen político que se autodenomina “monarquía parlamentaria”, según el artículo 1.3 de la CE.

¹³⁷⁴ Pascual García (1999), op. cit., p.607.

¹³⁷⁵ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., pp.638-639.

¹³⁷⁶ Ibid.

¹³⁷⁷ Ballart y Ramió (2000), op. cit., pp.546-547.

conciliación, como ha ocurrido en países de Australia, Bélgica, Brasil, Luxemburgo, Nueva Zelanda y Reino Unido¹³⁷⁸.

Hacia España, y en su función de control, este órgano según el artículo 54 de la CE “...podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”. De este modo, recibe las quejas de la ciudadanía sobre el comportamiento de la Administración, pudiendo luego de valorar éstas, iniciar una investigación. Este organismo no puede sancionar, pudiendo sólo sugerir y aportar evidencia sobre lo investigado, estando legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo respectivos, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹³⁷⁹.

j) Posicionar a instituciones auditoras externas en el control de la contratación pública. Un control interno y efectivo sobre los contratos, debe ser supervisado habitualmente por uno de tipo externo. Los controles externos que son valiosos en esta materia son aquellos que se utilizan para mejorar el sistema. Asimismo, la existencia de instituciones auditoras de alto nivel contribuyen al examen de las acciones del gobierno a base de informes dirigidos a los Parlamentos. Por ejemplo en Polonia, la adjudicación de un contrato está sujeta a la inspección de la Cámara Suprema de Control, organismo constitucional independiente de la Administración quien informa al Parlamento¹³⁸⁰.

k) Diagnósticos neutrales del sistema de contratación (diagnósticos realizados por organismos internacionales). En el año 2011, actores clave de México en los sectores de la salud y de la energía (Instituto Mexicano de Seguridad Social, IMSS, la Mexican Petroleum Company, PEMEX, y la Comisión de Electricidad, CFE), solicitaron a la OCDE un análisis de sus compras públicas. Luego de tal estudio, tal organismo internacional propuso recomendaciones que permitían obtener economías de escala, y ofrecer mejores servicios con la disminución de recursos. De acuerdo con el Instituto Mexicano para la Competitividad, el Instituto Mexicano del Seguro Social ahorró 20 millones de euros en los gastos de adquisición de medicamentos en el año 2011, como resultado de tal revisión por parte de este organismo externo y neutral¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.127.

¹³⁷⁹ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.419.

¹³⁸⁰ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.127.

¹³⁸¹ Las recomendaciones propuestas por la OCDE fueron las siguientes: a) Iniciar un diálogo entre las entidades mexicanas para la adquisición conjunta de bienes y servicios, b) Optimizar los procesos y aumentar la coordinación de las estructuras altamente descentralizadas en los sectores en cuestión, c) Reducir el uso de las adjudicaciones directas y aumentar el uso de licitaciones abiertas y competitivas, y d) Aumentar la integración entre los sistemas electrónicos individuales y el del Gobierno Federal de e-procurement (compranet), así como proporcionar formación metodológica sobre el uso de estos sistemas para funcionarios y proveedores. Hay que destacar que los sectores de la salud y de la energía en México representan el 40% de todas las compras del sector público que abarcan aproximadamente USD 15 mil millones (OCDE, 2014a, op. cit., p.7).

l) Certificación externa (sobre actividades de contratación). El Banco Central Europeo (BCE) ha obtenido una certificación externa de sus actividades de adquisiciones, que le han permitido ir mejorando su control y disfunciones habituales. Además de ello, han aportado otros conocimientos y perspectivas exteriores que han ido enriqueciendo tal control. La Oficina Central de Contratación (CPO) del BCE solicitó y obtuvo esta certificación externa llamada “Premio PPP” (Procesos, Políticas y Procedimientos) por alcanzar un nivel de excelencia en estos ámbitos de la contratación¹³⁸².

Control interno y externo:

m) Creación de estándares éticos y de transparencia más estrictos. Como ya hemos aludido en el transcurso de esta investigación, la confección de códigos de buena conducta o estándares éticos más estrictos, sobre todo para quienes gestionan recursos públicos, es importante de aplicar en los organismos públicos monitorizando su cumplimiento. Se ha manifestado que la ética es la base de la transparencia e integridad, y esta última con la información, son la base del control; por ello, no podremos concretar los objetivos de la ética si no existen los canales que la dirijan, y los controles que la obliguen.

En lo que respecta a la creación de estándares de transparencia más rigurosos, y destacando a España, algunos ejemplos como la creación de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública en Cataluña, o de la Comisión Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, han fijado estándares de transparencia más estrictos en materia de contratos, centralizando la recopilación de datos y mejorado el examen de los procedimientos. Las Comunidades Autónomas de Valencia y Cataluña han desarrollado una buena práctica en el marco de los contratos negociados -permitidos en determinadas condiciones por la normativa de contratación de la UE-, consistente en dar carácter obligatorio a la publicidad de las ofertas y facilitar la participación de todas las empresas, sin que tengan que haber sido invitadas oficialmente de antemano¹³⁸³.

De igual modo, y según la Comisión Europea en un estudio a ocho de sus Estados miembros, una de las prácticas exitosas identificadas al año 2013 para frenar la corrupción en esta materia, fue

¹³⁸² Tal galardón, fue otorgado por el Chartered Institute of Purchasing & Supply (CIPS) en 2011, el cual expiró a finales de 2015, teniendo previsto la CPO someterse a otros nuevos procesos completos de recertificación en los próximos años (Tribunal de Cuentas Europeo, 2016, op. cit., p.20).

¹³⁸³ Comisión Europea (2014a), op. cit., documento de anexo 9, p.14.

mejorar los estándares de transparencia a través de la optimización y gestión de ésta, realizando auditorías y evaluaciones independientes, estructurando y analizando datos, entre otras acciones¹³⁸⁴.

ñ) *Implementación de Pactos de Integridad*. Finalmente, mencionamos la relevancia de promover, potenciar y buscar los incentivos para implementar pactos de integridad. Estos acuerdos -que ya hemos desarrollado en puntos anteriores-, deben ser promovidos desde los gobiernos e informados claramente al sector privado, mostrando la conveniencia y beneficio mutuo de llevarlos a cabo. En la medida que exista un aumento de estos acuerdos en materia de contratos en un país, serán necesarios menos controles de otros tipos para garantizar un proceso de adquisición óptimo.

¹³⁸⁴ El resto de prácticas recomendadas fueron: análisis de contratistas y beneficiarios, instrumentos y prácticas de prevención, y funcionarios especializados y bien entrenados Comisión Europea (2013), op.cit., p.10.

IV. ESPAÑA Y EL CONTROL DE SU CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

Como indica la “Carta de compromisos con la calidad” de las administraciones públicas en el territorio, *“Las Administraciones han de modernizar sus sistemas de responsabilidad y control, debiendo conceder más importancia a los resultados, para lo que tienen que comprometerse a mejorar las técnicas administrativas y presupuestarias de planificación, control y evaluación”*¹³⁸⁵.

Desde una retrospectiva, la regulación actual del territorio español según LÓPEZ GUERRA et al, viene a seguir el precedente de la constitución de 1931, y no el fijado por las constituciones monárquicas del siglo XIX. Por ello, Gobierno y Rey se configuran como órganos constitucionales distintos¹³⁸⁶, donde el primero debe ser el responsable directo por el control del Estado y su sector gubernamental. En la administración pública, la Constitución Española es fiel reflejo de este necesario de control, definiéndose en este marco jurídico nacional las facultades de los poderes del Estado y sus ciudadanos, además de instituir una serie de órganos de relevancia constitucional encargados de medir al Gobierno y su actuación.

Como ya hemos destacado, el control busca esencialmente una ejecución óptima de la política de gobierno, y su vez, que la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico. El control político español, en este contexto, corresponde por ello al ejercido por las Cortes Generales, siendo estas las de competencia para monitorizar las acciones del gobierno¹³⁸⁷.

En este escenario, mencionamos al control ejercido por el Tribunal de Cuentas, el cual es un órgano de naturaleza técnica comisionado por tales Cortes Generales. Tal Tribunal, el cual está amparado en el artículo 136.1 CE, es *“El supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público...”*, presentando una doble función: es un órgano del control contable de la ejecución presupuestaria (artículo 136.2 CE); y por otro lado, se le atribuye jurisdicción propia relativa al enjuiciamiento contable de las infracciones o responsabilidades detectadas en las cuentas del Estado y sector público¹³⁸⁸.

¹³⁸⁵ AEVAL (2009), op. cit., p.8.

¹³⁸⁶ López Guerra et al (2003), op. cit., pp.144-145.

¹³⁸⁷ El control político es un control ejercido por el Parlamento a través de criterios políticos (Fuentes Vega et al, 1999, op. cit., p.572).

¹³⁸⁸ López Guerra, et al (2003), op. cit., p.201. La función de fiscalización contable de este Tribunal, realiza por una parte un control del sometimiento de la actividad económico financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía, y por otro lado, le compete el control de cada presupuesto público.

Luego, y en referencia al control jurídico de este sector público, debemos decir que este proviene de su sometimiento a la legalidad conforme al artículo 9.1 CE, reforzado por el artículo 103.1 CE y 2 CE, en los cuales según su naturaleza, en la Administración española este examen puede dividirse en: controles jurisdiccionales y no jurisdiccionales, según sean ejercidos por jueces o tribunales, o por otros organismos¹³⁸⁹. No olvidando también mencionar al artículo 106.1 de esta misma carta magna, el cual señala que, “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”.

Este control judicial, unido a los principios de tutela efectiva del artículo 24 CE y de exclusividad judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del artículo 117.3 CE, ha extendido su legitimación frente a los estrechos límites establecidos inicialmente por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹³⁹⁰. Así, el Tribunal Constitucional que está dotado de independencia del resto de poderes, es el encargado, entre otros asuntos, del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE, en cuyo ejercicio podrá supervisar las resoluciones judiciales relativas a la actuación de las administraciones públicas (artículo 161 CE y artículo 1 LOTC). Por esta razón, aunque tal organismo no ejerce una inspección directa de la Administración, si bien ha podido realizar una labor importante de acercamiento de los sistemas de control administrativo a los valores constitucionales, sobre todo en relación a los controles judiciales¹³⁹¹.

Asimismo, y aunque su tarea no sea un examen de esta administración pública propiamente tal, mencionamos la función ejercida por el Consejo del Estado, el cual como sostiene el artículo 107 CE, “*...es el supremo órgano consultivo del Gobierno*”, desarrollando su función a través de la emisión de dictámenes estrictamente jurídicos, los cuales no obstante y como regla general, no son vinculantes¹³⁹².

Así, y llegando luego de esta descripción normativa a uno de los diagnósticos actuales sobre este control y los organismos que lo ejecutan, GAMERO y FERNÁNDEZ afirman que los controles desplegados sobre los poderes públicos españoles en general, y sobre sus Administraciones, requieren de revisión por su manifiesto fracaso. Argumentando que existen tres factores que muestran esta realidad. El primero, es el anacronismo de la jurisdicción contencioso-administrativa,

¹³⁸⁹ Ibid, pp.197-200.

¹³⁹⁰ Fuentes Vega et al (1999), op. cit.

¹³⁹¹ Ibid. Ver más detalle de este organismo y su control en Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.194-195.

¹³⁹² López Guerra et al (2003), op. cit., p.200.

indicando la rígida estructura del proceso y su larga duración, donde BALLART y RAMIÓ al año 2000 agregan que este retraso ha venido de los problemas de gestión que arrastra el poder judicial, y a la práctica procesal de los abogados que utilizan estrategias legales para obstaculizar los procesos y evitar la ejecución de las sentencias¹³⁹³. El segundo, es el colapso de las estructuras de control, subrayando que a pesar de la gran cantidad de organismos de control existentes, han sido ineficientes para evitar los abusos, y que esto ha traído también duplicidad de sus funciones. Y en tercer lugar, señalan la necesidad de una nueva herramienta de control, aludiendo que esta es la que puede desplegar la sociedad civil mediante instrumentos de transparencia del poder público¹³⁹⁴.

A tal respecto, IPIÑAZAR PETRALANDA y GARCÍA-DELGADO atribuyen que este deficiente escenario es debido a que las instituciones carecen de medios para inspeccionar, y por lo tanto, “...únicamente fiscalizan una serie de entes que, generalmente, suele estar compuesta por los requerimiento legales y algunas peticiones recibidas de las Cortes Generales (o Parlamentos Autonómicos, según el órgano de control), los ciudadanos o por el propio órgano de control”¹³⁹⁵.

En lo relativo a la contratación pública, y en palabras de MALARET ELISENDA, la doctrina legal en el pasado tenía como finalidad limitar el ejercicio de las prerrogativas, luchar contra el poder y sus inmunidades. Al presente, trata de garantizar que se ejerzan efectivamente los poderes de la Administración, y que en la realización de sus cometidos actúe al servicio del interés general, asignando los fondos públicos de manera eficiente¹³⁹⁶. Esta situación, por consiguiente, fundamenta la razón del tan necesario control en esta materia pública en el país.

2. CONTEXTO Y DEFICIENCIAS DEL ACTUAL CONTROL EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

“La contratación pública en España despilfarra en torno al 4,5% del PIB por sus deficientes mecanismos de control, y su ineficiencia” (Villoria Mendieta)¹³⁹⁷.

Con carácter general, los controles en el territorio están respondiendo deficientemente a medir las malas prácticas de la Administración, así como su gestión interna en términos de eficiencia y eficacia, encontrando por lo tanto en este escenario, el por qué el sistema actual de contratación español se encuentra debilitado. Esta realidad, contrasta con países como el Reino Unido, Irlanda,

¹³⁹³ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.560.

¹³⁹⁴ Gamero y Fernández (2016), op. cit., pp.64-65.

¹³⁹⁵ Ipiñazar y García-Delgado (2016), op. cit., p.32.

¹³⁹⁶ Malaret Elisenda (2016), op. cit., pp.56-57.

¹³⁹⁷ Villoria Mendieta (2017), op. cit.

Canadá, Estados Unidos, Alemania, Corea del Sur, entre otros. Además, es bastante distinta a algunos Estados en América, quienes ya hace años vienen adecuando controles de gestión e implementación de indicadores de desempeño para saber cómo están funcionando sus procesos de adquisiciones¹³⁹⁸.

Sobre el ámbito de aplicación de este control, debemos decir que está referido a qué órganos afecta y cuáles de sus actos están sometidos a esta función administrativa. Es decir, existe un ámbito (o delimitación) subjetivo y otro objetivo de su aplicación¹³⁹⁹. De acuerdo a FUENTES VEGA et al, hasta épocas recientes primaba un punto de vista jurídico en el campo de la administración pública española, desarrollándose un control de regularidad y único. Luego, la escasez de recursos en el Estado llevó a la necesidad de racionalizar las actuaciones administrativas a través de la técnica de gestión por objetivos, abriendo la idea de economicidad que abarcaba tanto la eficiencia como la eficacia. Entonces, fue así que de existir únicamente un punto de vista jurídico, se pasó a uno financiero, económico y técnico¹⁴⁰⁰.

En cuanto a su estructura, podemos señalar que goza en la ley de una posición institucional plenamente homologable a la de los países más avanzados de la región¹⁴⁰¹, dividiéndose en su operatoria en interno y externo, evidenciándose así un sistema de control dual y descentralizado. Según PEÑA OCHOA, este examen se caracteriza además por ser exhaustivo, recurrente y sistemático, siendo sin embargo en muchos casos, por ejemplo en la contratación, claramente redundante¹⁴⁰².

De este modo, y en un análisis amplio de su realidad, debemos reseñar que esta función administrativa ha sufrido un retroceso, como consecuencia del principio de autonomía y de la profunda descentralización llevada a cabo por la Constitución de 1978. De este modo, y como sostiene PARADA VÁZQUEZ, las Comunidades Autónomas nacieron libres de cualquier tipo de control a ejercer por la Administración del Estado, salvo la Alta Inspección en materia de enseñanza. Por esto, en la actualidad, tanto las Comunidades Autónomas como entes locales están únicamente sujetas a controles externos¹⁴⁰³, manteniéndose obviamente al control de la legalidad propio de entes públicos sometidos al Estado de derecho, en donde como instrumentos legales de medición en

¹³⁹⁸ Casos como en países de México, Brasil, Colombia y Chile.

¹³⁹⁹ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.570. Dentro del ámbito subjetivo de la actividad financiera, se extiende fundamentalmente a los entes públicos. En el caso de los entes privados, el control al que nos estamos refiriendo afecta cuando existen subvenciones o ayudas públicas.

¹⁴⁰⁰ Ibid, p.580.

¹⁴⁰¹ Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.9-10.

¹⁴⁰² Ibid, ppt.8.

¹⁴⁰³ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.134.

materia de contratos encontramos al presente los ya mencionados: Recurso Especial, Recurso Administrativo y Recurso Contencioso Administrativo.

En la praxis de la contratación pública, hay que señalar que este control ha decantado principalmente en una medición administrativa previa de la legalidad¹⁴⁰⁴ -enmarcada en el artículo 103.2 de la Constitución-, vigilante que los procedimientos llevados a cabo estén de acuerdo a lo establecido por la reglamentación imperante. Y por otra parte, se suma una inspección contable, presupuestaria y financiera posterior del gasto público¹⁴⁰⁵, la cual según la Constitución respectiva en sus artículos 134 y 136, identifica dos tipos de controles: uno de naturaleza preventiva y otro de carácter consultivo.

Sobre el primer tipo de control normativo aludido, hay que destacar que esta medición es de revisión y legalidad. En relación con su carácter revisor, esta característica implica que la función jurisdiccional entra en juego en relación con la actuación de las Administraciones sólo a posteriori, una vez que se ha producido la actuación del órgano en cuestión. Por el lado de la legalidad, se trata de un control de derecho, jurídico, nunca de oportunidad o conveniencia de la actuación administrativa ni tampoco un examen de tipo técnico. Sólo cabe revocación de la actuación de la Administración con fundamento en la Ley y si concurre infracción de la misma. Quien realiza este tipo de control son los órganos de recursos contractuales¹⁴⁰⁶.

Como crítica al anterior examen, la CNMC ha sostenido que hay una excesiva focalización entorno a esta legalidad, dejando de lado el cumplimiento del resto de consideraciones en relación con la eficiencia y competencia que han de inspirar esta materia de aprovisionamiento al presente. Así, también en muchos casos el retraso en la realización de dichos controles los ha dotado de poca utilidad¹⁴⁰⁷.

A este mismo respecto, destacable es reseñar lo manifestado a inicios de los años noventa por MARTÍN ACEBES, quien manifestaba que el personal de la Administración española (altos directivos públicos) poseía una preparación preferentemente jurídica, considerada por una Administración jerarquizada e inflexible que actuaba interna y externamente a través de

¹⁴⁰⁴ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.575.

¹⁴⁰⁵ Esta es una inspección o control de la actividad económica-financiera de la Administración (Ibid).

¹⁴⁰⁶ Marín Albarrán (2013), pp. 497-507. Una forma de control en la actual contratación española, ha sido por medio del sistema de recurso especial, el cual ha permitido modular la presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar -antes de la formalización del contrato- si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente (Gimeno Feliú, 2015a, op. cit., p.5).

¹⁴⁰⁷ CNMC (2015), op. cit., p.27.

procedimientos rígidamente preestablecidos. Luego, y por el contrario como enfatiza este autor, el nuevo enfoque modernizador de la nueva Administración empezada a considerar que el fin primordial, aunque no exclusivo, era la prestación de servicios públicos en términos de eficacia al mínimo coste, no siendo suficiente cumplir sólo el principio de legalidad¹⁴⁰⁸. De esta manera, y si extrapoláramos este hecho al presente, nos permitiría en parte fundamentar la necesidad de medir la contratación española desde otros prismas y controles, debiendo igualmente ser integrada por otras miradas.

En cuanto al control contable, presupuestario y/o financiero, como otra medición habitual en el país¹⁴⁰⁹, según FUENTES VEGA et al, parte de este examen tiene por objetivo comprobar que la actuación en lo económico-financiero de los servicios, órganos Autónomos, Sociedades y demás entes públicos estatales, se ajusten a la legalidad con eficiencia y eficacia (control de la actividad económica-financiera de la Administración)¹⁴¹⁰. Tal medición ex post de los dineros públicos, se distingue de esta manera entre: control político (Parlamento), control interno (Intervención General) y un control a través de los OCEX¹⁴¹¹. Este control, sobre todo en las comunidades locales, se está haciendo muy necesario siendo afectado por los insuficientes órganos para fiscalizar a todos los entes públicos. Sólo el número de Ayuntamientos existentes en España supera los 8000 organismos, donde algunos de ellos en los más de treinta años de vida de las Instituciones de Control Externo (ICEX), no han sido nunca objeto de fiscalización¹⁴¹². Así, esta inspección como señala PARADA VÁZQUEZ, es uno de los controles más importantes, efectuándolo el Tribunal de Cuentas y órganos análogos de las Comunidades Autónomas, y los cuerpos de funcionarios interventores del Estado, Comunidades y entes locales¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁸ Ángel Martín Acebes en Ministerio para las Administraciones Públicas (1992), pp.88-89.

¹⁴⁰⁹ Como se indicó en el Capítulo I de este estudio, la normativa aplicable al control presupuestario es la Ley General Presupuestaria (LGP), la cual en su artículo 140 distingue entre control interno y externo (Miaja Fol, 2010, op. cit., pp.208-209).

¹⁴¹⁰ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.576. De acuerdo a RODRÍGUEZ FRAGA, el control de la actividad financiera en la práctica puede establecerse en seis grandes categorías o modalidades: 1) El asesoramiento o la consultoría. Implica un juicio crítico acerca de las alternativas a una decisión pública, 2) La evaluación. Supone emitir un juicio de valor acerca del grado de cumplimiento de la actividad pública, 3) La intervención. Es un control directo e inmediato que participa en la conformación del acto administrativo a través de la emisión de un juicio crítico que forma parte o completa la declaración de voluntad administrativa. Este control interno se ejerce en tres modalidades de distinta naturaleza: la función interventora, el control financiero permanente, y la auditoría pública, 4) La fiscalización. Es una modalidad de control destinada a emitir un juicio crítico sobre la regularidad (verificación) de un acto administrativo, determinando su ajuste a la legalidad o a otro parámetro de buena gestión pública. Esta fiscalización puede desglosarse en cuatro clases: de cumplimiento de las normas jurídicas, financiera de las normas contables, de sistemas y procedimientos de control interno, y operativa acerca del resultado de las operaciones, 5) La inspección. Es una declaración de juicio de carácter inquisitivo destinada a descubrir la veracidad conocida u oculta (investigación) de los actos de interés público, y por último, 6) El enjuiciamiento. Es un proceso declarativo que emite un juicio crítico completo (revisión) sobre los actos de las administraciones públicas (Rodríguez Fraga, 2017, op. cit., pp.2-5).

¹⁴¹¹ Fernández Llera (2009), op. cit., p.140.

¹⁴¹² García y Pérez (2016), op. cit., p.35.

¹⁴¹³ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.133.

Por lo que respecta a las actuales deficiencias de este control en materia de contratos -sin dejar de recordar que este examen no difiere mayormente del efectuado a su administración pública en general-, GIMENO FELIÚ ya en los años noventa sostenía la importancia de adecuarse a las Directivas de la UE en materia de contratación, con la finalidad de dar solución al “déficit” en el control existente en España¹⁴¹⁴. Tal autor, destacaba que la contratación en el país poseía una deficiente regulación, afectando al interés general. Resaltaba la inaplicabilidad del control, así como la ineficacia de los mecanismos de medición de la legalidad de las resoluciones¹⁴¹⁵. Sostenía además, que la flexibilidad con que se ha concebido el aprovisionamiento público, *“No ha hecho sino favorecer un caldo de cultivo idóneo para la corrupción, lo que ha generado, amén del deterioro político y económico, y una desconfianza ciudadana...”*¹⁴¹⁶. Para acabar mencionando que esta inspección debía caracterizarse por dos aspectos relevantes: garantizar la efectividad operacional del marco normativo; y la necesidad de una interpretación rígida que evite “fugas” no deseadas¹⁴¹⁷.

Posterior a esta década, y ya al año 2014, la Comisión Europea realizaba algunas recomendaciones al territorio español sobre cómo enfrentar sus principales patologías en su sistema de aprovisionamiento, advirtiendo la necesidad de ejecutar un control caracterizado por: un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción; refuerzos de los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de compra, así como durante la ejecución de los contratos; garantizar una visión de conjunto coherente sobre la prevención y detección de las prácticas corruptas en todos los niveles; para finalmente, advertir sobre el fortalecimiento de los regímenes sancionadores¹⁴¹⁸.

Desde la eficiencia, y citando a la CNMC, este órgano ha planteado que el sistema de contratación pública español requiere simultáneamente una evaluación interna y externa del grado de cumplimiento de este principio¹⁴¹⁹. De este modo, tanto el control de eficiencia como el de eficacia exigidos desde años por la Constitución Española, disposiciones presupuestarias, de procedimientos administrativos, entre otras, vienen a dilucidar que sólo se necesita supervisar que tales inspecciones se ejecuten y lleven a cabo de manera “efectiva” como demandan tales normativas, debiendo entonces dirigir las primeras acciones y esfuerzos en esta dirección, antes de legislar nuevamente sobre estas mismas materias.

¹⁴¹⁴ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.29.

¹⁴¹⁵ Ibid, p.28.

¹⁴¹⁶ Ibid, p.65.

¹⁴¹⁷ Ibid, p.21

¹⁴¹⁸ Comisión Europea (2014b), op. cit., pp.38-39.

¹⁴¹⁹ CNMC (2015), op. cit., pp.13-18.

Al presente, y según la UE en un estudio de la realidad del país al año 2017, se ha indicado que el marco de la política de contratación no fomenta esta eficiencia y el cumplimiento legal. Aludiendo que España carece de una política nacional en contratos públicos que garantice este principio, el cumplimiento legal, y un alto nivel de competencia en todo el país, lo que decanta finalmente en un bajo control. Este organismo, además ha añadido que aunque existen algunas medidas recientes para mejorar las prácticas en compras, persisten ciertas debilidades, entre las cuales destacan los mecanismos de control insuficientes¹⁴²⁰.

Como otra deficiencia a resaltar de este control, también habría que adicionar la necesidad de un liderazgo e independencia de esta función administrativa en el tema, donde la premura de un ente nacional y único es parte de su esencia. Lo mencionado, ha sido indicado como una debilidad en el país por la Comisión Europea, quien ha sostenido que España carece de un organismo independiente encargado de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación en materia de aprovisionamiento, lo cual según esta institución dificulta la correcta aplicación de las normas¹⁴²¹. Al día de hoy, la renovada y reciente 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, ha escuchado esta necesidad, y ha creado este organismo tan necesario que decanta en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332), y la Oficina Nacional de Evaluación (art.333).

No obstante lo anterior, y como manifiesta la profesora de Derecho Administrativo CANALS AMETLLER, para que estos nuevos organismos puedan aportar al necesario control que hoy se necesita, deben considerar una potestad básica: que sean un instrumento jurídico vinculante, teniendo idealmente facultades sancionadoras y de anulación de actuaciones. Concluyendo esta autora, que la creación de estos entes es un paso más hacia las exigencias internacionales en esta materia, pero a vez un paso insuficiente con respecto a lo que se necesita en el país. Agregando finalmente que la coincidencia y superposición de competencias entre distintos órganos de control, el excesivo requerimiento de información e informes, y dudas de constitucionalidad (sobre su jurisdicción y potestades), pueden afectar a que tales entidades no consigan sus objetivos deseados¹⁴²².

A modo de reflexión, conviene volver a resaltar que los controles existentes en la Administración española y en su contratación -aunque sean simples, parciales o inoportunos-, deben

¹⁴²⁰ Comisión Europea (2017), op. cit., p.3.El resto de debilidades, están dadas por: una baja coordinación entre las Administraciones, brechas en la transparencia, y un uso relativamente bajo de las compras centralizadas.

¹⁴²¹ Ibid, p.56.

¹⁴²²Canals Ametller (2018), ppt.48-52.

ser supervisados y procurar que se apliquen como está establecido en la normativa, ¿Cómo podemos estar en condiciones de proponer controles complementarios si no tenemos un conocimiento claro de cuáles efectivamente están funcionando? La realidad precedente expuesta, nos lleva en definitiva a inferir que en la legislación nacional el control en materia de contratos está relativamente cubierto y establecido; no obstante, en la práctica de la contratación no es así. Existen las condiciones e instrumentos para controlar las compras del Estado, sólo deben de respetarse y complementarse con otros tipos. Se debe reforzar el control preventivo o ex ante, y preocuparse no sólo de medir la corrupción, sino también y en igual forma la gestión interna de la contratación.

Del mismo modo, conviene insistir en que ya no es suficiente con garantizar una adecuada vigilancia de la legalidad y de la regularidad contable, sino que es preciso avanzar hacia nuevas metas en materia de control operativo, evitando que éstas sean excesivamente burocráticas, y exigir - en un sentido amplio-, que se desarrollen con garantías de efectividad y sin un coste excesivo¹⁴²³.

Por último, hay que dejar de pensar que el problema mayor del escaso control es la limitación de recursos, cuando ya es innegable que la pérdida y mal uso de ellos es enorme cuando hay una ausencia de este principio. Debemos priorizar, controlar y mejorar; y luego estaremos en derecho de exigir mayores presupuestos. En síntesis, y citando nuevamente a GIMENO FELIÚ:

“Lo importante, en definitiva, es preservar un control útil, basado en la pronta respuesta y en la especialización e independencia de los tribunales administrativos, estatal o autonómicos, regulando una planta de carácter cerrada, que impida su extensión en el ámbito local o institucional, y que incluya mecanismos de coordinación que favorezcan la unidad de doctrina y, por ello, la predictibilidad y seguridad jurídica. Ese debe ser, en definitiva, el eje de reforma que avance en la senda del control eficaz y sirva de herramienta efectiva frente a la corrupción y dote de credibilidad al sistema”¹⁴²⁴.

¹⁴²³ Fernández Llera (2009), op. cit., p.149. Hay que destacar que en España, el control de unos entes sobre otros puede ser de dos naturalezas distintas -según si el ente controlado haya sido creado o no por el ente controlador. Nos referimos a los controles de instrumentalidad, y en el segundo caso, a los controles que deben ser compatibles con el principio de autonomía, recordando que sobre este último la autonomía no implica soberanía o independencia de control, sino pertenencia a un todo superior: el Estado español (Coscolluela Montaner, 2015, op. cit., p.187).

¹⁴²⁴ Gimeno Feliú (2015b), op. cit., pp.39-40.

3. DOCE ELEMENTALES CAUSAS QUE INCIDEN EN EL DEFICIENTE CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

Las causas que afectan al control y a sus deficiencias mencionadas en el punto anterior, las podemos encontrar mayormente en las propias autoridades políticas y su indiferencia en querer medir las actuaciones públicas; en el marco legal respectivo que no garantiza en la praxis un control óptimo de los recursos públicos; en los propios funcionarios hacia quienes es necesario comunicaciones claras y efectivas sobre qué beneficios y responsabilidades traerá tal ejercicio¹⁴²⁵; en el proceso de compra que presenta ineficiencias como duplicidades de actividades, y escasos o muchos controles; y finalmente, en un sistema de información incompleto e inoportuno que debería retroalimentar todo el proceso de contratación para mejorar las decisiones presentes.

Estas causas -llamadas también resistencias-, son barreras que impiden alcanzar un nivel óptimo en eficiencia, eficacia y transparencia, así como reducción de malas prácticas -entre otros principios-, las cuales son imprescindibles de conocerlas para procurar disminuirlas, o en el mejor de los casos, eliminarlas de nuestros sistemas.

En la administración gubernamental, y específicamente en materia de contratos públicos, el implantar procesos de trabajos internos “simples, ordenados, lógicos y comunicados a todos”, ayudará a disminuir estas resistencias al control y su implementación. Muchas veces creemos que lo más moderno, las últimas técnicas, y la mejor calidad son suficientes para lograr operar un sistema de información como el de compras, sin darnos cuenta que para llegar a ejecutarlo eficazmente necesitamos como primer paso: Que quienes lo usen lo hagan suyo lo antes posible, y lo operen lo más natural y comprensiblemente posible.

Dicho todo esto, y desde un análisis de las disfunciones relevantes que presenta el actual sistema de contratación español¹⁴²⁶, diremos por lo tanto que entre las causas más importantes que

¹⁴²⁵ Como así también, el involucramiento de tales funcionarios en todo este proceso de medición, implicando incentivos concretos en tal trabajo. Algunas de las barreras habituales de los funcionarios públicos son causadas por: miedo a los cambios; desconocimiento de las ventajas del sistema, así como de sus fortalezas; escasez de incentivos ante el cambio; factores culturales tales como edad, insuficiente formación, conservadurismo, poca aversión al riesgo, etc.

¹⁴²⁶ Ver disfunciones relevantes del sistema de contratación pública español en el capítulo I de esta investigación, y en : CNMC (2015), op. cit.; Gimeno Feliú (2015a), op. cit.; Gimeno Feliú (2015b), op. cit.; Gimeno Feliú (2016a), op. cit.; Moreno Molina J.A. (2013); Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit.; Unión Europea (2015a), op. cit.; Comisión Europea (2017), op. cit.; Comisión Europea (2016c); Indicadores página web Comisión Europea. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. Performance per policy área. Public Procurement. Recuperado el 13 de abril de 2016 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm; Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE (2015), op. cit.; Documento “Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción”. Transparency International España; Jornada “Hacia

afectan el controlar tal sistema, destacan las siguientes doce situaciones que expondremos en un “Diagrama causa-efecto”, o llamado también espina de pescado¹⁴²⁷:

DOCE CAUSAS ELEMENTALES QUE INCIDEN EN UN DEFICIENTE CONTROL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

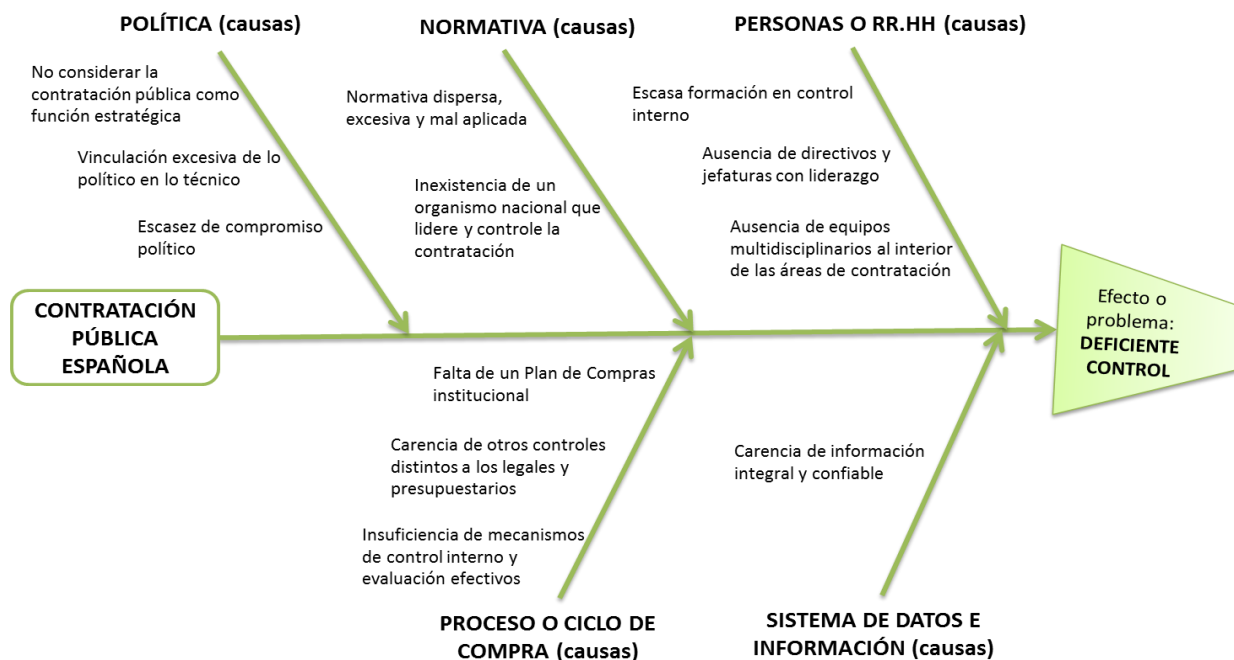


Figura 17. Fuente. Elaboración propia.

Tales causas que originan este imperfecto control, las situaremos dentro de los cinco ámbitos de la contratación pública propuestos por el autor, describiendo seguidamente cada una de ellas de la siguiente forma:

ÁMBITO POLÍTICO

Causa 1. No considerar la contratación pública como función estratégica. Aunque dentro de las escuelas clásicas de administración esta función de aprovisionamiento es considerada de apoyo para los fines organizacionales, al presente, y sobre todo por las altas sumas de dinero que involucra, se ha convertido en una columna estratégica que hay que saber gestionar, controlar y optimizar. Es por este hecho, que la contratación desde lo organizacional debe estructurarse mediante un “enfoque estratégico”; es decir, instrumentalizarse con objetivos, planes y metas claras alcanzables, donde el

una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017; entre otros.

¹⁴²⁷ Esta es una herramienta de análisis que nos permite obtener un cuadro detallado y de fácil visualización de las diversas causas que pueden originar un determinado efecto o problema (NHS, 2010, op. cit., p.44; y, Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales. Apunte recuperado en <http://gio.uvigo.es/asignaturas/gestioncalidad/GCal0405.DiagramaCausaEfecto.pdf>). Ver mayor detalle y ejemplos en Roger G, Schroeder (2004), pp.182-187; y Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., pp.75-77 y 252-253.

control posteriormente pueda tener absoluta claridad para entregar mejoras, conociendo el camino que debe garantizar.

Causa 2. Vinculación excesiva de lo político en lo técnico. Esta causa es un mal endémico de la administración pública, y no es sólo un problema de su función abastecedora. El que en las áreas de compras exista mayor peso político en las decisiones que técnico -situación que a la vez ha sido nombrada en el capítulo I como una disfunción general en esta temática-, quitará fuerza al control, afectando como consecuencia a la calidad de los bienes entregados al organismo, y por ende, al servicio prestado a sus ciudadanos.

Causa 3. Escasez de compromiso político. Difícilmente existirá un control integral y permanente en las áreas de contratación, sin una voluntad política que asigne funciones y recursos para ello. Al presente, las inspecciones existentes en esta materia son las tradicionales de índole legal y presupuestaria-financiera que emanan de la propia administración pública, sin percibirse una preocupación mayor por hacer que estas se cumplan -sobre todo la legal-, y adicionar otros exámenes “complementarios” para garantizar un uso óptimo de los fondos públicos. Hoy en día se aprecia que los recursos para contratación pública en España sólo se gastan, pero no se miden.

ÁMBITO NORMATIVO

Causa 4. Normativa dispersa, excesiva y deficientemente aplicada. Un marco jurídico disperso y excesivo, adiciona complejidad para entender el entramado legal de la contratación pública, y con ello, qué aspectos sustantivos deben ser controlados por los entes responsables¹⁴²⁸. Además, cuando el ordenamiento jurídico existente -sobre todo en lo referente a garantizar la eficiencia y eficacia de los fondos públicos- no se aplica efectivamente, pasa a ser otro factor que incide en este deficiente control. Como sostiene Transparencia Internacional España, esta “...*dispersión normativa o cambios normativos constantes de forma “caótica”, impiden una adecuada transparencia*”¹⁴²⁹, la cual termina también por obstaculizar un adecuado control. De esta manera, y conforme a GIMENO FELIÚ, la estabilidad del marco normativo es una exigencia en aras a preservar la seguridad jurídica, pues no hay nada más contrario a este principio que las reiteradas reformas legales de una norma,

¹⁴²⁸ Ver mayor detalle sobre este punto en: Moreno Molina J. A. y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211; CNMC (2015), op. cit., p.27; Vázquez F (2016), opinión; Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE (2015), op. cit., p.3; Gómez Mateo (2016), op. cit.; Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., p.24 y 43; y, Escobar et al (2017), op. cit., p.20.

¹⁴²⁹ Documento “Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción”. Transparency International España, p.4.

como ha sucedido con el TRLCSP, por ello, este autor ha sostenido que lo correcto sería optar por un Código de Contratos Públicos¹⁴³⁰.

Causa 5. Inexistencia de un organismo nacional que lidere, coordine y controle las adquisiciones a nivel nacional. Si no consta la presencia de al menos un ente a nivel nacional que sea responsable de los lineamientos, coordinación, políticas, supervisión y control de las adquisiciones, las propuestas y acciones que se desarrollen hacia la Administración central, regional y local sólo serán sugerencias que podrán o no ser ejecutadas por los entes adjudicadores, no siendo vinculantes (obligatorias). En este escenario, tal función administrativa difícilmente tendrá alguna efectividad por no haber quién la dirija y obligue¹⁴³¹. Asimismo, la escasez de unidades de control interno al interior de las instituciones, y revisiones periódicas de los procesos de contratación por órganos externos, es otra causa que incide en la aplicación eficaz de esta función examinadora.

Cabe hacer notar, que la reciente 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, ha creado tal ente de control referido; ahora, sólo falta por ver que funcione como se espera, y que su accionar sea vinculante y no sólo sugerente.

ÁMBITO PERSONAS O RR.HH

Causa 6. Escasa formación y capacitación sobre mecanismos de control interno hacia los funcionarios. Un control deficiente, comienza por el desconocimiento que puedan tener los funcionarios de contratación sobre qué y cómo medir sus propios procesos internos. Además, de la forma de utilizar la información que entrega este control para mejorar sus decisiones y retroalimentar el sistema. Se ha evidenciado en el territorio una débil formación sobre aprovisionamiento público, y de igual manera, un inexistente entrenamiento sobre cómo controlar sus procesos. Si no sabemos controlar, difícilmente sobremos como mejorar.

Causa 7. Ausencia de directivos y jefaturas con liderazgo. Tan trascendente como la voluntad política, es el liderazgo que deben poseer dentro de la institución quienes llevarán a cabo un control del sistema. Son estos últimos quienes deben motivar a sus funcionarios y equipos a medir sus actuaciones, comunicando los resultados de las mediciones a toda la institución, es decir, diseminar

¹⁴³⁰ Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.32; y Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.66.

¹⁴³¹ Ver mayores fundamentos sobre este punto en Gómez Mateo (2016), op. cit., y CNMC (2015), op. cit.

la información del control realizado¹⁴³². Tal aspecto, ya era destacado en el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos” del año 2000, el cual sostenía que *“La capacidad para motivar y transmitir confianza a los colaboradores y su papel en la distribución de información y en la asignación de cometidos, de acuerdo con las necesidades de la organización y de las personas, constituyen elementos indispensables de los nuevos directivos públicos”*¹⁴³³.

Causa 8. Ausencia de equipos multidisciplinares al interior de las áreas de contratación. El que exista en su mayoría equipos de trabajo con formación jurídica al interior de las áreas de contratación, no es una desventaja, pero si, un factor que limita proponer otros controles y soluciones desde otras aristas y enfoques a los problemas que esta materia hoy está demandando. La compra pública, como sostiene el Banco Mundial ya citado, *“Es un proceso de negocio dentro de un sistema público”*¹⁴³⁴; y por ende, deberíamos entenderla, gestionarla y controlarla como tal.

A este mismo respecto, ya hacia el año 2000 BALLART y RAMIÓ argumentaban que en la administración pública universal, el déficit de profesionales especializados en control del sector público explicaría la falta de desarrollo de instrumentos de control y evaluación adecuados para el análisis de las políticas públicas. De hecho, sostenían que en aquella fecha -entre los profesionales que ejercían funciones de control en el aparato público- dominaban dos perfiles: jurista experto en derecho público, y auditor contable cuyo trabajo se relacionaba con aspectos de legislación presupuestaria y principios de contabilidad pública¹⁴³⁵.

ÁMBITO PROCESO O CICLO DE COMPRA

Causa 9. Falta de un Plan de Compras institucional (Plan anual). Si no hay presencia de una lista o programa de adquisiciones a realizarse durante el año en la institución, reflejando este hacia dónde deben dirigirse las actividades y recursos respectivos, difícilmente se podrá planificar un control que tenga un camino y objetivos claros, y con ello, que actúe coherentemente. El control permite advertir las desviaciones de un Plan, si este Plan no existe, ¿Qué se va a controlar? A pesar que el artículo 3 de la LRJSP recoge esta necesaria planificación y dirección por objetivos en la actuación de la Administración española, no se evidencia que esté funcionando en la práctica.

¹⁴³² Los encargados de las áreas de compras no sólo deben dirigir su unidad, sino también informar, capacitar y formar a sus empleados internos en normativa, procesos, gestión de recursos, negociación, y gestión de contratos. Liderar es también enseñar, conduciendo a sus equipos de trabajo a un aprendizaje continuo sobre la materia, así como a un control y evaluación de la misma.

¹⁴³³ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.55.

¹⁴³⁴ World Bank Group (2016), op. cit., p.2.

¹⁴³⁵ Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.536.

Causa 10. Carencia de otros controles distintos a los legales y presupuestarios. Debemos mencionar, como ya advertimos, que los exámenes internos en el país sobre esta materia están basados fundamentalmente en mediciones concernientes a lo legal (control sobre el cumplimiento de la normativa de adquisición), y presupuestario (monitoreo sobre el cumplimiento del presupuesto ejecutado versus el entregado). Tal contexto, podemos inferir que mantiene al país sometido a niveles bajos de desarrollo de su sistema de contratación -con respecto a los países de la UE¹⁴³⁶-, pudiendo advertir que es una de las causas importantes del porqué se siguen detectando en el territorio los mismos errores y problemáticas año tras año¹⁴³⁷.

Causa 11. Insuficiencia de mecanismos de control interno y evaluación efectivos. El no disponer de mecanismos prácticos y efectivos para medir y obtener información valiosa sobre las adquisiciones, tanto desde lo legal y económico, como desde la gestión interna y las disfunciones habituales del sistema, redundará en un proceso de compra ineficiente e ineficaz, generando sólo duplicidades de esfuerzos, bienes de baja calidad, errores recurrentes, y en definitiva, pérdida de legitimidad de los ciudadanos en las instituciones a razón del deterioro de las prestaciones recibidas. Dicho esto, debemos recordar que ya el artículo 3.1 letra d), de la Ley LRJSP nos obliga a garantizar lo anterior, indicando que las Administraciones deberán respetar en su actuación la *“Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión”*.

ÁMBITO SISTEMA DE DATOS E INFORMACIÓN

Causa 12. Carencia de información integral y confiable sobre adquisiciones (base de datos). Por último, y mencionando nuevamente a J.A. MORENO MOLINA, este autor afirma que en el país existe *“Una absoluta carencia de estadísticas sobre contratos públicos”*¹⁴³⁸. No puede existir un análisis objetivo sin información concreta y a tiempo de las adquisiciones que ejecuta una institución ¿Qué calidad de control podemos obtener de un sistema de compras que se basa en opiniones, apreciaciones y/o decisiones, no sustentadas en base de datos que provengan de las operaciones diarias de contratación? El control eficiente es información oportuna; y la información oportuna es la base del control ¿Cómo es posible cumplir con el artículo 3 de la LRJSP que exige un servicio efectivo por parte de las Administraciones, si están últimas no se basan en datos integrales?

¹⁴³⁶ Página web Comisión Europea. The EU Single Market. Single Market Scoreboard. Performance per policy area. Public Procurement. Recuperado el 17 de mayo de 2017 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/

¹⁴³⁷ Es por ello que se recomienda, basado en experiencias de países como Estados Unidos, Reino Unido, Corea del Sur, México, Chile, entre otros, disponer además de otros controles, tales como: eficiencia, eficacia, riesgos, gestión y estratégico.

¹⁴³⁸ Moreno Molina J.A. (2017).

No obstante lo mencionado, debemos destacar la importancia que se le comienza a dar a esta carencia de datos a través del reciente artículo 346 de la nueva LCSP 9/2017, el cual crea un Registro de Contratos del Sector Público, constituyendo así un sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España, donde tal información deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional.

De esta forma, y finalizando la descripción de estas doce causas a través de algunas reflexiones, diremos que las razones aquí expuestas van creando la percepción en la sociedad de un aparato público que lo acepta y perdona todo, al cual sólo queda por presionar a través de un control social efectivo para que proponga cambios y mayores cuotas de transparencia y eficiencia.

La exigua disponibilidad de recursos, en ocasiones, se presenta como otra causa adicional a este trabajo de controlar, sin embargo, se ha visto que cuando hay voluntad política simplemente se reordenan los presupuestos públicos, priorizando una parte de ellos para este trabajo. Como indica GIMENO FELIÚ a este respecto, el control en esta materia debe ser contextualizado como una inversión, tanto económica -pues permite la eficiencia real del modelo, al facilitar una efectiva concurrencia-, como social -ya que posibilita la regeneración democrática y da credibilidad al sistema institucional del control público¹⁴³⁹.

El control sólo será un gasto cuando no se utilicen sus resultados; pasando a ser una inversión a plazo fijo y sin riesgos, cuando se haga todo lo contrario. Por ello, y a fin de cuentas, la medición que se haga de nuestro sistema de adquisiciones debemos valorarlo por su utilidad, y no por otras condicionantes.

En síntesis, y a nivel institucional, gran parte de estas causas exhibidas deberían medirse y evaluarse cuantitativamente, para luego de priorizarlas según en cómo afectan al sistema, proponer planes y acciones precisas para darles respuesta, definiendo plazos y responsables. Para concretar lo anterior, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha expresado que hay que contar con los funcionarios y no dejarlos a un lado¹⁴⁴⁰; idea planteada también por CHIAVENATO IDALBERTO, quien ha añadido que *“Las organizaciones surgen para aprovechar la sinergia de los esfuerzos de varios individuos que trabajan en conjunto”*¹⁴⁴¹. Por consiguiente, debemos comprender en

¹⁴³⁹ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.45.

¹⁴⁴⁰ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., pp.29-30.

¹⁴⁴¹ Chiavenato Idalberto (1999), op. cit., p.2.

conclusión que hay que buscar las soluciones a estas causas entre todos, y aún más crucial, entender que hay que controlar “con” los funcionarios, y no sólo “a” los funcionarios.

4. INDICACIONES LEGISLATIVAS RELEVANTES QUE VINCULAN UN CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. MARCO GENERAL

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las Directivas 89/665 y 92/13 -modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007-, han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación en esta materia pública. De esta manera, tales Directivas sumadas a las actuales de 4ª generación, han buscado que exista un recurso rápido y eficaz, lo que está exigiendo independencia en su diseño¹⁴⁴², como asimismo, una aplicación de él de forma oportuna y sin duplicidades.

Desde un prisma general que engloba toda normativa de contratos públicos en el país, la actuación contractual en esta materia podría ser controlada a través de los siguientes actos: la revisión de oficio por la propia Administración autora del acto; por reclamación, cuando concurren los supuestos especiales de nulidad; por la interposición de algún recurso especial; por medio de recursos administrativos; y a través de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁴⁴³, esta última, como jurisdicción dedicada y que tiene competencia para ejercer el control jurídico sobre la actuación del aparato público.

De esta forma, y según SANTIAGO FERNÁNDEZ, cobra especial importancia el sistema de recursos como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos y de forma motivada, para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones¹⁴⁴⁴. Así, acentuamos como instrumentos de control normativo al Recurso Especial en materia de contratación, el cual se configura con carácter obligatorio entre los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; los Recursos Administrativos de alzada y reposición previstos en la Ley 39/2015 (para

¹⁴⁴² Ver mayor detalle en Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (2017). “Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)”. Memoria Enero 2017-Diciembre 2017, pp.5-7.

¹⁴⁴³ Bombillar Sáenz et al (2014), op. cit., p.36. Ver mayor detalle de cada uno de estos instrumentos en páginas 36 a 40 de estos mismos autores.

¹⁴⁴⁴ Santiago Fernández (2015), op. cit., p.109.

contratos de importe inferior a los previsto en el art. 44 de la Ley de contratos actual); y el Recurso Contencioso Administrativo configurado en la Ley 29/1998.

Lo destacable de tal recurso especial aludido, según GALLO SALLENT, es su misión preventiva contra conductas maliciosas o ilegales que no se ajustan a la buena Administración. Como añade este autor, aunque el recurso administrativo especial en esta materia pertenece a la categoría de recurso administrativo, éste pasa a configurarse como un instrumento distinto, específico, nuevo y especial¹⁴⁴⁵. Del mismo modo, SANTIAGO FERNÁNDEZ sostiene que la virtualidad de él reside en tratarse de un recurso en materia de contratación pública de carácter rápido y eficaz, con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo¹⁴⁴⁶.

Asimismo, GIMENO FELIÚ agrega que tal instrumento jurídico ha permitido modular la presunción de legalidad de las decisiones de la Administración en esta materia, y analizar si esa decisión ha sido conforme o no con la normativa vigente, añadiendo que debe servir para consolidar un nuevo modelo de gobernanza en la contratación pública, y dejar de verse como una carga burocrática que genera ineficiencia¹⁴⁴⁷, entendiendo a este respecto como indica HERNÁNDEZ SALGUERO, que el recurso especial no es un gasto, sino una inversión¹⁴⁴⁸. La STS 3014/2013, de 23 de octubre de 2014, a este respecto, viene a aclarar -dentro del ordenamiento jurídico español- la naturaleza de tal recurso¹⁴⁴⁹.

Igualmente, también es significativo mencionar, como afirma GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, que en la nueva LCSP 9/2017 se extiende su ámbito de aplicación a casos que no se relacionan estrictamente con actos de adjudicación, e incluso que se refieren a la fase de ejecución, recalando el carácter potestativo de este instrumento¹⁴⁵⁰. Así, conviene destacar por un lado, la importancia de no delimitar este recurso sólo a contratos de importe armonizado, sino a extenderse a cualquier

¹⁴⁴⁵ Gallo Sallent (2018), pp.762-763.

¹⁴⁴⁶ Santiago Fernández (2015), op. cit., pp.108-109.

¹⁴⁴⁷ Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.15.

¹⁴⁴⁸ Hernández Salguero (2018), ppt.2.

¹⁴⁴⁹ Sobre este recurso hay que también nombrar las novedades introducidas por la reciente Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, la cual acentúa la delimitación subjetiva, la delimitación objetiva, los actos recurribles y la nulidad.

¹⁴⁵⁰ González-Varas Ibáñez (2018), p.1215. Para ver Resoluciones de los órganos consultivos y de los Tribunales especiales en esta materia, así como jurisprudencia relevante, ver Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.

importe. Y por el otro, el carácter potestativo de este instrumento genera evidentes disfunciones procesales que deben ser corregidas a través de su consideración de recurso obligatorio¹⁴⁵¹.

Según lo anterior, la finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar, en todo caso, desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados, tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial. Así, la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la UE contra la corrupción¹⁴⁵². Resulta por lo tanto recordar, como indica la STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, que los Estados deben diseñar un régimen particular de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar esta materia de contratos, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que existan en la Administración.

Si destacáramos ahora algunos preceptos normativos generales que engloban esta exigencia de control sobre los contratos públicos, comenzaríamos entonces por la Constitución española y su artículo 149.1.18, el cual sostiene que el Estado tiene competencia exclusiva sobre esta materia, y por ello, la regula directamente; el artículo 31.2, el cual indica que: *“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*; y su artículo 103.1, que alude a que la administración pública debe servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Por lo que respecta al sistema de control de la Comunidades Autónomas en particular, reseñamos los artículos 153, 155 y 161.2 de esta misma carta magna. Asimismo, junto a estos controles mencionamos al correspondiente ejercido por el Defensor del Pueblo (cuya configuración se evidencia en el art. 54 de la Constitución), así como aquellos a cargo de las propias Comunidades y Tribunales respectivos, sin olvidar los Tribunales de Cuentas.

¹⁴⁵¹ Gimeno Feliú (2016e), op. cit., p.192.

¹⁴⁵² Ver en Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (2017). “Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)”. Memoria Enero 2017-Diciembre 2017, pp.5-7. A lo anterior, agregamos que la opción legislativa española desde la Ley 34/2010 y la actual Ley 9/2017 ha sido la de regular un recurso administrativo “ad hoc”, cuya competencia se residencia en un Tribunal administrativo independiente especializado (sistema desarrollado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Seguidamente, deberíamos nombrar el desarrollo y la aplicación de los principios generales de las administraciones públicas, contenidos en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la cual en su artículo 81 sostiene: “*Las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión...*”, principios que como podemos inferir, no podrán ser logrados sin la existencia tácita de un control a este respecto.

En lo referente a las sociedades mercantiles estatales, mencionamos el artículo 112 de la LRJSP, así como adicionamos su artículo 140, referido a los principios generales de las relaciones interadministrativas, dentro de los cuales se destaca la necesidad de cumplir con los objetivos de los entes que gestionan dineros públicos con eficiencia y responsabilidad.

Luego, si ahondamos aún más en este entramado jurídico que somete a esta contratación a un control tanto directo como indirecto, destacaríamos por consiguiente las próximas disposiciones:

- Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado (basado en el anterior Real Decreto 1259/1999).
- 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 (normativa a desarrollar en el punto siguiente en lo que respecta a su relación con el control).

De igual manera, y sumando a ello la normativa aplicable al control presupuestario que incide en esta materia de contratos, destacamos:

- El artículo 135 CE, el cual obliga a adecuar la actuación de las Administraciones a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- El artículo 140 de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), referida al control de la gestión económico-financiera del sector público estatal, la cual distingue entre control interno y externo¹⁴⁵³. Esta ley, a lo largo de su título VI regula este

¹⁴⁵³ Míaja Fol (2010), op. cit., pp.208-209. Además, este autor indica otras características de esta función, como: a) Se concibe como una función específica, cuyo ejercicio se encomienda a un órgano especializado que forma parte de la estructura administrativa, pero goza de una amplia autonomía funcional (principio de autonomía); b) Se realiza a través de unidades destacadas ante los distintos servicios gestores (principio de ejercicio desconcentrado), que a todos los

examen estableciendo sus objetivos, ámbito sobre el que actúa, principios en que se basa y formas de ejercerlo. Además, contempla tres vías de ejercer tal control en relación a la contratación pública:

a) *La función interventora*. Según su artículo 2.2, Título I, Disposiciones Comunes, de la Ley General Presupuestaria y Normas Complementarias, este órgano:

*“...tiene por objeto controlar todos los actos de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos que den lugar al reconocimiento de derechos y de obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y la recaudación, inversión o aplicación en general de los caudales públicos, con el fin de asegurar que la administración de la Hacienda Pública se ajusta a las disposiciones aplicables en cada caso”*¹⁴⁵⁴.

Esta función, que se regula en los Título I y II de la ley antes citada, es un *control previo de legalidad* que se efectúa sobre cada uno de los actos individuales de gestión financiera. Este examen previo respectivo, se entiende como la facultad de examinar, antes de que se dicte la correspondiente resolución, todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimientos de fondos y valores, con el fin de asegurar su conformidad de acuerdo a las disposiciones respectivas¹⁴⁵⁵.

b) *El control financiero permanente*. De acuerdo a MIAJA FOL, la actividad financiera de la Administración es “*El conjunto de operaciones y tareas que está realiza en orden a obtener recursos financieros, administrarlos y, finalmente, aplicarlos a la consecución de los fines que constitucionalmente tiene asignados*”, siendo por lo tanto, una actividad instrumental de la Administración¹⁴⁵⁶. Luego, FUENTES VEGA et al sostienen que el control de esta actividad tiene por objetivo verificar en qué medida una determinada gestión, después de haber sido realizada, se acomodó a la regularidad y a los principios de buena gestión, con objeto, si es preciso, de mejorarla¹⁴⁵⁷.

Es así, que la regulación de esta materia que está reflejada en el articulado del Título VII de la Constitución vigente, basando su delimitación en el derecho financiero que incluye el derecho

efectos dependen del órgano que tiene atribuida la función de control (principio de jerarquía interna); y c) Actúa sobre todas las entidades que componen el sector público estatal, pero su intensidad y la forma en que se ejerce se modulan en función de los distintos tipos de entidad.

¹⁴⁵⁴ Ley General Presupuestaria y Normas Complementarias. Edición actualizada a 30 de junio de 2017, p.370.

¹⁴⁵⁵ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.593.

¹⁴⁵⁶ Ibid, p.21.

¹⁴⁵⁷ Ibid, p.605.

tributario y presupuestario, involucra la gestión de los costes y gastos de una organización para controlarlos en relación con las cantidades presupuestadas¹⁴⁵⁸. Se ejerce de manera continuada sobre un organismo u órgano de la administración, examinando su gestión económico-financiera, informando sobre las deficiencias encontradas y proponiendo medidas de mejora. Se trata de un *control concomitante o durante* que se realiza sobre la gestión financiera considerada en su conjunto. En la normativa aludida su objetivo está señalado en el artículo 157 de la LGP¹⁴⁵⁹. Como termina sosteniendo en resumen ELENO RODRÍGUEZ, el control en esta temática va orientado a asegurar que los entes públicos cumplen con las normas disciplinadoras de las diversas modalidades del gasto público, así como verificar si la actividad económica del sector estatal es eficaz y eficiente¹⁴⁶⁰.

Resulta por tanto, y en lo específico, que este control financiero para la contratación pública será un examen que comprobará, entre otras cosas: que exista una adecuada segregación de las funciones de compras, almacén, facturación y contabilidad; que exista un registro de las unidades compradas, estando éstas protegidas adecuadamente y el acceso a ellas sea a través de autorizaciones; y que exista una gestión de inventarios cuando corresponda, llevando un registro detallado y oportuno¹⁴⁶¹.

c) *La auditoría pública*. Sin entrar en gran detalle sobre esta tercera vía ya mencionada en este capítulo, resaltaremos que consiste en una revisión sistemática de la gestión realizada por una entidad en un período concreto, con la finalidad de valorar su adecuación a determinados parámetros de buena gestión. Se trata de un *control posterior*, referido siempre a un período definido, que puede tener por objeto la totalidad o un aspecto parcial de la gestión financiera de una entidad. De acuerdo a FUENTES VEGA et al, podemos referirnos a una auditoría de regularidad (cumplimiento, financiera) o a una operativa o de gestión (eficacia, eficiencia, economía, sistemas y procedimientos)¹⁴⁶². En la normativa sobre esta materia, su objetivo está expresado en el artículo 162 de la LGP¹⁴⁶³.

Siguiendo con estas disposiciones referentes al control presupuestario, indicamos además:

¹⁴⁵⁸ Carpenter y Erdogan (2012), op. cit., p.638.

¹⁴⁵⁹ Ley General Presupuestaria y Normas Complementarias, art. 157, BOE. Actualizado el 2 de noviembre de 2016. España. Ver más detalle en capítulo III de esta misma Ley.

¹⁴⁶⁰ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.95.

¹⁴⁶¹ Ibid, p.613.

¹⁴⁶² Ibid, p.607

¹⁴⁶³ Ver mayor detalle en capítulo IV de esta misma Ley.

- El Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales.
- El artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la cual señala en uno de sus tres principios -donde está implícito el control de los recursos: *“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”*.

Añadiendo a todo lo expuesto, pertinente es también indicar en esta materia las Normas de Auditoría del Sector Público (NASP), de la Intervención General de la Administración del Estado/IGAE (1998), cuya finalidad es establecer métodos y procedimientos homogéneos en la realización de estos ejercicios. Estas normas, pueden ser referencia para órganos de control interno del sector público autonómico y local¹⁴⁶⁴. Las NASP, se complementan con un conjunto de Normas Técnicas y Circulares que regulan aspectos de carácter general, aspectos sobre la auditoría de cuentas anuales, y sobre auditorías específicas previstas en la Ley General Presupuestaria¹⁴⁶⁵. En síntesis, y según MIAJA FOL, podríamos indicar que el ámbito presupuestario español y su control se rigen por una Ley General Presupuestaria, Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, y Normas específicas reguladoras de cada tipo de gasto¹⁴⁶⁶.

Finalizando esta revisión normativa general, y en una conclusión sobre cómo deben actuar estas indicaciones legislativas exhibidas, GIMENO FELIÚ ha sostenido que, *“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”*¹⁴⁶⁷. De este modo, la Administración y su contratación deben alejarse de las subjetividades en su actuación¹⁴⁶⁸, y esto, sólo se puede garantizar en gran medida con la implementación de un control interno efectivo, permanente y oportuno.

Asimismo, no debiésemos olvidar que la aplicabilidad de las normativas y regulación (control) de la contratación, debiese implementarse en el país a todos quienes reciben dineros públicos, independiente que estén condicionados a otras leyes orgánicas propias. Esto, es muy importante para

¹⁴⁶⁴ En las autonomías, el control que prevé la constitución está dado esencialmente por: control parlamentario (art. 150), control constitucional (art. 152a), control jurisdiccional ordinario (art. 153c), control gubernamental (art. 150.2), control económico y presupuestario (art.153d), y control extraordinario (art.155) (Martín Mateo, 1996, op. cit., pp.220-221).

¹⁴⁶⁵ López Hernández (2013), op. cit., p.10.

¹⁴⁶⁶ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., p.25.

¹⁴⁶⁷ Gimeno Feliú (2017a), op. cit., p.2; Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.46.

¹⁴⁶⁸ Pérez Luque (2005), p.211.

seguir garantizando el interés general que deben tener los fondos públicos, y el dar cuenta de una Administración que debe estar al servicio de todos los ciudadanos, y no sólo de algunos. Esta idea, desde ya años ha sido advertida por GIMENO FELIÚ, quien mencionaba la necesidad de aplicación de la normativa de compras a toda la administración estatal en función del interés general, buscando que nadie eluda la aplicabilidad de este ordenamiento jurídico respectivo¹⁴⁶⁹.

A este último respecto, PARADA VÁZQUEZ ha manifestado que existe la argumentación de que la inclusión del derecho privado en las administraciones públicas se justifica por una mayor eficiencia en sus gestiones, produciendo que esto cree sociedades mercantiles o entidades públicas, incluyendo fundaciones públicas que sujetan su actividad a este derecho privado, lo cual termina provocando, una huida de estos organismos al control administrativo y de legalidad, al cual debería estar sometida toda institución que reciba dineros públicos¹⁴⁷⁰.

De igual manera y en una visión de país, este autor menciona que desde una perspectiva comparatista, los controles que se establecen en las Comunidades Autónomas en España, se han quedado bastante por debajo de lo que es normal en los Estados Federales o regionales, como en el caso de Alemania, quien reconoce en su normativa una vigilancia y control de la Administración; e Italia, quien ejerce un control sobre la legislación que pretenden aprobar las regiones debiendo antes ser validadas si exceden su competencia regional¹⁴⁷¹.

De esta forma, y en virtud de lo manifestado, resulta obvio entonces pensar que el control en el territorio español debe dejar de ser una tarea puntual y definida por un criterio político, y pasar a ser prioridad en los presupuestos públicos -entendiendo que entregará una utilidad mucho mayor que su coste. Esta función administrativa no puede seguir siendo menester de las autoridades, sino de una clase social que necesita aumentar el poder que ya hace años les ha sido disminuido por la función política y sus sistemas¹⁴⁷². De igual forma, debe dejar de verse como una acción coercitiva y dejar de elaborar mayores normativas sobre ello; sino visualizarse como un factor de enriquecimiento permanente y de crecimiento social, el cual debe fundarse en la prevención y disposiciones que la garanticen.

¹⁴⁶⁹ Gimeno Feliú (1995), op. cit., p.147.

¹⁴⁷⁰ Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.36-37.

¹⁴⁷¹ Ibid, p.194.

¹⁴⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, sostiene que la falta de confianza en la clase política es la expresión de que el pueblo se siente, literalmente, alineado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo, y cuya actuación no considera que se realiza en su propio beneficio, sino en el de los propios titulares de sus fines (García de Enterría, 1995, op. cit., pp.96-97).

B. NUEVA 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, Y SU CONSIDERACIÓN HACIA EL CONTROL

Conforme a GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, la nueva ley en cuestión -al igual que su antecesora-, tiene por objetivo regular esta materia aglutinando entes que son o no Administraciones. Estas regulaciones oscilan, por lo tanto, en virtud de si estamos ante un poder adjudicador o no, y dentro de ellos, si lo hace una entidad que es o no Administración, para finalmente, definir si son contratos sujetos o no a una regulación armonizada¹⁴⁷³.

Esta nueva Ley de aprovisionamiento público que busca, entre otras cosas, transponer las Directivas europeas 2014/24/UE y 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, al derecho español, basa gran parte de sus novedades en la jurisprudencia del TJUE, la cual resulta clave tanto para interpretar y aplicar las nuevas Directivas, como para trasponerlas al derecho interno¹⁴⁷⁴. De acuerdo a algunos de sus artículos más destacados que se refieren a regulación y control, podemos mencionar los siguientes:

Artículo 1: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar [...] y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios...”¹⁴⁷⁵; artículo 28.2: “Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación...”; artículo 90 (en relación a la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios); artículo 250.1.c (Pliegos de cláusulas administrativas particulares); artículo 261.1.f (Prerrogativas y derechos de la Administración); y muy importante, destacar el artículo 332, por el cual se crea la “Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación”, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública; igualmente, y a través del artículo 333, se concibe la Oficina Nacional de Evaluación; Finalmente, por medio de su artículo 334.1.b.c, se establece la Estrategia Nacional de Contratación Pública; entre otros.

¹⁴⁷³ González-Varas Ibáñez (2018), op. cit., p.1211.

¹⁴⁷⁴ Moreno Molina, J.A. (2016b), presentación. Según este autor, la Comisión Europea ha emprendido acciones legales contra 21 Estados miembros, entre los que se encuentra España. Lo anterior, por no haber transpuesto antes del 18 de abril de 2016 las Directivas 2014/23, 24 y 25, pese a lo señalado en el dictamen del Consejo de Estado en p.41.

¹⁴⁷⁵ BOE nº 276, de 16/11/2011.

Desde un análisis macro, la Fundación Ciudadana CIVIO expresa que la nueva Ley de Contratos del Sector Público elimina los negociados por precio, exige que el proceso sea más transparente, obliga a publicar las modificaciones de contratos y crea un nuevo organismo de vigilancia de la contratación¹⁴⁷⁶. En una síntesis de los temas y aspectos ahora específicos que destaca este nuevo ordenamiento jurídico, y que tienen relación directa con el control, podemos mencionar los siguientes: regulación de los contratos menores (reduciendo su uso a los de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios); se establece un límite a los modificados en los contratos firmados en los pliegos con las empresas privadas (para que no superen el 20 % del importe contratado); los expedientes de adquisiciones serán públicos con la excepción de la información clasificada o que pusiera en peligro otros derechos, siempre de forma justificada¹⁴⁷⁷; se regula la cooperación vertical y horizontal (los medios propios y convenios); el recurso especial se configura con carácter obligatorio; en materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto); existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no sólo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros; y, se diseña un nuevo sistema de gobernanza, del que deriva un nuevo rol de la Junta Consultiva Contratación Pública (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la UE¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁶ Ver mayor detalle en Fundación Ciudadana CIVIO. Recuperado el 3 de mayo de 2018 en <https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2018/03/09/la-norma-que-obliga-a-informar-de-los-sobrecostes-en-obra-publica-y-sus-razones-entra-en-vigor-hoy/>

¹⁴⁷⁷ El diario.es, de 27 de julio de 2017. Recuperado el 8 de agosto de 2017 en http://www.eldiario.es/economia/Congreso-aprueba-Ley-contratacion-subcontratas_0_669484110.html

¹⁴⁷⁸ Ver estas y otras aportaciones de esta Ley, en Fuentes I Gasó y Juncosa Vidal (2018), op. cit., pp.131-132. En otros temas y aspectos que destaca esta ley y que no están relacionados directamente con el control, mencionamos los siguientes: se incorpora el principio de integridad; se refuerza la visión estratégica de la contratación pública; en relación al ámbito subjetivo de aplicación, se decide la uniformidad de régimen jurídico, siendo indiferente el carácter o no de Administración pública del poder adjudicador para la aplicación de las reglas de contratación pública en los contratos de importe no armonizado; en relación al ámbito subjetivo de aplicación, la nueva Ley intenta aclarar el concepto poder adjudicador y las categorías de Administración pública/no administración pública; en negocios excluidos se mejora la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. En cuestión de convenios (se introduce el término de cooperación), se sustituye “naturaleza” por contenido y causa (se pretende evitar fraudes y favorecer control y que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público); se regula la cooperación vertical y horizontal (los medios propios y convenios). Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos; en la tipología de contratos hay ajuste de definiciones de obras y servicios y se opta por el concepto funcional de obras; con la nueva LCSP se introduce más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP); se mejora también la transparencia en los procedimientos.

En esta misma línea de lo anterior, podemos sintetizar lo expresado por GIMENO FELIÚ, quien agrega a este respecto que esta nueva disposición presenta: a) Uniformidad jurídica de los procedimientos de licitación para todo poder adjudicador, b) Refuerzo del control preventivo, siendo muy significativos los cambios en el ámbito del recurso especial que mantiene el modelo de los tribunales administrativos y amplía la cuantía de este recurso a montos inferiores del armonizado, c) Refuerzo de la transparencia como eje de la contratación pública, introduciéndose más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido, y por último como ya se aludió, d) Nuevo diseño de gobernanza pública, en la cual se destaca la creación de un organismo independiente de supervisión y control para promover las exigencias de gobernanza europea (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación y Oficina Nacional de Evaluación)¹⁴⁷⁹. Como novedad importante, según este último autor, se incluye en esta ley un control a los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria¹⁴⁸⁰.

Sumado a todo esto, y con respecto a las medidas que se incorporan para incrementar la transparencia y a su vez la competitividad -las cuales ayudan al control-, la Dirección General del Patrimonio del Estado ha destacado lo siguiente: supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía; ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley; articulación de un sistema público, transparente y completo de publicidad contractual; despliegue, como se mencionó, de un nuevo esquema de gobernanza de la contratación orientado a la transparencia; contratación electrónica como medio para simplificar la gestión e incrementar la transparencia y objetividad de los procedimientos; regulación específica de la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses; incremento de la competencia a través de la división en lotes de los contratos como regla general; regulación de la cooperación entre entidades

En el procedimiento “simplificado” del contrato menor se rebajan cuantías y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy “intensiva” en algunas administraciones) para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (artículo 118 LCSP); los criterios de adjudicación se vinculan a la lógica de calidad-precio. Los artículos 131.2 145.1 LCSP indican que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio y desaparece la mención de la “oferta económicamente más ventajosa”; el régimen de modificación del contrato (artículos 203 a 206 LCSP), que mantiene la distinción entre modificados convencionales y supuestos no previstos en el pliego, es más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias, con la finalidad de evitar prácticas irregulares (no en vano el considerando 107 de la Directiva de contratación pública recuerda que es de directa aplicación la jurisprudencia europea sobre esta materia); en materia organizativa, destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto); en relación al recurso especial, conviene reseñar la extensión de este recurso a cuantías inferiores a las del importe armonizado, siendo una decisión muy destacada, pues ha de ayudar corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. (Gimeno Feliú (2017e), op. cit., pp.11-29).

¹⁴⁷⁹ Gimeno Feliú (2017f).

¹⁴⁸⁰ Gimeno Feliú (2017b), op. cit., pp.204-219.

públicas que impide falsear la competencia; y, finalmente, procedimiento específico para la salvaguardia de esta libre competencia¹⁴⁸¹.

Ahora bien, en un primer y breve análisis de esta normativa que incluye novedades y mantiene ciertas disfunciones en el sistema, GIMENO FELIÚ ha mencionado que si bien la LCSP desde el año 2007 contenía, a modo de caballo de Troya contra los principios de transparencia, integridad y buen gobierno ciertas previsiones normativas que han amparado la opacidad y, por ende, prácticas clientelares muy alejadas de los principios inherentes a la contratación pública y, también a la actuación administrativa,¹⁴⁸² la nueva ley de contratos del sector público 9/2017 ha buscado avanzar en estas debilidades resaltando su uniformidad jurídica en las reglas procedimentales¹⁴⁸³, señalando que si bien es cierto puede parecer un texto continuista o, como cita a S. DEL SAZ en relación a Ley de 2007, “*Un mismo traje con distintas rayas*”, destaca que existen notables diferencias, habiéndose dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control¹⁴⁸⁴.

De igual forma, advierte que como consecuencia de la decisión inicial de no hacer una ley *ex novo*, sino partir de la estructura TRLCSP (la ley 21158/2011) de 2011, el resultado es que existen dos leyes: Ley de Contratos del Sector Público y Ley de Contratación en Sectores Especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP (la Ley 21158/2011) y a la Ley 31/2007 (la Ley 10869/2007), de contratación en sectores especiales, y por tanto, como consecuencia de esta decisión hay un arrastre de preceptos de la ley derogada¹⁴⁸⁵.

En cuanto a las disfunciones que mantiene este ordenamiento en cuestión, debemos primeramente citar el Dictamen del Consejo de Estado (Ante Proyecto de Ley del Sector Público, ALCSP, 1116/2015, de 10 de marzo de 2016), el cual sostuvo que: “*El anteproyecto presenta una*

¹⁴⁸¹ Ministerio de Hacienda y Función Pública. Dirección General del Patrimonio del Estado (2017). “Nota relativa a las medidas que incorpora el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público para incrementar la transparencia y fomentar la competencia en la contratación pública. 16 de enero, Madrid, pp.1-5. Asimismo, Transparencia Internacional España ha indicado once propuestas que mejorarían esta transparencia en el proyecto de ley, de las cuales nombramos las primeras cinco: extensión del recurso especial en contratación pública al margen del importe; ampliación de la legitimación para impugnar; estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales; impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia; y como quinta, nulidad por incumplimiento de publicidad (Ver resto de propuestas en documento de Transparencia Internacional España. “Propuestas para la mejora del proyecto de ley de contratos del sector público”. Recuperado el 27 de septiembre de 2017 en <http://transparencia.org.es>)

¹⁴⁸² Gimeno Feliú (2017b), op. cit., p.50.

¹⁴⁸³ Gimeno Feliú (2017f).

¹⁴⁸⁴ Ibid.

¹⁴⁸⁵ Ibid.

*estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica*¹⁴⁸⁶. En palabras del mismo GIMENO FELIÚ, “*El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP), lejos de evolucionar hacia este objetivo de un mejor control, en mi opinión involuciona, abriendo más puertas al fantasma de la corrupción, alejándose de la perspectiva del derecho a una buena administración...*”¹⁴⁸⁷. Agregando al respecto que es motivo manifiesto de situaciones latentes tales como:

a) *Se mantiene el disfuncional “sistema dual normativo español” de la contratación pública en función de que se trate de contratos armonizados o no armonizados; b) Se limita la aplicación del recurso especial “en exclusiva” a contratos de importe armonizado*¹⁴⁸⁸; c) *El ámbito objetivo del recurso especial es insuficiente*¹⁴⁸⁹; d) *Proliferación de Tribunales Administrativos; e) Indebida incorporación de los mandatos de la Directiva 2014/23, de concesiones en lo relativo a la resolución de las mismas; y por último, f) No se corrige la insuficiencia en la regulación de los medios electrónicos como herramienta de transparencia y en favor de la denominada “contratación abierta”*¹⁴⁹⁰.

En lo relativo a la prevención de la corrupción y mejora de la eficiencia, tal autor añade también que el documento legal respectivo se aleja de estos objetivos, debido principalmente a la opción final del texto que se remite a las Cortes Generales, la cual mantiene el statu quo y no uniformizar el régimen jurídico para todos los contratos con indiferencia de su consideración o no de Administración pública; y también, a la posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública. Esto, según tal autor, aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostos y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse de este control y reglas públicas¹⁴⁹¹.

¹⁴⁸⁶ Dictamen N° 1.116/2015 del Consejo de Estado, p.47 y 290.

¹⁴⁸⁷ Ibid.

¹⁴⁸⁸ A este respecto, y como sostiene GIMENO FELIÚ sobre las observaciones del Consejo de Estado: “El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento” (Gimeno Feliú, 2017b, op. cit., p.194).

¹⁴⁸⁹ Por ello, GIMENO FELIÚ plantea la necesidad de: ampliación de la legitimación para impugnar, estructura independiente y planta cerrada de los órganos administrativos de recursos contractuales, refuerzo de las notas de independencia, y dotación presupuestaria suficiente (Gimeno Feliú, 2017a, op. cit., pp.18-21).

¹⁴⁹⁰ Gimeno Feliú (2017c), op. cit. Como se termina indicando sobre este punto en la Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España, es imprescindible fomentar la publicación de los contratos en la Plataforma de contratación, haciéndose necesario que la nueva Ley de Contratos Públicos establezca la nulidad de ellos si no se publican en tal Plataforma (Jornada “Hacia una transparencia integral en la contratación pública”, organizada por Transparencia Internacional España. Conclusiones. Observatorio Contratación Pública, 3 de julio de 2017).

¹⁴⁹¹ Gimeno Feliú (2017b), op. cit., pp.197-200. Descatable a este respecto es nombrar la nueva Ley Foral 2/2018, de 13 de abril sobre Contratos Públicos, la cual establece un mismo régimen jurídico para todas las entidades del sector público.

En otra de las disfunciones encontradas, nuevamente GIMENO FELIÚ establece que es muy criticable la posibilidad de que pueda haber órganos de recursos contractuales locales en Ayuntamientos con la consideración de Gran Ciudad y en las Diputaciones Provinciales, pues genera una evidente asimetría, poco compatibles con el principio de seguridad jurídica y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela. Igualmente, termina añadiendo que la proliferación de “Tribunales administrativos locales” quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con auctoritas. No obstante lo mencionado hasta ahora, este mismo autor también ha sostenido que al margen de todas las críticas sobre esta actual normativa, la nueva regulación parece avanzar en la necesaria regeneración democrática y rediseño de esta materia en post de la eficiencia, transparencia y buena administración¹⁴⁹².

Sobre el ámbito local, esta nueva ley según PINTOS SANTIAGO omite al sistema de contratación respectivo, relegándole a las exiguas disposiciones adicionales segunda y tercera, sin que ello permita abordar la casuística propia de este sector. Como termina manifestando el autor, “*Es una omisión que carece, si quiera, de sentido, ya no de justificación*”¹⁴⁹³.

Así, llegamos finalmente a que tal texto legislativo -que ya está convertido en ley-, aunque responde a mayores cuotas de transparencia (obligatoriedad de uso de medios electrónicos), orden, y algo más de claridad con respecto al anterior marco legal respectivo, sigue siendo un entramado jurídico extenso (347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias más una disposición derogatoria, 16 disposiciones finales y 6 anexos)¹⁴⁹⁴ que no menciona un control directo y vinculante de sus actuaciones. Por todo ello, debemos decir que los pasos dados en relación al control en esta nueva normativa, todavía siguen siendo escasos, expresando GIMENO FELIÚ que aunque se incorporan novedades, esta ley viene siendo insuficiente para el actual modelo de compra estatal que necesita España¹⁴⁹⁵.

Este contemporáneo escenario -el cual GIMENO FELIÚ ha calificado en España como una debilidad del control formal, permitiendo con ello numerosos casos de corrupción¹⁴⁹⁶-, si no es

¹⁴⁹² Gimeno Feliú (2018a), op. cit., p.167.

¹⁴⁹³ Pintos Santiago (2018), op. cit., p.80.

¹⁴⁹⁴ Ver 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. Tal demasiada extensión, fue manifestada por GIMENO FELIÚ en artículo “Una primera valoración del proyecto de ley de contratos sector público desde la perspectiva de la integridad y prevención de la corrupción”, R.I.T.I. nº 2 Septiembre-Diciembre, 2016.

¹⁴⁹⁵ Gimeno Feliú (2017b), op. cit., p.196, 202 y 220.

¹⁴⁹⁶ Gimeno Feliú (2017c), opinión Observatorio de Contratación Pública, 17 de julio.

enmendado por la ya creada Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, mantendrá las mismas disfunciones de eficiencia, eficacia, transparencia, competencia y operatividad del actual sistema.

De igual forma, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ reitera que el legislador debería abordar un nuevo texto legal más contundente para hacer forzosamente presente tanto el principio de transparencia, como más exigente el control de la eficiencia en el gasto público. Así, sostiene que debería transformar en mandatos imperativos claros las precisiones doctrinales expuestas, y además debería realizar un esfuerzo simplificador y compilador, como se lleva reclamando desde hace años. Tal autor, propone por consiguiente tres sencillas medidas que permitirían una primera simplificación de este nuevo texto legislativo: aplicar el mismo régimen jurídico a todo el sector público (algo que ha hecho la Junta de Castilla y León para todo su sector público mediante el Decreto de 23 de diciembre de 2015); aplicar el mismo régimen jurídico a todos los contratos, con independencia de su cuantía; y volver a unificar la regulación de las concesiones de obra pública y de servicio público¹⁴⁹⁷.

De este modo, y adicionando otras propuestas a la mejora de este control en tal marco jurídico, deberíamos a su vez añadir las siguientes: diseño de una transparencia eficaz tanto a nivel de concurrencia como de rendición de cuentas; impulso de los medios electrónicos como herramienta de transparencia obligatoria para todo el país; incentivar los pactos de integridad como refuerzo social y control; promoción de la profesionalización y capacitación como medio de autocontrol; y finalmente, practicar una simplificación normativa¹⁴⁹⁸. Sumado a ello, FUENTES I GASÓ y JUNCOSA VIDAL indican que hubiera sido deseable contar en esta nueva ley con un mayor desarrollo de las contrataciones conjuntas, las cuales además de permitir ahorros a través de sus economías de escala¹⁴⁹⁹, facilitarían ejercer un control entre más organismos hacia ellas.

Por último, y volviendo a nombrar a GIMENO FELIÚ, uno de los retos principales de este nuevo marco jurídico debería ser afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción, y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad. Agregando que con la aprobación de esta ley, se podrá justificar el cumplimiento formal de las Directivas europeas de contratación pública, pero no de los principios inspiradores de esta temática que funcionan al margen de los importes¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ Martínez Fernández (2017), op. cit., pp.45-46.

¹⁴⁹⁸ Aspectos inferidos desde Gimeno Feliú (2017a), op. cit., pp.8-30.

¹⁴⁹⁹ Fuentes I Gasó y Juncosa Vidal (2018), p.97.

¹⁵⁰⁰ Gimeno Feliú (2017b), op. cit., p.196, 202 y 220.

A modo de conclusión -e incluyendo todo lo investigado hasta ahora-, debemos buscar la forma de hacer cumplir y respetar este nuevo entramado jurídico de contratación por muy imperfecto que pueda ser, para posteriormente evaluar su praxis y dilucidar en qué materias o aspectos específicos se debe legislar para obtener un control mínimo y óptimo que garantice un mejor sistema que el actual. Como acaba manifestando GIMENO FELIÚ, la nueva Ley de Contratos del Sector Público es compleja y contiene debilidades (algunas por inercia), pero es un avance para reconstruir las “Murallas del Derecho Administrativo”, lo que puede ayudar a corregir el actual gap entre ciudadanía e instituciones públicas, y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno¹⁵⁰¹.

5. EL CONTROL INTERNO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

El control interno en materia de contratos públicos debiese focalizarse en todo lo importante, lo crítico, y aquello que puede hacer disminuir la calidad y oportunidad de los bienes adquiridos, sin olvidar las prácticas irregulares por parte de los funcionarios públicos que no respeten la ley. Por tal razón, se ha hecho evidente la necesidad de potenciar este examen a través de auditorías institucionales, entregando más atribuciones y recursos a las unidades respectivas -si no las tuviesen-, y comprometiéndolos a una medición no sólo de legalidad y/o reglamentaria de su actuar.

Según indica la OCDE, la importancia de comprometer inspecciones internas en esta materia garantiza el cumplimiento eficiente de un proceso, salvaguardando al mismo tiempo las metas y los objetivos relacionados con la integridad. Tales controles, desde lo legal, buscan garantizar si se siguen los procedimientos jurídicos a través de la coherencia en la aplicación de las normas y disposiciones, y a su vez, verifican si se cumplen los procedimientos administrativos y financieros (presupuestarios), aplicando para ello mayormente auditorías internas y controles de gestión¹⁵⁰². Asimismo, tal organismo sostiene que las prácticas armonizadas de este tipo de examen, garantizan la coherencia en la implementación de las normas de contratación pública en todo el sector público¹⁵⁰³.

En años recientes, la operatoria de este control en los contratos públicos ha venido desarrollando acuerdos y mecanismos internos para mejorar la transparencia, integridad, eficiencia y eficacia en los procesos de adquisiciones mundiales. Instrumentos tales como: regulaciones

¹⁵⁰¹ Gimeno Feliú (2017e), op. cit., p.30.

¹⁵⁰² OCDE (2016b), op.cit., p.24.

¹⁵⁰³ Ibid.

normativas generales, medidas anticorrupción, cooperación intra y extra organizacional, profesionalización, auditorías, indicadores de gestión, medición de riesgos, y base de datos para análisis y toma de decisiones, están dentro de los más destacados¹⁵⁰⁴, no olvidando mencionar desde lo legislativo, y en lo específico, los recursos legales que se pueden interponer ante los procesos de contratación¹⁵⁰⁵ -guiándose los Estados de la UE al respecto, por los lineamientos que establece la Comisión Europea a través de sus Directivas vigentes.

De acuerdo a PARADA VÁZQUEZ, el control interno más importante en la administración española es el que se vincula y ejerce a través del principio de jerarquía, donde los superiores controlan constantemente la actividad de los órganos inferiores¹⁵⁰⁶. Entre sus disposiciones importantes, este tipo de control es exigido en la administración pública a través de su ya nombrado artículo 103 CE; el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (disposición adicional segunda).

En el ámbito local, podemos nombrar las normas de control interno como el artículo 92. bis de la LRBRL; artículo 54.1 de TRLRBRL, artículo 204 y 213 a 222 del TRLRHL; Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen de los funcionarios de la Administración Local; Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, Capítulo I, Título VI, de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público: disposición adicional tercera control de entidades de Administraciones Públicas no sujetas a auditoría; y por último, el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico de control interno de las entidades del sector público local; agregando finalmente a las normas autonómicas de régimen local y de carácter sectorial, y normas propias de las entidades locales.

Conforme sostiene PASCUAL GARGÍA, hasta años recientes el control interno de la Administración poseía como finalidad exclusiva el aseguramiento de la legalidad. A partir de la

¹⁵⁰⁴ World Bank Group (2016), op. cit., p.6.

¹⁵⁰⁵ Son acciones legales que permiten a los operadores económicos hacer cumplir la normativa de contratación, salvaguardando los derechos en la materia.

¹⁵⁰⁶ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.410.

promulgación de la Ley General Presupuestaria del 4 de enero de 1974, su ámbito se amplió considerablemente, abarcando la eficiencia y economía de la gestión del gasto público¹⁵⁰⁷. No obstante lo anterior, a mediados del año 2000 LÓPEZ y ORTIZ seguían distinguiendo el control de la Administración como uno de tipo interno y especialmente preocupado por la legalidad, caracterizándolo esencialmente por una medición formal de regularidad normativa; supervisar documentos y actos aislados; preocuparse por la justificación y detección de fraudes; pretensión de universalidad; y solamente ocuparse del ámbito administrativo¹⁵⁰⁸.

Asimismo, GARCÍA SÁNCHEZ expresaba que los controles internos en el territorio han estado siguiendo la tendencia a la globalización de las ideas que rodea a la nueva gestión pública, en donde la dirección estratégica se ha comenzado a ver como técnica directiva que ayudaría bastante a acrecentar este examen en los entes públicos. No obstante esto, debe destacarse el retraso con el que tales técnicas han comenzado a aplicarse en referencia a otros países con mayor tradición democrática, como es el caso del Reino Unido o los Estados Unidos¹⁵⁰⁹.

En la actualidad, este tipo de inspección ha ido evolucionando -aunque no como se esperaba en España-, hasta llegar a distinguirse un óptimo control de esta clase por: ejercerse con plena autonomía respecto de las autoridades y órganos controlados; realizarse por medio de las modalidades de función interventora y del control financiero; ejercerse de forma desconcentrada de acuerdo con la competencia del órgano controlado; y por último, tomar en conjunto como marco de referencia, tanto el aspecto legal o de cumplimiento normativo, como otros principios fundamentales en la actuación del sector público, como son la economía, la eficiencia y la eficacia¹⁵¹⁰.

De este modo, y en lo que respecta a este tipo de control en el aprovisionamiento público que no difiere del de la Administración, tal examen se ha llevado a cabo en el país, básicamente, a través de una medición de la legalidad sustentada en el sometimiento de la Administración al Estado de derecho; y a su vez, una medición de su ejecución y cumplimiento presupuestario. Ambos controles, son ejecutados internamente por las Unidades de Intervención y Unidades de Auditorías Internas (estas últimas sólo en organismos que las posean); siendo la Dirección General de Seguridad Jurídica dedicada exclusivamente a su examen normativo. En cuanto a su habitualidad, no existe información

¹⁵⁰⁷ Pascual García (1999), op. cit., p.638.

¹⁵⁰⁸ López y Ortiz (2005), op. cit., pp.504-505.

¹⁵⁰⁹ García Sánchez (2007), op. cit., pp.56-57.

¹⁵¹⁰ Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado. Título I. Disposiciones comunes. Artículo 2. Ley General Presupuestaria y normas complementarias. BOE. Códigos electrónicos. Edición actualizada a 30 de junio de 2017, p.369.

consolidada de quienes lo están ejecutando normalmente, de forma de poder advertir sobre su regularidad, disfunciones y puntos en común.

A. Debilidades del control interno en materia de contratos públicos

La contratación pública española ha debido en el último tiempo adaptarse a varios cambios, principalmente aquellos introducidos por las Directivas que la UE ha establecido para sus países miembros. Este proceso no ha sido fácil, y todavía tiene pendiente muchos aspectos, de los cuales uno de ellos es como controlar interna y efectivamente sus procesos.

Ya desde los años 80, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER sostenía que en el país había que concientizar a la clase política sobre los problemas de gestión interna presentes en la administración pública, aludiendo que si estos no se abordaban con racionalidad -enfrentándose básicamente a los obstáculos que surgen en el seno de la propia Administración-, se correría el peligro de iniciar un proceso degeneracional imparable, que conduciría a una “criollización” de los esquemas políticos administrativos, y los haría incurables. Mencionando que en aquella fecha se estaba ya en retraso, y que el daño de no hacer nada al respecto era cada vez más irreparable. Según este autor, el control interno en aquella época se caracterizaba por tener demasiadas mediciones formales, una firma detrás de otra que acarreaba lentitud, y muchas veces, un innecesario control político, sin dejar de mencionar el poco seguimiento de las actuaciones públicas en general¹⁵¹¹.

Del mismo modo, años más tarde con la aprobación de la “Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas”¹⁵¹², se constataba que el modelo tradicional del aparato público en el país basado en la legalidad de la actuación administrativa, no era del todo adecuado a un entorno ya no tan estable y previsible como el anterior, concluyendo que era insuficiente ante las nuevas exigencias ciudadanas y los nuevos retos¹⁵¹³. Igualmente, y desde lo presupuestario (sistemas de presupuestación), según el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos” ya en los años 90 se señalaba que los procedimientos de actuación de la administración española poseían un excesivo control legal, señalando la ausencia de un control de eficacia y eficiencia al respecto¹⁵¹⁴.

¹⁵¹¹ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., p.29 y 64.

¹⁵¹² Este documento tiene la finalidad de promover un compromiso con la excelencia y la innovación en la prestación de los servicios públicos, sirviendo de referencia a las diferentes Administraciones (AEVAL, 2009, “Carta de compromisos con la calidad de las administraciones públicas españolas”. Octubre, p.4).

¹⁵¹³ Ibid, p.3.

¹⁵¹⁴ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.47.

Al presente, la pregunta que nos genera este breve diagnóstico anterior es ¿Se han resuelto en el país estas deficiencias evidenciadas? ¿O se siguen arrastrando gran parte de ellas? De acuerdo con MALARET ELISENDA, tales problemáticas se siguen presentando, dando como resultado un control interno deficiente¹⁵¹⁵.

De esta manera, y como sostiene este último autor, si hay un punto en el que existe un acuerdo en España, éste es la crítica a los actuales mecanismos de control interno¹⁵¹⁶. En general, los controles administrativos internos y los recursos administrativos particulares reciben una valoración negativa en el país. Se ha extendido la idea de ineficaces, como mecanismos de corrección de la actividad administrativa y de compensación de los ciudadanos afectados por actuaciones administrativas contrarias al ordenamiento jurídico. Lo ideal -como sostiene MALARET-, hubiera sido configurarlo como un mecanismo de control no jerárquico, con un procedimiento no formalista, rápido y poco costoso¹⁵¹⁷.

Proveniente de los Tribunales de Cuentas, PEÑA OCHOA coincide con el diagnóstico de MALARET, añadiendo que la opinión mayoritaria cree que el sistema de fiscalización interna y externa en el país no funciona correctamente, no habiendo producido los resultados esperados. Sólo llega a informar sobre lo que ingresa y gasta la Administración y sobre el grado de cumplimiento formal de la legalidad de esas operaciones; no sirve para medir la eficacia y eficiencia de los programas y tampoco ha servido para prevenir y detectar la corrupción, que parece inmune al sistema de control establecido¹⁵¹⁸.

Como principal debilidad, según este autor, destaca su incapacidad para contribuir a mejorar la gestión financiera del sector público (que es el fin que justifica su existencia), debido a su carácter formalista y ritual, redundante y desestructurado, enfocado únicamente a la verificación del cumplimiento de la legalidad e impotente para detectar o impedir el fraude. De igual manera, resalta

¹⁵¹⁵ Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.93.

¹⁵¹⁶ Ibid. Mencionamos también la legislación general que obliga y regula al control interno en España y su Administración, como lo son el art.103 de la Constitución y la Ley 47/2003 General Presupuestaria (LGP), añadiendo para las entidades locales el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, en su art. 213, donde distingue una triple acepción del control interno: función interventora, función de control financiero, y función de control de eficacia (Grajal Caballero, 2011, op. cit., p.57).

¹⁵¹⁷ Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.93. Según este último autor, se puede decir que el fracaso de los mecanismos de control interno desde lo legal, han contribuido a la centralización del control de la Administración en sede judicial, y ha forzado la maximización de la tutela judicial en términos cuantitativos (número de casos), pero también cualitativos (intensidad de control) de la actividad pública. En la práctica, esto ha llevado a favorecer la masificación de la justicia y el incremento del tiempo, y de los costes necesarios para acceder a una resolución que dirima un conflicto jurídico. No obstante lo anterior, existen algunas experiencias importantes en control interno de legalidad a través de órganos administrativos independientes, nombrando por ejemplo a los tribunales económicos administrativos, tribunales antidopaje, y tribunales especiales en materia de contratación.

¹⁵¹⁸ Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.11-12.

la falta de datos para el control interno de la corrupción y las personas involucradas (que hace alusión directa a la corrupción en contratación pública), lo cual advierte que no permite abordar un análisis en profundidad sobre este preocupante fenómeno¹⁵¹⁹.

De este modo, si tuviéramos que resumir las principales debilidades aludidas sobre este tipo de control en nuestra materia objeto de estudio, y agregarle otras encontradas en toda esta investigación, diríamos entonces que se caracteriza por lo siguiente:

PRINCIPALES DEBILIDADES DEL CONTROL INTERNO EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL

- Repetición de los mismos tipos de controles. Basarse mayormente en un examen de legalidad de los actos, y presupuestario de sus fondos, sin considerar otros controles como: eficiencia, eficacia, proceso, riesgos, gestión, estratégico, operativo, entre otros.
- El marco jurídico que regula el control en materia de contratos públicos es muy limitado (Tribunales de Cuentas), debiendo ser más ejecutivo y obligatorio, con el fin que su actuación permita: fiscalizar, controlar y sancionar.
- El objetivo del control actual se focaliza en más formalidades que en puntos críticos o sustantivos del proceso de contratación.
- El proceso de control interno en la práctica tiende a ser burocrático e inoportuno.
- No existe un sistema de información consolidado y oportuno que alimente este tipo de control.
- Se visualiza una ausencia de control e inexistencia de planificación anual de este.
- No se apoya en el seguimiento de una planificación o plan anual de compras en lo operativo.
- No se aprecia la contratación, habitual, de una empresa externa que revise y establezca mejoras al control interno en los órganos públicos.
- Existe una falta de visiones profesionales multidisciplinarias para controlar internamente el sistema.
- No se vislumbra un control de riesgos institucional que anticipe las disfunciones del sistema de contratación.
- Por último, existe un escaso involucramiento de las auditorías internas o unidades de intervención en este proceso de medición en la contratación, así como de sus autoridades institucionales.

Cuadro 18. Fuente. Elaboración propia.

Tales debilidades, podrían disminuir o eliminarse a través de un examen que ejecute mediciones más operativas y efectivas, donde el denominador común sea la claridad del objeto de control, su flexibilidad para adaptarse a situaciones diferentes y hacer participar a quienes serán controlados, el retroalimentar al sistema de sus resultados, y sobre todo, que exista una utilidad de este examen que sea mayor que su coste. Desde una óptica jurídica, y a pesar de todos estos fallos latentes, es conveniente resaltar según PASCUAL GARCÍA, que si bien la configuración de este control interno en el país es obra del legislador ordinario, su implementación no carece de fundamentos constitucionales¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁹ Ibid, ppt.7 y 11-12.

¹⁵²⁰ Pascual García (1999), op. cit., p.345.

B. Principales efectos negativos del deficiente control interno

Las debilidades del control antes manifestadas originan en la práctica determinados *efectos negativos*, los cuales no sólo el gobierno está asumiendo, sino también toda una ciudadanía que hace un tiempo está demandando por cambios. Entre todos estos efectos que se presentan, distinguimos principalmente cuatro de ellos que están a la vista:

1) *Altos costes para la administración pública (ineficiencia)*. El no medir y con ello saber qué está ocurriendo en el ciclo de contratación y sus etapas respectivas, está resultando en duplicidades de actividades y recursos, además de una escasez o excesos de controles. Todo ello, genera ineficiencias que exigen cada vez más fondos públicos y posiblemente mayores disposiciones legales, contribuyendo a aumentar el gasto presupuestario para el Estado y la complejidad en este tema.

2) *No adquirir lo solicitado en los objetivos de compras (ineficacia)*. ¿Cómo podemos saber que una compra recibida cumple con su objetivo inicial? La única forma es controlar que las especificaciones de ella sean completamente iguales al bien recibido. Por lo tanto, cuando no establecemos algún procedimiento a este respecto, no tendremos eficacia o cumplimiento de los objetivos de nuestro requerimiento, y como efecto, no satisfaremos las demandas sociales.

3) *Escasa transparencia y prácticas irregulares en la actuación funcionaria (corrupción)*. Hemos mencionado que la corrupción es propia del ser humano y no de los sistemas, procesos o medios informáticos. Por ello, la inexistencia de controles mínimos que garanticen un apego a la ley y al derecho, al igual que una formación continua en esta materia, generará mayores casos de irregularidades y corrupción, acostumbrando a quienes practican estos vicios a ir creando una cultura pública que no sanciona y lo permite todo.

4) *Pérdida de confianza de la ciudadanía en las instituciones y gobiernos (deslegitimidad)*. Por último, es sabido que cuando no existe un sometimiento de la autoridad al Estado de derecho, a través de un control efectivo de ella -existiendo una transparencia manifiesta-, aumenta la ingobernabilidad y disminuye la legitimidad, situaciones que decantan en el caso de la contratación pública, en pérdida de credibilidad de los participantes en el sistema y en sus organismos adjudicadores.

Del mismo modo, y como otro efecto transversal a todo el sistema, no podemos dejar de mencionar la consecuencia negativa que produce este deficiente control institucional hacia las

empresas o proveedores que participan en los concursos públicos, produciendo indirectamente en ellos una inseguridad normativa, desconfianza que afecta a su participación, y un aumento de los costes administrativos de estos debido a procesos largos, engorrosos y repetitivos (escasamente simplificados y optimizados). De esta forma, y citando el “Libro blanco para la mejora de los servicios públicos” en España, indicamos que *“Las decisiones, controles y modos de gestión de las administraciones públicas, repercuten en los costes de producción de las empresas, se reflejan en sus cuentas de resultados y condicionan su productividad”*¹⁵²¹; sin olvidar, que esta situación termina finalmente repercutiendo en precios de ofertas más altas para los poderes adjudicadores.

Todos estos efectos indicados, han tenido y siguen teniendo en España un alto coste, siendo urgente adoptar medidas concretas y acciones que deben comenzar por una voluntad política decidida que involucre a todos los sectores en esta materia, y que asimismo, implante una contratación pública electrónica que haga de ellos disfunciones del pasado.

C. Materias que debe priorizar el control interno en la contratación española

Con el fin de agrupar los temas específicos que debe atender este control en el territorio español, destacaremos como consecuencia los siguientes puntos:

En primer lugar, *se debe controlar que la legislación vigente se cumpla y respete*. Tanto la Constitución Española (artículo 103.1 y 31.2); la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (destacando su artículo 3); y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (artículos 1,28.2; 332; 333 y 334 principalmente), entre otros preceptos, establecen que los fondos públicos deben ser administrados con eficiencia y eficacia, principios que según BALLART y RAMIÓ la carta magna de este país establece con claridad y se deben respetar¹⁵²².

No obstante, la evidencia en el país muestra que estos principios básicos no son controlados correctamente, dando paso a malas prácticas y malversación de fondos. De esta forma, y entendiendo como manifiesta PARADA VÁZQUEZ que las técnicas para garantizar la obediencia a los mandatos reglamentarios y al igual que la ley, son los medios administrativos, ordinariamente sanciones

¹⁵²¹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.31

¹⁵²² Ballart y Ramió (2000), op. cit., p.533.

administrativas y, en su caso, penales¹⁵²³, el foco debería comenzar entonces por diagnosticar como están funcionando las técnicas actuales de control interno, y evaluar si están cumpliendo su objetivo eficazmente. Como buen ejemplo y referencia de lo manifestado, destacable es mencionar el caso de Corea del Sur -país referente en contratación pública electrónica a nivel mundial-, en cuanto a sus factores que han llevado al éxito en mejorar su gestión pública en general, resaltando dentro de ellos “el respeto a las normas y regulaciones que se establecen”¹⁵²⁴.

En una segunda materia a priorizar, encontramos a la *gestión propia del proceso operativo*. Es imperativo que el ciclo de vida de la compra (en todas sus fases), tenga mecanismos de control que sean oportunos y señalen si la etapa en cuestión ha cumplido con su objetivo y tiempos. Lo que no puede suceder, es que un requerimiento mal diseñado, incompleto o subjetivo, pase todas las fases de un proceso de compra, se adjudique y se pague, para luego darnos cuenta que la compra respectiva adolece de las características que se necesitaban. Lo mencionado, hace referencia a que no se puede efectuar sólo un control ex post del proceso, sino como propone la Comisión Europea al año 2017, es necesario uno que actúe antes del reclamo por incumplimiento¹⁵²⁵.

En otra de estas prioridades, está la de realizar un *seguimiento de los hitos importantes en la ejecución de un contrato*¹⁵²⁶. Esta debilidad, que como manifiesta GIRÁLDES GUTIÉRREZ es tan poco regulada y en la cual se pueden revelar ineficiencias o disfuncionalidades¹⁵²⁷, en la práctica genera dos efectos notorios: no permite acabar exitosamente el servicio contratado; y no faculta saber con claridad las sanciones y/o multas que se han dejado de percibir por los organismos públicos desde los proveedores por sus incumplimientos, y con ello, se acostumbra a estos últimos a que las faltas no tienen sanciones.

En sintonía con lo anterior, hay que priorizar también un *control sobre la modificación de los contratos*¹⁵²⁸ -los cuales están previstos en la nueva LCSP 9/2017 desde su artículo 204 al 207. De esta manera, está siendo reiterativo modificar los contratos por malas planificaciones en un comienzo, o por necesidades extras aparecidas durante su ejecución, no aplicando la Ley vigente que

¹⁵²³ Parada Vázquez (2017), op. cit., p.76.

¹⁵²⁴ Myoung-soo Kim en Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.233.

¹⁵²⁵ Esto se pone de manifiesto, en el elevado flujo de investigaciones judiciales sobre irregularidades en los contratos públicos, así como en el número de denuncias presentadas ante la Comisión Europea, las cuales dan lugar a investigaciones y procedimientos de infracción. Aunque los recursos jurídicos de los órganos de revisión independientes especializados parecen funcionar bien, sólo se aplican si un operador económico alega un incumplimiento de la legislación en la materia (Comisión Europea, 2017, op. cit., p.56).

¹⁵²⁶ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.153.

¹⁵²⁷ Giráldez Gutiérrez en Campos Acuña Concepción (2018), op. cit., p.1300.

¹⁵²⁸ CNMC (2015), op. cit., p.17; Tribunal de Cuentas Español (2016a), op. cit., pp.14-88; Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212; Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24.

alude a realizar un nuevo proceso de compra¹⁵²⁹. Como sostiene GIMENO FELIÚ a este respecto, “Una de las principales puertas de la corrupción y de ineficiencia en España ha sido la generosa interpretación del derecho a modificar los contratos, no sólo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más del 200 por cien”¹⁵³⁰.

Como otra materia relevante de este control, no podemos olvidar priorizar un *control interno sobre las conductas de los funcionarios, gestores o directivos* que están vinculados a la contratación. Rotación de funcionarios, cursos de ética, protocolos sobre buenas conductas, canales de denuncia interna y anónima, auditorías internas sorpresivas, entre otras, son algunas de las medidas que podemos aplicar para disminuir las malas prácticas. La aplicación de un control de riesgos también está siendo muy útil para adoptar acciones sobre situaciones antes que se presenten. Esto último, lo podemos evidenciar en lo señalado por la Comisión Europea al año 2014, quien ya había observado la “Necesidad de un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción en la contratación pública”¹⁵³¹.

Por último, hay que advertir en esta priorización que para que este tipo de control pueda ser permanente y programado anualmente, necesita que se planifique y exista *un plan anual de su ejecución*. Es fundamental que cada fin de año se establezca un cronograma de las actividades y objetivos que se medirán en la contratación pública del próximo año. Esto, hará que las áreas de compras deban prepararse y disponer de los recursos necesarios cada período para enfrentar estas inspecciones, mejorando así continuamente su gestión interna.

Finalmente, y hacia el sector local, destacable es también mencionar uno de los últimos informes del Tribunal de Cuentas Español, sobre la realidad de los contratos públicos de las entidades locales de Cantabria, Extremadura, La Rioja y la Región de Murcia, así como la de Castilla-La Mancha, donde se indicó que las materias específicas que llaman a un control interno inmediato y permanente son: la tramitación de las fases de preparación y adjudicación de los contratos; reforzarse la observancia de los principios de economía, racionalidad y eficacia en la gestión del gasto; requerirse por las entidades locales una mayor diligencia en la vigilancia y control de la ejecución de los contratos; y a su vez, establecer mecanismos para llevar a cabo el seguimiento

¹⁵²⁹ Ver razones para modificación de contratos en Subsección 4ª, modificación de los contratos, 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.

¹⁵³⁰ Gimeno Feliú (2016c), op. cit., ppt.25.

¹⁵³¹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.38.

del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en este tema tanto por este Tribunal de Cuentas, como por el resto de organismos con potestad para ello¹⁵³².

Como termina manifestando GIMENO FELIÚ, debe insistirse en el rol -como controles internos administrativos- de la Intervención y de los Servicios Jurídicos, no obstante, también advierte no olvidar que la gestión administrativa debe ser validada por la percepción ciudadana, y por un modelo de gobernanza público más participativo, transparente y con vocación de rendición de cuentas, avanzando así en esta nueva cultura del control y de la regeneración democrática junto o en colaboración a la sociedad civil¹⁵³³.

D. Propuesta de controles internos mínimos al actual sistema de contratación

Tanto el Banco Mundial, la Comisión Europea, la CNMC, el INAP, el IESE, Tribunales de Cuentas nacionales, el OBCP, entre otros, han evidenciado varias disfunciones en el sistema actual de contratación español (ver detalle de tales disfunciones en capítulo I), las cuales al presente, no han tenido un éxito en su reducción al aplicar sólo mediciones de tipo legal, presupuestaria y/o financiera tradicionales. Por tal razón -y con motivo de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente, la organización interna de los recursos, tiempos óptimos de los procesos, eliminación de duplicidades y reducción de malas praxis-, existe la obligación de implementar otros controles internos (complementarios) que sí den respuesta a tales problemáticas latentes, reflejando entonces los siguientes como propuesta para mejorar el actual sistema de compras en el país:

PROPUESTA DE CONTROLES INTERNOS A IMPLEMENTAR EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL		
	TIPOS DE CONTROLES INTERNOS HABITUALES APLICADOS	TIPOS DE CONTROLES INTERNOS COMPLEMENTARIOS COMO PROPUESTA
SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none"> Control administrativo de legalidad Control contable, presupuestario y/o financiero 	MÍNIMOS A IMPLEMENTAR: <ul style="list-style-type: none"> Control de eficiencia Control de eficacia Control de proceso Control de riesgo Control de gestión
		RESTO DE CONTROLES IMPORTANTES A IMPLEMENTAR: <ul style="list-style-type: none"> Control operacional Control estratégico Autocontrol (a través de la formación)

Cuadro 19. Fuente. Elaboración propia.

¹⁵³² Tribunal de Cuentas español (2016), op. cit., pp.97-98.

¹⁵³³ Gimeno Feliú en Campos Acuña Concepción (2018), op. cit., p.1299, “Anexo II. FAQ’S”.

Los controles complementarios aquí propuestos, se han dividido entre los “mínimos a implementar” y el “resto de controles”, con el propósito -sobre todo para aquellos organismos que no disponen de muchos recursos- de priorizar los primeros o parte de ellos, y así asegurar sistemas de información mínimos que entreguen mejoras tangibles en sus adquisiciones.

Como ya se ha manifestado, no se trata de aplicar un exceso o hipertrofia de controles, sino sólo aquellos necesarios, precisos y útiles, los cuales nos entreguen información oportuna de lo que ocurre. El tipo y cantidad de controles deben ser implementados de acuerdo al tamaño, funciones y realidad propia del área de contratación, buscando en definitiva que esta pueda funcionar óptimamente; es decir, que se realicen sus tareas cumpliendo cabalmente la legislación pertinente, y logrando alcanzar los niveles predefinidos de eficiencia, eficacia y transparencia.

En adición a lo mencionado, y clasificando ahora el “control mínimo para cada una de las áreas claves de la contratación pública española”, se sugiere lo siguiente:

PROPUESTA DE CONTROLES INTERNOS MÍNIMOS PARA ÁREAS CLAVES DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL	
ÁREAS CLAVES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA	CONTROLES MÍNIMOS COMPLEMENTARIOS A LOS NORMATIVOS, PRESUPUESTARIOS Y/O FINANCIEROS
a) Marco Jurídico	Control de eficacia
b) Tribunales Administrativos	Control de eficiencia y control estratégico
c) Proceso interno de contratación o ciclo de vida de la compra	Control de eficiencia, control de eficacia, control operacional, control de proceso, control de riesgos, control de gestión y control estratégico
d) Sistema de datos e información	Control de riesgos

Cuadro 20. Elaboración propia.

Cada uno de estos controles mínimos -propuestos a causa de las disfunciones encontradas en el país a través de esta investigación-, se explican seguidamente en base al entorno actual de cada una de las “áreas claves” identificadas:

a) Marco Jurídico. Como fundamento de la evidencia expuesta en esta investigación en materia normativa, se puede apreciar que existe una gran cantidad de disposiciones y una dispersión de ella, escasos mecanismos para detectar desviaciones de la norma, y un deficiente incumplimiento de la ley sobre todo por Comunidades Locales. Este panorama, está generando que los objetivos previstos por la normativa no se estén cumpliendo, debiendo por lo tanto implementarse permanentemente un *control de eficacia* (o efectividad) sobre el desempeño de los fines que busca cada disposición en particular. Lo anterior, de este modo, sólo será posible si se disponen de datos fidedignos y oportunos sobre las disfunciones que va teniendo en la operatoria cada nuevo precepto elaborado.

b) Tribunales Administrativos. Una de las principales problemáticas que poseen estos Tribunales, está dada por la escasa coordinación entre ellos, lo que está generando que no exista una unidad doctrinal en materia de aprovisionamiento. Esta situación, ya la ha advertido la Comisión Europea, quien ha afirmado en una de sus recomendaciones para el país, la necesidad de incrementar la coordinación entre los órganos jurisdiccionales especializados de apelaciones contractuales, derivando a una mejor armonización de la interpretación de la ley respectiva entre las regiones¹⁵³⁴.

Esta descoordinación, además está produciendo ineficiencias en los recursos que el Estado destina para tales entes, ya que se están realizando actividades o tareas repetitivas entre ellos. Es por lo manifestado, que adicionalmente a una voluntad política, se necesita como mínimo de un *control de eficiencia* que evite duplicidades de esfuerzos y recursos, como así también de un *control estratégico* que permita que todos o gran parte de estos organismos se reúnan habitualmente y establezcan un plan, objetivos y metas a cumplir en conjunto, plasmando todo ello en una planificación estratégica nacional que sea vinculante.

A este respecto, y como sostiene LÓPEZ GUERRA et al, relevante es mencionar que uno de los principios que la administración pública española obliga a cumplir constitucionalmente, es el referido a la coordinación, indicando que no puede deducirse solamente al principio de jerarquía, sino a que existan instrumentos que hagan posible una acción conjunta, racionalizada y eficaz de todos¹⁵³⁵.

c) Proceso interno de contratación o ciclo de vida de la compra. En las fases que integran el proceso de contratación español, se pueden apreciar desde una vista general: carencia simultánea de una evaluación interna y externa del grado de cumplimiento de la eficiencia económica; procedimientos de adquisición largos, engorrosos y poco transparentes; falta de profesionalización del RR.HH; escases de un control interno en la aplicación de sanciones a proveedores como el cobro de multas; entre otras debilidades.

Tales anomalías, que vienen afectando las tres fases sustantivas que forman el proceso o ciclo de compra (solicitud de requerimiento, llamado y recibo de ofertas, y evaluación-adjudicación-ejecución de contrato), son necesarias de medir permanentemente a través de un control de: *eficiencia* (que los recursos dados se adapten a las necesidades), *eficacia* (que se cumplan los objetivos de compra tanto parciales como el final), *operacional* (que las tareas de cada fase se

¹⁵³⁴ Comisión Europea (2015a), op. cit., pp.212-213.

¹⁵³⁵ López Guerra et al (2003), op. cit., p.192.

ejecuten como estaba planificado), de *proceso* (que se adviertan las disfunciones y tiempos excesivos en las actividades de compra), de *riesgos* (que se analicen los posibles riesgos que pueden afectar al sistema de compras en su conjunto), de *gestión* (observar a la vez todas las etapas de la compra y medir su rendimiento), y *estratégico* (que se realice una medición permanente de la planificación anual de las adquisiciones que se ejecutarán en un período).

Del mismo modo, y transversalmente a lo indicado, es deseable también que el proceso de contratación disponga de información abierta y entendible hacia la ciudadanía, de forma que ésta pueda efectuar un control social del sistema, incluyendo asimismo un examen político recurrente sobre los resultados de esta área y sus autoridades. Este control o principio, es exigido en la Constitución Española en su artículo 105 letras a, b y c., como base de una participación ciudadana en los asuntos públicos.

d) Sistema de datos e información. Como cuarta área clave identificada, y como hemos antes señalado en este estudio, la información que produce el sistema de compras es esencial para medir todo su proceso y resultados. La realidad de los datos e información sobre adquisiciones en el territorio español, presenta deficiencias en su acceso, escasas de base de datos, falta de interoperabilidad entre la información existente, y una necesidad mayor en aprovechar las nuevas tecnologías al respecto. Tales debilidades, que se subsanarían básicamente en crear bases de datos y gestionarlas correctamente, necesitan de un *control de riesgos* que prevea “cuándo, cómo y dónde” puede fallar esta información que requieren tanto los legisladores, directivos y gestores para tomar sus decisiones, de manera tal de establecer las acciones preventivas en cuestión. Hay demandas de información que al presente debemos suplir, y por ello, hay controles que imperiosamente necesitamos hacer.

De este modo, y para concluir, resulta evidente la necesidad de estimular la creación de una cultura de “cumplimiento” sobre los controles internos que establece la legalidad, y comenzar a implementar el resto de mediciones complementarias que está exigiendo la ciudadanía y que se proponen en los cuadros anteriores. Un primer paso para aplicar lo mencionado, es saber a ciencia cierta qué mediciones estamos aplicando efectivamente a nuestra contratación, qué resultados se están obteniendo de ellas, y finalmente, saber si están cumpliendo su objetivo. A este mismo respecto, destacable es mencionar lo señalado por GIRÁLDES GUTIÉRREZ, quien ha expresado que en la contratación pública:

“...merece la pena buscar nuevos elementos de control y análisis, alejados de las rigideces burocráticas que fijen su punto de mira del proceso de contratación en elementos diferentes a los que lo hace la Administración, complementando el control burocrático con uno ofrecido por expertos independientes de la sociedad civil (control complementario)”¹⁵³⁶.

E. Organismos responsables del control interno en España

En lo referente a los órganos que realizan este tipo de medición en el país -y que incluyen la medición de la contratación pública-, debemos previamente indicar que básicamente, estos llevan a cabo su función a través del orden contencioso-administrativo. Estos organismos, se basan mayormente en un examen jurisdiccional amplio de la administración española, aplicando por lo tanto, un marco desde lo legal para controlar los sistemas de adquisiciones.

La estructura organizacional reguladora alrededor de esta materia de aprovisionamiento, está constituida, a grandes rasgos, por un Ministerio de Finanzas y Administraciones Públicas, a cargo de la política nacional de contratación a través de dos entes principales. El primero, es la Dirección General de Activos del Estado, responsable del marco regulador general de este tema, la definición de la estrategia nacional para la contratación electrónica, y el funcionamiento de la plataforma nacional. Y el segundo, es la Dirección General de Racionalización y Centralización de Compras, la cual se centra en la armonización y centralización del aprovisionamiento público nacional, actuando como central de compras de la Administración del Estado y entidades relacionadas con él¹⁵³⁷. De igual forma, debemos nombrar a los recientes órganos creados a la luz de la LCSP 9/2017, como son la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, y la Oficina Nacional de Evaluación.

Al dirigirnos ahora a aquellos organismos responsables de realizar este control interno, mencionaremos fundamentalmente a: a) El Ministerio de Hacienda a través de las Intervenciones Generales de la Administración del Estado (IGAE), estatales, autonómicas y locales, siendo su finalidad verificar -mediante la inspección previa de legalidad, el control financiero y la auditoría pública- que la actividad económico-financiera del sector público se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia¹⁵³⁸; b) Las Unidades de Auditoría Interna de las instituciones públicas -quienes las poseen-; c) La Dirección General de Seguridad Jurídica, y d) Los

¹⁵³⁶ Giráldez Gutiérrez en Campos Acuña (2018), op. cit., p.1300.

¹⁵³⁷ Comisión Europea (2015a), op. cit., pp.207-208.

¹⁵³⁸ Intervención General de la Administración del Estado. Gobierno de España. Recuperado el 17 de octubre de 2017 en <http://www.igae.pap.minhfp.gob.es/sitios/igae/es-ES/Paginas/inicio.aspx>. Ver también en Parada Vázquez (2017), op. cit., pp.411-412.

propios órganos de contratación, quienes a través del art. 64 de la LCSP 9/2017, “deberán” tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, así como detectar y solucionar los conflictos de intereses. En cuestión de ámbito local, el control interno se desarrolla básicamente a través de la Intervención Municipal.

De esta forma, y describiendo con mayor detalle cada una de las entidades antes enunciadas, presentaremos en el siguiente cuadro los objetivos de éstas, junto con los aspectos que controlan y el momento de esta medición:

ÓRGANOS PRINCIPALES QUE CONTROLAN INTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA		
UNIDADES ESPECÍFICAS	OBJETIVO	¿QUÉ ASPECTOS CONTROLAN Y EN QUÉ MOMENTO?
(1) Intervención General de la Administración del Estado y los Interventores Delegados (Unidades de Intervención)	Garantiza en todo caso y para todo acto, el cumplimiento de las normas relativas a disciplina presupuestaria, a los procedimientos de gestión de gastos, ingresos y aplicación de los fondos públicos ¹⁵³⁹ . Fiscaliza desde el punto de vista económico la actividad del Estado ¹⁵⁴⁰ . Tiene la función de emitir un informe crítico del gasto y de asistir como miembro nato a las mesas de contratación, además de su presencia en los actos de recepción de obras, suministros y servicios -susceptibles de recepción-, a partir de un límite cuantitativo ¹⁵⁴¹ . En cuanto a su modalidad de ejercicio, se ejecuta formal y materialmente. La primera consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la adopción del acuerdo, mediante el examen de todos los documentos que preceptivamente deban estar incorporados al expediente; la material, comprueba la real y efectiva aplicación de los fondos públicos.	Legalidad, presupuestario-financiero (control previo y ex post)
(2) Unidades de Auditoría Interna	Fiscaliza la actividad pública institucional ¹⁵⁴² . Realiza un control habitualmente de la legalidad de los actos inherentes a la contratación pública.	Legalidad, presupuestaria, eficiencia, eficacia y economía (control ex post)
(3) Dirección General de Seguridad Jurídica	Realiza un control legal de los pliegos de requerimientos, revisando que éstos se ajusten en fondo y forma a la normativa de contratación vigente. Es un control normativo del procedimiento de contratación.	Legalidad (control previo)
(4) Órganos internos de contratación (al interior de la Administración)	Según el artículo 64 de la LCSP 9/2017, los propios órganos aludidos deberán tomar las medidas para luchar contra el fraude, el favoritismo, la corrupción, y los conflictos de intereses, garantizando a la vez competencia, transparencia e igualdad de trato.	Legalidad (control previo y ex post)

Cuadro 21. Elaboración propia.

Sobre tales organismos mencionados, debemos precisar en primer lugar, que gran parte de ellos realizan inspecciones similares y miden exactamente lo mismo, situación que necesita urgentemente una coordinación y ordenamiento que haga posible dejar de duplicar recursos y esfuerzos en un mismo objetivo de medición. Esta situación, ya ha sido identificada por la Comisión Europea, quien ha recomendado la necesaria coordinación entre los órganos de supervisión de la contratación pública a nivel regional y nacional, como el IGAE y contralores regionales, con el fin de garantizar una aplicación coherente del marco legislativo único sobre esta materia¹⁵⁴³.

¹⁵³⁹ Grajal Caballero (2011), op. cit., p.57.

¹⁵⁴⁰ De la Morena López (2016), op. cit., p.4.

¹⁵⁴¹ Ibid.

¹⁵⁴² Ibid.

¹⁵⁴³ Comisión Europea (2015a), op. cit., p.212.

De igual modo, y en segundo lugar, como antes hemos expuesto sobresalen los controles de carácter legal y presupuestario-financiero, escenario que nos refleja la necesidad de implementar otras mediciones que dispongan de nuevos datos para mejorar las decisiones presentes.

Por último, y como hemos advertido, el control de la contratación en el país no puede seguir siendo compartido, segmentado y descoordinado, sino, debe idealmente realizarse a través de un solo organismo que tenga potestad para sancionar, así como para analizar y proponer medidas con carácter vinculante. El que existan diversas comunidades autonómicas al interior del territorio, no quiere decir que también deba existir esta independencia en el control de sus adquisiciones y presupuestos respectivos, ello, ya que los recursos son públicos y nacionales, no sólo propios de estas delimitaciones territoriales.

6. RETOS DEL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

El primer gran reto relevante que plantea este régimen jurídico de los contratos públicos, como afirma CAMPOS ACUÑA -y que afecta directamente al control de éste-, está dado por la necesidad de una visión global y conjunta (o integrada e integradora), de todas las normas que configuran el régimen jurídico, financiero, presupuestario y contable, de fiscalización previa y de información, y de notificación o publicación en esta materia de aprovisionamiento¹⁵⁴⁴.

Conforme al parámetro con el cual deberíamos universalmente comparar cualquier sistema de contratación pública, que es *“El uso eficiente y eficaz de los recursos públicos, y las demandas y necesidades ciudadanas por saber quién, cuándo y cómo se están administrando sus dineros”*¹⁵⁴⁵, diríamos entonces que todo control actual en esta materia debe preocuparse tanto de sus aspectos relacionados con la corrupción (enfoque jurídico), como de su gestión interna (enfoque económico y de la eficacia), entendiendo que gran parte de los primeros problemas son derivados de un deficiente trabajo de los segundos, además de la inexistencia transversal de controles internos y evaluaciones efectivas.

Dicho esto, diremos por lo tanto que uno de los segundos retos del control en la contratación, es *cambiar su foco de estudio, análisis y práctica*, es decir, dejar de sólo implementarse desde lo jurídico, y comprender que gran parte de sus disfunciones actuales son producidas por un debilitado - y en algunos casos inexistente- foco gerencial o de gestión institucional. Hay que mirar el sistema de

¹⁵⁴⁴ Campos Acuña (2018), op. cit., p.1330, “Anexo II. FAQ’S”.

¹⁵⁴⁵ Conclusión del autor obtenida de esta investigación.

adquisición pública como un todo desde una panorámica integral, y dejar de verla como una función que sólo atiende a lo legal y se soluciona desde este prisma.

Esta situación, ya ha sido mencionada por la OCDE hace unos años, agregando este organismo que dentro de las siete lecciones que se han aprendido del control en materia de contratos públicos, se encuentra el pasar desde un estricto enfoque de cumplimiento a un enfoque gerencial abarcando todo el ciclo de compra, asegurar una posición estratégica de la compra pública para una adecuada administración de los recursos, y desarrollar sistemas de monitoreo para medir el desempeño del sistema íntegramente¹⁵⁴⁶.

En un tercer gran reto, conviene destacar la necesidad de *comenzar ya a controlar con los recursos institucionales disponibles y no seguir esperando condiciones ideales*. Varias provincias y Gobiernos Locales mencionan que un gran obstáculo para comenzar a medir sus adquisiciones es no tener los suficientes recursos económicos, personal calificado y nuevas tecnologías. No obstante, se olvidan que el insumo fundamental para implementar un control es la información que maneja el propio equipo de compras al interior de su área. Un trabajo conjunto de este equipo podría analizar los sectores o partes críticas del proceso de contratación que necesitan mejoras, identificando soluciones simples y concretas a los problemas recurrentes. Esto, irá desarrollando una conducta y disposición funcionaria hacia el control, que luego se podrá ir acrecentando añadiéndole herramientas de gestión efectivas y eficientes.

En cuarto lugar, otro gran desafío de este control es entregarle *la misma importancia operativa a la medición de legalidad, que a aquella de matiz económico-social (gestionar internamente el proceso de compra)*. Ambos ámbitos de control abarcan cosas distintas, pero complementarias y absolutamente necesarias para lograr una contratación pública como la actualmente demandada. Ya lo indicada FUENTES VEGA et al, sosteniendo que la economicidad y racionalidad de los recursos se hace tan necesaria en un momento de medios escasos, como no es menor verificar la legalidad de nuestras actuaciones. Estos autores, han observado que la escasez de los recursos ha dejado de manifiesto una nueva exigencia: *“El control debe garantizar el acomodo de la legalidad, pero debe igualmente verificar la eficacia, eficiencia y economía con la cual son gestionados”*, esto último, llevaría a calificar un control como bueno¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴⁶ OCDE (2014a), op. cit., p.15. El resto de las siete lecciones son: aprovechar el potencial de consolidación de la contratación con miras a lograr mejoras en la eficiencia, invertir en profesionalización, mantener una monitorización estricta en el uso de excepciones a licitaciones competitivas (por ejemplo extrema urgencia), y a su vez, proporcionar suficiente flexibilidad en la política de adquisiciones para adaptarse a los diferentes escenarios garantizando la transparencia.

¹⁵⁴⁷ Fuentes Vega et al (1999), op. cit., pp.568-569.

Luego, y en un quinto gran reto, destacamos el *dar mayor presencia a los organismos de control interno y externo para que realicen un examen que obligue a otros*, y no sólo proponga o advierta. ¿Cómo puede ser que los informes de los Tribunales de Cuentas de algunas Comunidades en España, fiscalicen la contratación entregando recomendaciones de sus problemáticas, y las Administraciones en más del 50% promedio de estas recomendaciones no las apliquen o sólo las tomen en consideración?¹⁵⁴⁸ ¿Cómo se puede avanzar en el control si se han realizado limitados progresos en la transposición de las Directivas de la UE sobre contratación? ¿Cómo queremos cambiar nuestra gestión pasiva y sin resultados útiles, sino no somos capaces de entregar más atribuciones y funciones a organismos profesionales y autónomos para que hagan cumplir la normativa y propuestas en esta materia?

No se trata de controlar sólo para sancionar, sino de que existan al menos ciertos incentivos para cumplir con un cumplimiento de la norma y una buena gestión que exige y reclama el proceso vigente. Actualmente, los órganos externos de control en España realizan una medición que finalmente propone al Parlamento las medidas y recomendaciones a realizar, sin embargo, la práctica está demostrando que este camino no está dando resultado para mejorar, y que se necesita de una inspección que opere, disponga y sancione en el momento, sirviendo por lo tanto como un vigilante activo y con conocimiento del sistema.

Los recientes órganos como la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, y la Oficina Nacional de Evaluación -creados por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en sus artículos 332 y 333 respectivamente-, son entidades que si bien ayudarán a controlar, coordinar y establecer directrices en esta materia pública, no se visualizan con un rol que obligue (vincule) a los poderes adjudicadores a entregar información oportuna, ordenada y clasificada de las compras¹⁵⁴⁹. De hecho, según GIMENO FELIÚ, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión sólo podrá dictar instrucciones, sin reconocerle competencias de anulación o sanción¹⁵⁵⁰. De este modo, tal escenario seguirá manteniendo la libertad de los poderes adjudicadores para entregar datos sobre compras cuando ellos dispongan, y en las condiciones que éstos propongan.

¹⁵⁴⁸ Como referencia, ver recomendaciones y problemáticas encontradas en los sistemas de contratación pública en España en Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit.,; e informe de seguimiento de las recomendaciones. Ejercicio 2015, del Consejo de Cuentas de Castilla y León 2016.

¹⁵⁴⁹ La función de supervisión de este organismo se realizará sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado en cuanto órgano de control de la gestión económico-financiera del sector público, y a las que en su ámbito territorial corresponda. A estos efectos, tal Intervención y sus organismos equivalentes a nivel territorial, remitirán anualmente a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión un informe global con los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública (Campos Acuña, 2018, op. cit., p.199).

¹⁵⁵⁰ Gimeno Feliú (2018a), op. cit., p.166.

Por último, y como un sexto reto el cual es transversal tanto al control como a la integridad del propio sistema de adquisición, indicamos el *crear un sistema nacional de acreditación de competencias y conocimiento en contratación pública*, el cual, como mínimo, permita a los funcionarios no sólo aplicar correctamente la normativa vigente, sino y sobre todo, medir de forma constante el sistema, analizar datos y proponer mejoras con tales datos.

Con respecto al resto de desafíos de este control -los cuales provienen de las mismas disfunciones encontradas-, detallaremos a continuación aquellos más importantes desde una clasificación que divide las áreas relevantes de este aprovisionamiento público en el territorio:

RETOS DEL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA	
ÁREAS RELEVANTES	DETALLE DE LOS RETOS
POLÍTICA (Gobierno)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Generar voluntad para controlar las compras del Estado. Un control efectivo y que trasciende debe comenzar de las cúpulas organizacionales, involucrando a cada uno de los empleados. 2. Coordinarse entre las administraciones públicas para fortalecer el control¹⁵⁵¹.
NORMATIVA	<ol style="list-style-type: none"> 1. Monitorizar que la normativa de compras se ejecute como está establecida¹⁵⁵². 2. Controlar la incorporación integral de las Directivas Europeas en la legislación nacional¹⁵⁵³. 3. Incorporar mecanismos de control ex ante y ex post para la legislación sobre contratación¹⁵⁵⁴. Mayores controles procedimentales¹⁵⁵⁵. 4. Controlar el exceso de la normativa de contratación pública (dispersión normativa)¹⁵⁵⁶, y si está cumpliendo su objetivo. 5. Medir la eficacia (normativa) en la actuación administrativa¹⁵⁵⁷. 6. Analizar en la praxis qué objetivos concretos están midiendo los controles actuales (corroborar si los controles propuestos en la legislación cumplen su finalidad).
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Controlar la gestión administrativa entre los Tribunales Administrativos (Asimismo, debe existir una política de efectiva coordinación entre tales Tribunales)¹⁵⁵⁸.
SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (Ciclo de vida de la compra)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Controlar la eficiencia económica de la contratación¹⁵⁵⁹. 2. Un reto del control que más bien es una necesidad urgente, es crear un sistema de información en compras que permita compartir/intercambiar los datos entre organismos locales y a nivel nacional, además de ser interoperable con sus homónimos de pagos y presupuestarios. No hay un control efectivo sin información efectiva. 3. Complementar el control de legalidad, presupuestario, contable y financiero, con al menos un control de eficiencia, eficacia, gestión y de riesgo. 4. Aumentar los mecanismos (e instrumentos) de control¹⁵⁶⁰. 5. Potenciar y difundir la contratación pública centralizada como control (utilización de convenios o contratos marco)¹⁵⁶¹. 6. Fomentar y propiciar el autocontrol de los procesos de contratación por medio de un programa de formación continua para todos los funcionarios públicos del país¹⁵⁶². 7. Incluir, dentro de las áreas de compras, “profesionales de la gestión” para obtener otras visiones sobre control de procesos y mejoras del sistema en su conjunto. 8. Cambiar el foco de las compras hacia el ciudadano y las empresas. Concebir al interior de las áreas de contratación unidades de “atención al cliente” especializadas, las cuales permitan retroalimentar de información útil a todo el sistema. 9. Controlar las compras públicas con participación. Controlar los procesos de compra “con” los funcionarios de compras; y no sólo “a” los funcionarios respectivos.

¹⁵⁵¹ Comisión Europea (2017), op. cit., p.56.

¹⁵⁵² Página web Tribunal de Cuentas Español (2016).

¹⁵⁵³ Moreno Molina J.A. (2009), op. cit., pp.337-354; Moreno Molina J.A. (2016a), op. cit.

¹⁵⁵⁴ Observatorio de Contratación Pública (2016).

¹⁵⁵⁵ De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁵⁵⁶ Santamaría Pastor (2013), op. cit., p.35; CNMC (2015) op. cit., pp.23-27; Moreno Molina J.A (2013), op. cit., p.48; Vázquez F., (2016), op. cit.,; Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE (2015), op. cit., p.3.

¹⁵⁵⁷ De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁵⁵⁸ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.154.

¹⁵⁵⁹ CNMC (2015) op. cit., pp.26-27; De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁵⁶⁰ Comisión Europea (2017), op. cit., p.3.

¹⁵⁶¹ Ibid, p.56.

¹⁵⁶² Sumado a este aspecto, también debemos incluir desarrollar códigos de ética y buena conducta funcionaria en la contratación. Ver ejemplo de la Diputación de Gipuzkoa “código de conducta y marco de integridad en contratación pública” en <http://www.gipuzkoa.eus/documents/20933/2089565/Jokabide+kodea-Kontratazioa.pdf/3ecbad4e-0fab-859c-2c9f-24489dd6eaf>

	10. Buscar buenas prácticas de control interno (benchmarking) entre las instituciones del país y comunicarlas entre ellas (idealmente estudiar también experiencias internacionales).
	11. Controlar en base a “planificaciones de compras anuales” y “planificaciones estratégicas de compras” confeccionadas por los organismos públicos (estas son guías claras para medir el avance de las adquisiciones y sus sistemas respectivamente).
	12. Controlar la contratación por medio de la transparencia de todo el proceso de adquisición en su conjunto y no sólo por partes. Implementar un sistema de contratación electrónica integral. Comenzar transparentando todo y luego restringir si es el caso, no al revés ¹⁵⁶³ .
	13. Invitar a las áreas auditoras internas y externas a participar más activamente en el control de la contratación ¹⁵⁶⁴ . Aunque la legislación le asigna parciales atribuciones de control a estas áreas ¹⁵⁶⁵ , eso no impide que estas puedan gestionar reuniones de trabajo que permitan generar apoyos y directrices para ser implementadas por las propias áreas de compras internas.
	14. Dentro del proceso interno de contratación: Controlar ex ante, durante, y ex post cada una de las fases del proceso o ciclo de vida de la compra. Controlar la modificación de los contratos ¹⁵⁶⁶ . Control efectivo en la ejecución de los contratos ¹⁵⁶⁷ . Diagnosticar y simplificar los procedimientos internos de contratación, controlando su optimización ¹⁵⁶⁸ . Controlar las compras menores y el abuso de los procedimientos negociados ¹⁵⁶⁹ . Controlar la aplicación de sanciones y cobro de multas efectuadas a los proveedores por incumplimientos ¹⁵⁷⁰ . Controlar los pagos a proveedores (tiempos de retraso) ¹⁵⁷¹ .

Cuadro 22. Fuente. Elaboración propia.

Finalmente -y como parte del análisis de todo este capítulo-, podríamos concluir que la tendencia del control en la contratación pública española debería tender a medir equitativamente: la corrupción, la gestión interna del ciclo de vida de la compra, y las conductas que contravienen la ética y probidad pública. De este modo, tal examen en el territorio debería evolucionar hacia un “presente inmediato” de la siguiente manera:

¹⁵⁶³ Observatorio de Contratación Pública (2016), op. cit.; y, CNMC (2015) op. cit., pp.9-11.

¹⁵⁶⁴ Haciendo alusión a una ponencia presentada por el Secretario General de la Cámara de Comptos de Navarra, tal personalidad resumía la situación del país y el control sobre la función pública -situación que afecta directamente al control de la contratación pública-, en lo siguiente: “debemos ser autocríticos y reconocer que, en los últimos años, la labor de nuestras instituciones de control, en muchos casos, no han estado a la altura de las circunstancias, ni han sabido dar respuesta a muchas cuestiones que la crisis ha puesto de relieve” (Luis Ordoki en Benítez Palma, 2016, op. cit., p.13). Por lo anterior, los desafíos que se han impuesto los órganos de control externo han sido: (a) reforzar la independencia de las instituciones de control, potenciando la independencia de sus miembros, (b) trabajar con el máximo grado de rigor y profesionalidad, procurando que los informes sean útiles y oportunos, (c) trabajar estrechamente con los respectivos Parlamentos para que los informes tengan mayor difusión, (d) abordar nuevos tipos de trabajos e informes, reforzando el control sobre las áreas de riesgo en la gestión pública: contratación, subvenciones, urbanismo, gestión patrimonial, gestión de ingresos, etc., (e) abrir estas instituciones a la sociedad, difundiendo su trabajo, y finalmente, (f) extender la función de fiscalización a todos los ámbitos de la gestión pública, llegando a áreas a las que no llega el control, reforzando si fuera necesario la colaboración con el control interno y con firmas privadas de auditoría.

¹⁵⁶⁵ Una gestión pública moderna, exige una mayor atención a la fiscalización y control de los principios de eficacia, eficiencia y economía. Los Órganos de Control Externo en España han desarrollado una destacada labor de fiscalización de regularidad durante los últimos 30 años, no obstante, todavía es escasa en materia de control operativo, y al parecer, también es insuficiente en materia de contratación pública (Fernández Llera, 2009, op. cit., p.135).

¹⁵⁶⁶ CNMC (2015), op. cit., p.17; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88; Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212; Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24.

¹⁵⁶⁷ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.153.

¹⁵⁶⁸ CNMC (2015), op. cit., pp.20-21; De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁵⁶⁹ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24; Comisión Europea (2017), op. cit., p.56; Observatorio de Contratación Pública (2016), op. cit.; Riaño Miguel (2017) en “Contratos menores: 12.228 adjudicaciones a dedo para esquivar el concurso público”. El Independiente.

¹⁵⁷⁰ Esta debilidad es inferida de la investigación en curso.

¹⁵⁷¹ World Bank Group (2016), op. cit., pp.31-32.

RETO DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL RESPECTO DE HASTA DÓNDE DEBE EVOLUCIONAR SU CONTROL

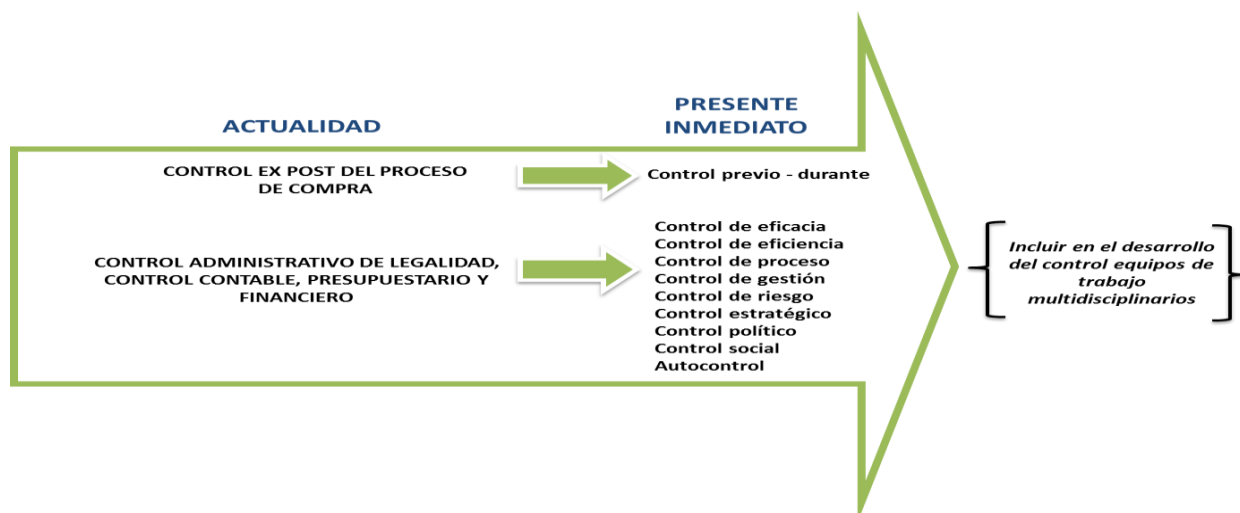


Figura 23. Fuente. Elaboración propia.

Además del apremio de evolucionar en esta dirección, la contratación española necesita comenzar a utilizar herramientas e instrumentos de gestión y control que sean efectivos. Hay que investigar y evaluar la existencia de sistemas de medición que den resultados y se utilicen realmente para tomar mejores decisiones. Se deben estandarizar y sistematizar las buenas prácticas en gestión a nivel nacional y comunicarlas, colaborando entre instituciones y los diferentes órganos regionales, provinciales y locales. Si bien medir a través de estas herramientas aludidas es imprescindible, no es la única forma de controlar. También a través de la formación y capacitación funcionaria (permanente) podemos regular nuestro actuar, ya que el conocimiento e instrucción pasan a ser la base del autocontrol.

Así, todo lo mencionado, debe estar sustentado en una “Administración Inteligente” como lo destaca el “libro blanco para la mejora de los servicios públicos”, la cual responda a las exigencias de cambios rápidos que demanda el nuevo presente. De esta manera, el nuevo contexto social y económico va a requerir órganos y organismos que surjan y desaparezcan fácilmente, según se necesiten; que se sitúen próximos a los ciudadanos; que sean ágiles; que no dupliquen sus servicios con otros de la misma Administración o de las demás existentes; que estén abiertos a la sociedad y sean transparentes; que sean susceptibles de adaptarse rápidamente a las mejoras exigibles; y que respondan por los recursos que emplean y por los resultados del balance entre lo que ofrecen a la ciudadanía y lo que obtienen de ella ¹⁵⁷².

Cada día, nuevas empresas, productos y servicios entran al mercado nacional español; cada cierto tiempo, hay más competencia, y por ello, nuevos bienes, innovaciones y mejores precios.

¹⁵⁷² Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.33 y 44.

Entonces, ¿Por qué nos conformamos con comprar lo mismo si podemos obtener algo mejor al mismo precio o menor? No debemos controlar nuestras compras sólo para saber si han cumplido su objetivo funcional, sino también -y muy importante-, para gestionar mejor los recursos disponibles en vías de ofrecer un mejor servicio a la sociedad.

Resulta por tanto, que parte de este control debe estar sustentado en investigar el mercado antes de realizar cualquier contratación. Como indica la UE, la investigación del mercado, antes de comprar, puede ofrecer información sobre la disponibilidad de los productos y servicios que satisfacen las necesidades del poder adjudicador, permitiendo adoptar el enfoque de contratación más apropiado. Un diálogo con el mercado antes de que empiece el proceso de contratación, puede ayudar a identificar soluciones innovadoras o nuevos productos o servicios de los que la autoridad pública puede no haber tenido constancia. También, puede ayudar al mercado a satisfacer los criterios que se aplicarán en el proceso de contratación, facilitando información sobre las necesidades y expectativas de la autoridad pública. No obstante, no hay que olvidar que todo contacto con este mercado debe garantizar el respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato, evitando la divulgación de información privilegiada o posiciones de mercado aventajadas¹⁵⁷³.

Asimismo, y finalizando, conviene volver a resaltar que el control de las compras en el territorio debe sustentarse y estructurarse en base a un enfoque ciudadano. Según S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, y a pesar que han pasado más de 30 años de sus análisis, sus palabras vuelven a la palestra al mencionar que la Administración española debe colocar su foco en el ciudadano y sus necesidades, y para ello debe transformar sus hábitos por medio de un cambio auténtico de mentalidad¹⁵⁷⁴.

De acuerdo a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, en España las políticas públicas reclaman por numerosas reformas en la contratación gubernamental, entre ellas: la simplificación de los procedimientos -que según AEVAL permitiría reducir las oportunidades de corrupción¹⁵⁷⁵, demanda exigida en el apartado primero del artículo 3 de la LRJSP; las relaciones entre las distintas Administraciones y la gestión integrada -exigida en artículo 140 de la LRJSP; y la inclusión equilibrada del control social. Añadiendo que deben articularse atendiendo a todos los sectores sociales sin exclusión¹⁵⁷⁶, ya que de otra forma, seguiremos controlando aspectos que no son relevantes, y que no resuelven aquellos reclamados hace ya un buen tiempo por la ciudadanía.

¹⁵⁷³ Unión Europea (2015c), op. cit., p.13.

¹⁵⁷⁴ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., p.30.

¹⁵⁷⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.66.

¹⁵⁷⁶ Rodríguez-Arana Muñoz (2013), op. cit., p.34.

CAPÍTULO TERCERO. “HERRAMIENTAS COMPLEMENTARIAS DE GESTIÓN Y CALIDAD PARA EL REFUERZO DEL CONTROL JURÍDICO INTERNO EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

I. INTRODUCCIÓN

Las disciplinas del derecho, la gestión pública y la gestión privada, entre algunas otras, son ramas del saber que en la actualidad hay que concatenar y potenciar para que trabajen juntas en esta materia de aprovisionamiento público, y no en silos de conocimiento individual como ocurre hoy en día. Deben emprender la tarea de crear sinergias y entendimientos que compartidos tendrán un resultado aún mejor en términos de resultados, situación que en parte pretende evidenciar y fundamentar el presente capítulo.

El derecho administrativo, siempre estará inserto en la contratación pública por ser éste parte constituyente de esta estructura gubernamental, no obstante, no puede trabajar aisladamente en esta búsqueda de medir, mejorar y lograr niveles de calidad como los exigidos actualmente. La gestión pública, por su parte, debe interpretar ampliamente su marco normativo en favor de un bien común, dejando de lado miedos y barreras mal entendidas, para posteriormente -y de un modo proactivo- utilizar los mecanismos que le permitan adaptarse a los cambios más rápidamente y sin tropiezos. Y por último, con respecto a la gestión privada, debemos encontrar los incentivos y acercamientos que compartan las experiencias de este sector en temas de abastecimiento y logística, donde tiene mucho que aportar en medición de rendimientos, optimización y satisfacción del servicio prestado.

De esta manera, la ciencia como base de todo este conocimiento se crea a través del trabajo conjunto de varios puntos de vista y planteamientos, ¿Qué está ocurriendo con la contratación gubernamental que no está haciendo lo mismo? Quizás no sea una ciencia propiamente tal, pero es creación de conocimiento que necesita avanzar y evolucionar por una necesidad social que está creciendo, y que muchos no están escuchando y solucionando a tiempo.

Como se ha aludido a lo largo de esta investigación, la contratación pública en España -y todavía en muchos países del mundo- está siendo sólo tratada y gestionada desde su tradicional óptica legal y de cumplimiento presupuestario, sin concebir que la sociedad está demandando que hoy en día exista una preocupación mayor por gestionar los escasos fondos públicos con mayor transparencia, eficiencia, eficacia; y cada día más, se alcancen mayores cuotas de calidad en los bienes, servicios y obras compradas.

En base a todo este razonamiento, la calidad que se está exigiendo en el sector gubernamental y en su área de aprovisionamiento, no puede seguir siendo sólo una especificación técnica plasmada en pliegos de licitación, ni tampoco en lo que defina el ente adjudicador. Debe nacer desde quien utilizará finalmente las compras: cliente interno en la institución, y ciudadanía como cliente último. Así, este atributo debe dejar de ser tan subjetivo y ambiguo, para definirse concretamente y desde dónde proviene, buscando eliminar el limbo existente entre la calidad solicitada por el usuario final, y la exigida a sus compras por los gestores y/o autoridades públicas.

Del mismo modo, tal mejora de la gestión y calidad no puede seguir midiéndose con instrumentos y metodologías que no entregan resultados óptimos, y que habitúan en el tiempo a las mismas deficiencias del sistema. Sino que deben implementarse herramientas complementarias al control jurídico que cuantifiquen y dispongan de información real sobre lo que acontece en el proceso respectivo, abarcando aspectos distintos a los legales y presupuestarios, y entregando a su vez datos precisos sobre las expectativas y exigencias de los ciudadanos y proveedores. De esta manera, la calidad debe obtenerse desde una buena gestión gubernamental y escuchando a sus involucrados, como así también implicando a todo el organismo público.

El siguiente y último capítulo de esta investigación, indaga -como complemento al control desarrollado en el capítulo II- sobre la relevancia de mejorar la gestión y calidad del proceso de contratación en su conjunto, exponiendo como acción instrumental un agregado de herramientas de gestión interna y control que disponen de información sustancial para lograr este cometido, y que ayudan a reforzar este control jurídico interno en esta temática.

Para ello, primeramente se presentarán los fundamentos de los conceptos centrales que apoyan este objetivo, complementando esto con un análisis de la relevancia de la calidad en materia de contratos públicos. Luego, se propondrán “siete herramientas de mejora de la gestión y calidad” utilizadas habitualmente por el sector privado, las cuales se adaptarán -en lo pertinente- al proceso de adquisición pública como reforzamiento “indispensable” a este control jurídico. Para finalmente, completar este apartado con la descripción y aplicación de metodologías o filosofías de gestión y calidad implementadas al sistema de adquisición, entregando para terminar unas breves conclusiones sobre todo lo expuesto.

Asimismo, y como parte del propósito anterior, se espera que tales herramientas y metodologías puedan ser un aporte y complemento imprescindible para la práctica diaria de los gestores de la contratación pública española, al exponer algunos instrumentos de gestión y control

simples, breves y totalmente aplicables a los procesos internos en esta materia, los cuales dicho sea de paso, no tienen ninguna limitante constitucional o normativa para ejecutarse por los organismos públicos en todo el territorio, atribuyendo su factibilidad sólo a la voluntad política e institucional, como a una reorganización de recursos públicos.

Tales instrumentos de gestión y calidad que indicaremos en este apartado, existen hace ya bastante tiempo, son de libre acceso, y están siendo aplicados por un sinnúmero de organizaciones tanto públicas como privadas alrededor del mundo. Hacia la contratación pública, sólo están aguardando mayor disposición de las autoridades gubernamentales para poder ser implementados.

II. ALCANCE EN LA GESTIÓN Y MEJORA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Mejora de la gestión en materia de contratos

La mejora del rendimiento en las Administraciones es una meta elemental en los retos de los presentes gobiernos. Así, un elemento clave y común que se está convirtiendo en prioridad para alcanzar ello, es la necesidad de conocer en qué medida los resultados son realmente satisfactorios en relación a las expectativas de los usuarios¹⁵⁷⁷. De esta forma, se están haciendo imperiosamente necesarias las adaptaciones y mejora continua de los procesos y procedimientos, con el fin de orientarlos a la satisfacción de las necesidades y expectativas ciudadanas, como a la consecución de sus resultados¹⁵⁷⁸.

El contexto normativo de la contratación pública nos enmarca diferentes objetivos y secuencias que ésta debe seguir, describiendo el ordenamiento o ámbito jurisdiccional donde se desarrollarán los procedimientos, anuncio de licitación, procedimiento de adjudicación, formalización de los contratos, entre otros. Mientras que por otro lado, pero de forma complementaria, la gestión y sus derivados nos indican qué maneras o formas son las más óptimas para ejecutar cada fase de estos procedimientos antes descritos, repercutiendo en alcanzar sus objetivos.

Hablar de mejorar la gestión en materia de contratos, no es más que optimizar tanto sus recursos materiales y humanos, como sus recursos financieros y/o presupuestarios, incluyendo su marco normativo, buscando garantizar estándares que entreguen un beneficio final medible y superior, donde el cliente interno (funcionario institucional), proveedores, y ciudadanía, deben pasar a ser la base o foco de esta mejora. Esta tarea, debe recaer en un trabajo continuado y medible en el tiempo, el cual vaya construyendo mejoras en base a los análisis de información que va entregando el mismo sistema.

De esta forma, mejorar los resultados en esta materia no debería ser algo tan complejo, sobre todo, porque al igual que cualquier estructura organizacional del sector privado, la contratación pública está formada por: normativas, personas, procesos, sistemas, recursos e información, aspectos que concretamente pueden ser optimizados como lo hace cualquier organismo que así lo disponga.

¹⁵⁷⁷ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.28.

¹⁵⁷⁸ AEVAL (2009), op. cit., p.6.

No olvidando, por supuesto, que el componente político inmerso en el trabajo diario de este aprovisionamiento hace una gran diferencia, aumentando su complejidad.

Con tal realidad -y recordando que la mayor resistencia a esta mejora es el factor político-, la contratación pública debería esforzarse por comenzar a abrir su espectro y entender que está formada por una estructura que puede medirse y mejorarse, y no seguir pensando que si sólo optimiza su normativa funcionará como todos esperan. Los resultados y análisis que se han desarrollado sobre esta materia, con carácter general, han demostrado -volviendo a citar al Banco Mundial-, que “*La contratación pública es un proceso de negocio dentro de un sistema público*”¹⁵⁷⁹, agregando a este mismo respecto, BAENA DEL ALCAZAR, que “*La administración pública actual -sustentada en la nueva gestión pública-, debe realizar el mismo tipo de gestión exigido a las empresas privadas, y tratar a los ciudadanos como clientes*”¹⁵⁸⁰.

¿Por qué habitualmente escuchamos en España que hay que mejorar la legislación en materia de contratos, y no oímos esta misma exigencia acerca de su eficiencia y calidad en su gestión interna? Podría ser porque este tópico presenta tradicionalmente sólo una mirada legal en su operatoria; porque los conceptos de eficiencia y calidad (además de la eficacia) son propios de disciplinas de negocios alejadas de la práctica pública; por intereses políticos que se resisten a que exista un mayor control de los fondos públicos; o simplemente, porque faltan mayores incentivos para que otras disciplinas del conocimiento se interesen por desarrollar esta actividad de aprovisionamiento, que en líneas generales, no se diferencia tanto de un proceso de compra del sector privado como algunos creen.

Es importante plantear esta interrogante, debido a que proviene de las actuales exigencias sociales que están presionando -hace un buen tiempo- por un uso más racional, transparente, eficiente y de calidad de los recursos del Estado, y pareciera que quienes legislan primero “hacen”, y luego intentan “escuchar” las necesidades. Acorde a lo indicado por S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, la nueva Administración en España debe prestar atención y sensibilidad a lo que ocurre con sus ciudadanos¹⁵⁸¹, ya que si esto último no ocurre, seguirán habiendo dos caminos distintos que se dirigen a un mismo lugar: la práctica de la contratación, y la normativa que la sustenta.

¹⁵⁷⁹ World Bank Group (2016), op. cit., p.2.

¹⁵⁸⁰ Baena del Alcázar (2005), op. cit., p.44. La idea de esta nueva gestión pública ha sido romper con las grandes organizaciones públicas jerarquizadas, entendiendo que la Administración ahora debe ser reducida, descentralizada, flexible y autónoma, facilitando la participación de todos quienes están en contacto con los problemas directos. Pone énfasis en los resultados y en dar respuesta a los problemas de la sociedad (Ballart y Ramió, 2000, op. cit., p.73).

¹⁵⁸¹ Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., pp.61-63.

Es de este modo -y como se ha resaltado en esta investigación-, que mejorar la gestión de esta materia en el país debería comenzar no sólo con una normativa simplificada y unitaria¹⁵⁸²; una profesionalización de sus funcionarios¹⁵⁸³; mayor simplificación y mejores tiempos de respuestas de sus procesos internos¹⁵⁸⁴; existencia de información integra y oportuna en compras¹⁵⁸⁵; mecanismos de supervisión y control que abarquen tanto aspectos de corrupción, como de gestión interna¹⁵⁸⁶; sino también y muy importante, mejorar a través de un cambio de paradigma en su gestión institucional que ponga como foco y objetivo final al ciudadano y sus necesidades reales. Desarrollar cada uno de estos elementos es la base para lograr el objetivo aludido, y todos ellos, deben estar en equilibrio con un ordenamiento jurídico efectivo y claro, tal como ya lo hacen países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido y Corea del Sur, entre algunos otros.

A. Optimización del proceso de contratación a través de su control

Hoy en día, cada vez más organismos públicos necesitan perfeccionarse y cumplir las múltiples necesidades de servicios que demanda una diversa ciudadanía. Esta labor, debe y tiene que garantizar una prestación de calidad definida previamente, por tal motivo, realizar una optimización de sus procesos y subprocesos o tareas específicas de forma habitual, así como controlar que éstas se desarrollen correctamente, están siendo acciones elementales para lograr tal objetivo y alcanzar mayores cuotas de eficiencia, eficacia y transparencia.

Según destaca la GAO en Estados Unidos, las instituciones públicas necesitan políticas y procesos claros, transparentes y coherentes para aplicar las decisiones estratégicas a través de sus adquisiciones. Adicionando que en cuanto a tales procesos, los organismos gubernamentales deben implementar mecanismos de mejora continua y control que incorporen las necesidades y preocupaciones del personal, además del resto de las partes afectadas¹⁵⁸⁷. De igual forma, a este respecto la “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública” indica en su epígrafe 26 que: *“Todo proceso de gestión pública debe perseguir la creación de valor público, lo que tiene que*

¹⁵⁸² Moreno Molina J.A y Pintos Santiago (2015), op. cit., p.208 y 211; CNMC (2015), op. cit., p.27; Vázquez Francisco (2016) op. cit.,; CEOE (2015), op. cit., p.3; Gómez Mateo (2016), op. cit.,; Martín-Retortillo Baquer S. (1983), op. cit., p. 24 y 43.

¹⁵⁸³ Gimeno Feliú (2016), op. cit., p.14; Bernal Blay (2013), op. cit., p.122; Almonacid Laminas en IESE (2013), op. cit., pp.50-52.

¹⁵⁸⁴ De la Morena López (2015), op. cit., p.8.

¹⁵⁸⁵ “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo de 2017, Editorial La Ley. n° 149.

¹⁵⁸⁶ Malaret Elisenda (2016), op. cit., p.93, y Peña Ochoa (2017), op. cit., ppt.11-12.

¹⁵⁸⁷ Government Accountability Office, GAO (2016), op. cit.

reflejarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones”¹⁵⁸⁸.

Desde una óptica que abarca todo tipo de organizaciones, la RAE define un proceso como la “*Acción de ir hacia adelante*”, o también puede ser el “*Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial*”¹⁵⁸⁹. Conforme a SANÍN ÁNGEL, es el conjunto de actividades que recibe insumos y entrega un producto de valor para el cliente o ciudadano, siendo repetitivos en el quehacer cotidiano¹⁵⁹⁰, agregando tanto el Ministerio de Fomento de España como la FEMP, que además de estar formado por acciones relacionadas entre sí y que interactúan, utiliza recursos y controles para transformar elementos de entrada en resultados¹⁵⁹¹.

En cuanto a su utilidad, la creación de su valor podrá juzgarse en base al análisis de tres parámetros centrales: la eficacia, la eficiencia y la flexibilidad o adaptabilidad para el cambio¹⁵⁹², siendo fundamental su retroalimentación de información para efectuar una mejora del mismo. Así, el beneficio de optimizar este proceso estará marcado por lograr los parámetros anteriores, además de mejorar la transparencia, buscando como meta final alcanzar mayores niveles de calidad en sus resultados.

En relación con las adquisiciones, en el sector privado un proceso o ciclo de compra es la secuencia temporal de actividades que da lugar a la realización de un requerimiento. Este ciclo, con carácter general, considera cuatro grandes fases o etapas: a) Análisis de la necesidad. Qué se desea comprar; b) Estudio de las fuentes. Quiénes pueden suministrar el producto/servicio; c) Formulación del plan de compras; y d) Contacto con el o los proveedores para realizar el suministro. Tal ciclo, termina cuando el insumo llega al organismo¹⁵⁹³.

¹⁵⁸⁸ CLAD (2008), op. cit., p.15. San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio.

¹⁵⁸⁹ Diccionario de la RAE. Recuperado el 7 de abril de 2017 en <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UFbxsxz>.

¹⁵⁹⁰ Sanín Angel (1999), op. cit., p.46. Existen procesos sustantivos (principales) y procesos de apoyo (aquellos que ayudan a los principales a cumplir su objetivo). También, se pueden agrupar en tres tipos: a) Procesos clave. Son los procesos que tienen contacto directo con el cliente, b) Procesos estratégicos. Son los procesos responsables de analizar las necesidades y condicionantes de la sociedad, del mercado y de los accionistas, para asegurar la respuesta a las mencionadas necesidades y condicionantes estratégicos (son de responsabilidad de la dirección) y, c) Procesos de soporte. Son los procesos responsables de proveer a la organización de todos los recursos necesarios en cuanto a personas, maquinaria y materia prima, para poder producir el valor añadido deseado por los clientes (Ministerio de Fomento de España, 2005, op. cit., p.10).

¹⁵⁹¹ Ministerio de Fomento de España (2005), op. cit., p.6, y Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.50.

¹⁵⁹² Junta de Castilla y León (2004), op. cit., p.97.

¹⁵⁹³ Alegre et al (2000), op. cit., p.212. Asimismo, la administración de la cadena de suministro o proceso de compra del sector industrial, se enfoca en los materiales entrantes, pero sin dejar de preocuparse por la distribución y salida de los productos. El diseño de redes de distribución para satisfacer las expectativas del cliente sugiere tres criterios: la respuesta rápida, la elección del producto, y el servicio. Tanto estas redes de distribución como todo el resto de la cadena son evaluadas en su desempeño por diferentes técnicas, de las cuales podemos destacar cuatro de ellas: a) Evaluación de

Con respecto al sector público, la descripción de su proceso de compra no difiere mayormente de su homónimo privado, sosteniendo la OCDE que *“Se refiere a la cadena de las actividades relacionadas entre sí, que comienza por la evaluación de necesidades, pasa por la fase de concurso y adjudicación, y abarca finalmente la gestión contractual y de los pagos, junto con las oportunas tareas de seguimiento o auditoría”*¹⁵⁹⁴. Así, un proceso de adquisición pública puede expresarse entonces como las diversas fases por las que atraviesa un bien, las cuales están reguladas por un marco jurídico particular.

Entorno a Europa, y conforme establece la Directiva 24/2014 en su artículo 2, 20, un proceso de compra o ciclo de vida comprende:

“Todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización”.

Desde un prisma general en esta región, resulta destacable mencionar que todo sistema de contratación pública debe concebirse como un proceso compuesto por fases, que mayoritariamente son comunes a casi todos los países del orbe. Hay diferencias de formas que quizás podrían acentuarse entre naciones, en relación por ejemplo a: la negociación con proveedores, compras sin publicidad, compras menores o de montos bajos, concesiones, gestión de los contratos, y retroalimentación de la información de compras; no obstante, los cimientos de un proceso de adquisición en cualquier Estado se desarrollan a través de tres pasos claves: a) Definición y tramitación interna del requerimiento; b) Publicación y recepción de las ofertas; y c) Evaluación y adjudicación del oferente, insertando un cuarto y quinto paso que al día de hoy se están haciendo imprescindibles: gestión de la compra o contrato luego de ser adjudicada, sobre todo cuando hablamos de servicios y obras; y retroalimentación de la información que entrega el mismo sistema.

riesgo de desastre en la cadena de suministro. Las empresas usan varios proveedores para sus componentes más importantes a fin de aminorar riesgos de la interrupción del suministro; b) Manejo del efecto látigo. Este efecto es la fluctuación creciente en los pedidos, que a menudo ocurre mientras éstos se mueven a través de la cadena de suministro, c) Análisis para la selección de proveedores. Existen varios factores que ayudan a elegir a los proveedores, tales como: calidad del producto, la velocidad de entrega, confiabilidad, servicio al cliente, y el desempeño financiero; y d) Análisis del modo de transporte. Cuando más tarda el producto en tránsito, más tiempo permanece invertido el dinero de la empresa. Pero los envíos rápidos suelen ser más caros que los lentos, por ello, una forma sencilla de obtener una idea de esta compensación es evaluar los costes de mantener el inventario contra las alternativas del envío (Render y Heizer, 2014, op. cit., p.447 y 472).

¹⁵⁹⁴ OCDE (2015c), op. cit., p.6.

De esta manera, y tras lo hasta aquí expuesto, podemos indicar entonces que un proceso de contratación es un conjunto de fases previas a seguir -dadas básicamente por una necesidad de compra-, las cuales son provistas por la legislación nacional respectiva, siendo el fin de éste lograr los objetivos de compra que satisfagan efectivamente las necesidades de sus clientes internos en la institución y ciudadanos. Del mismo modo, también podemos deducir que estas etapas de compra pública más que referirse a la producción y distribución de productos o servicios, están enfocadas en la adquisición de ellos en el mercado.

Por lo que respecta a la optimización, mejora o simplificación de estas etapas que forman un proceso o ciclo de compra, debemos decir que consiste básicamente en analizar y controlar sus actividades con el fin de reducir su complejidad, lo cual puede abarcar tiempos excesivos, o un uso de demasiados recursos materiales, financieros y/o humanos. Cuando se simplifica, se dejan ver aquellos sectores oscuros, pudiendo evidenciar posibles malas prácticas o corrupción. Por ello, este ejercicio necesita enfocarse en mejorar las actividades que generan valor añadido, y suprimir o reducir aquellas que no lo aporten¹⁵⁹⁵, siendo un trabajo constante que debe llegar a asentarse como una mejora continua, y no sólo efectuarse cuando la autoridad así lo disponga.

Resulta por tanto, que el primer paso para este trabajo debe iniciarse por seleccionar aquellas actividades o sub procesos de nuestro ciclo de contratación estableciendo unos criterios de priorización¹⁵⁹⁶, los cuales como propuesta podrían comenzar siendo: a) Estudiar y describir cuáles son las actividades principales del organismo público en esta materia, b) Al interior del área de compra, determinar cuál o cuáles de estos subprocesos necesitan cambios, estableciendo una lista con una priorización de los más urgentes a mejorar, y c) De la lista precedente, describir por cada uno sus procesos paralelos “ideales u óptimos”, para finalmente, validar con el equipo de contratación y posteriormente el resto del organismo, cuáles son los cambios que tendrán los nuevos procesos mejorados.

Según ISHIKAWA KAORU -experto japonés reconocido mundialmente por su filosofía de control de calidad-, los pasos que se deben seguir para optimizar un proceso, deberían ser: a)

¹⁵⁹⁵ Junta de Castilla y León (2004), op. cit., p.104.

¹⁵⁹⁶ Según la Junta Castilla y León, entre los criterios destacados para la priorización en la selección de los procesos a mejorar, podemos encontrar: importancia o peso relativo del proceso en la organización; impacto en el cliente o ciudadano; impacto sobre las personas; requerimientos y costes de la mejora; impacto sobre la organización y riesgo; grado de aplicabilidad o extensión de los posibles resultados a la mejora de otros procesos; otros criterios de priorización: existencia de quejas o sugerencias de mejora procedentes de los clientes, tanto externos como internos; procesos con un elevado coste; existencia de ese proceso en otra organización que se realiza de forma más eficiente (benchmarking); excesivo tiempo medio de transformación del input en output (tiempo de ciclo del proceso); aparición de nuevas tecnologías; entre otros (Ibid, pp.99-101).

Identificación, definición del proceso real, y posterior medición y análisis del mismo, b) Reconocimiento de oportunidades de mejora e implementación, c) Normalización/estabilización del proceso, y d) Plan para la revisión y mejora continua. La primera actuación de las personas que afrontan la mejora de un proceso es llegar a un acuerdo sobre la visión general del mismo, donde tal visión debe incluir una aproximación al objetivo de él y a su organización previa¹⁵⁹⁷.

Para optimizar, debemos imperativamente controlar. Sólo así se podrán obtener beneficios reales sobre lo mejorado. Como señalan GIL y VALLEJO, *“Lo que no se mide no se puede gestionar y, por lo tanto, no se puede mejorar”*¹⁵⁹⁸. Dicho de otra forma, un proceso de contratación pública se controla para mejorar, y se mejora para lograr mayores niveles de satisfacción de sus clientes internos (funcionarios) y ciudadanos, como asimismo garantizar que se están utilizando correctamente los recursos públicos y respetando su normativa respectiva.

Antes de comenzar a controlar para mejorar cualquier proceso en esta materia, hay que saber inicialmente qué vamos a controlar. Previamente a aplicar herramientas para medir el desempeño de las adquisiciones, debemos realizar el paso indicado por SALGUEIRO ANABITARTE, quien argumenta que primeramente hay que conocer y definir la “cadena de valor” o actividades principales de la organización -que para nuestro caso sería estudiar y describir los procesos sustantivos del ciclo de vida de la contratación¹⁵⁹⁹. En esta tarea, como se ha mencionado, hay que definir cuáles son las actividades que agregan valor a nuestros clientes o ciudadanos, y que por lo tanto, son trascendentes para el éxito del ciclo de compra. En cuanto a su gestión y optimización posterior, resultará imprescindible establecer indicadores para medir, evaluar y revisar el desempeño de tales procesos (control durante o concurrente).

De este modo, tal examen o inspección debe enfocarse principalmente tanto en el cumplimiento normativo, como en su gestión interna que abarca su eficiencia, eficacia, transparencia y competitividad, debiendo desarrollarse con todos quienes participan de la compra, involucrando al mismo tiempo visiones institucionales internas como externas.

Citando nuevamente a DRUCKER FERDINAND, debemos recordar que el propósito del control en el proceso es hacer que éste se desarrolle correctamente con arreglo a sus estándares. Por ello, una de las primeras preguntas que necesitamos hacernos, según este autor, es si el sistema de

¹⁵⁹⁷ Ishikawa Kaoru (1915-1989) citado por Galiano et al (2007), p.37.

¹⁵⁹⁸ Gil y Vallejo (2008), p.14.

¹⁵⁹⁹ Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., pp.90-91.

control aplicado -en nuestro caso a la contratación pública-, mantiene el proceso dentro de un estándar admisible previamente fijado por la institución¹⁶⁰⁰. Así, y conforme a RENDER y HEIZER, el trabajo de cualquier administrador de operaciones o gestor público debería ser construir sistemas de control para verificar -a menudo por inspección-, que los procesos se desempeñen de acuerdo a tal estándar o meta deseada¹⁶⁰¹.

De lo hasta aquí expuesto, podemos resumir que la optimización o mejora continua de un proceso en materia de contratos -previamente controlado-, permite la introducción de cambios incrementales destinados a disminuir su variabilidad, basándose en la lucha persistente contra el desperdicio, errores o defectos existentes¹⁶⁰², favoreciendo así la reducción de los costes, e incrementando su rendimiento en favor de una satisfacción ciudadana. Como se indica en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, *“La mejora continua sólo es posible con una perspectiva correctiva y orientada al futuro, alentando a las personas a identificar y reconocer errores propios y ajenos, y proponer mejoras para superarlos”*¹⁶⁰³ Una breve frase que finalmente representa bien esta filosofía, es la indicada por HERNÁNDEZ y VIZÁN, quienes aluden a *“Que siempre hay un método mejor”*¹⁶⁰⁴.

Por último, y con el fin de mostrar claramente cuáles son las partes dónde ésta optimización debería aplicarse en un proceso o ciclo de vida de una compra, mencionaremos a modo referencial un “proceso de contratación pública genérico en la UE”, para posteriormente describir con más detalle el “proceso de contratación pública en España” y sus aspectos claves.

¹⁶⁰⁰ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.156.

¹⁶⁰¹ Render y Heizer (2014), op. cit., p.222. Hacia España, y en un ejemplo de la importancia de esta optimización, podemos observar el Decreto de la Comunidad de Madrid 132/2001, de 2 agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se crean las Comisiones de Seguimiento y Desarrollo del Plan Estratégico de Simplificación de la Gestión Administrativa; la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, normativa que ha pretendido impulsar un conjunto de medidas de simplificación, de Administración electrónica, de proyectos estratégicos y de evaluación; la publicación del “Manual de simplificación administrativa y reducción de cargas para la Administración General del Estado”, del 9 de octubre de 2014; la Ley 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso de la actividad económica; entre otros.

¹⁶⁰² Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.27.

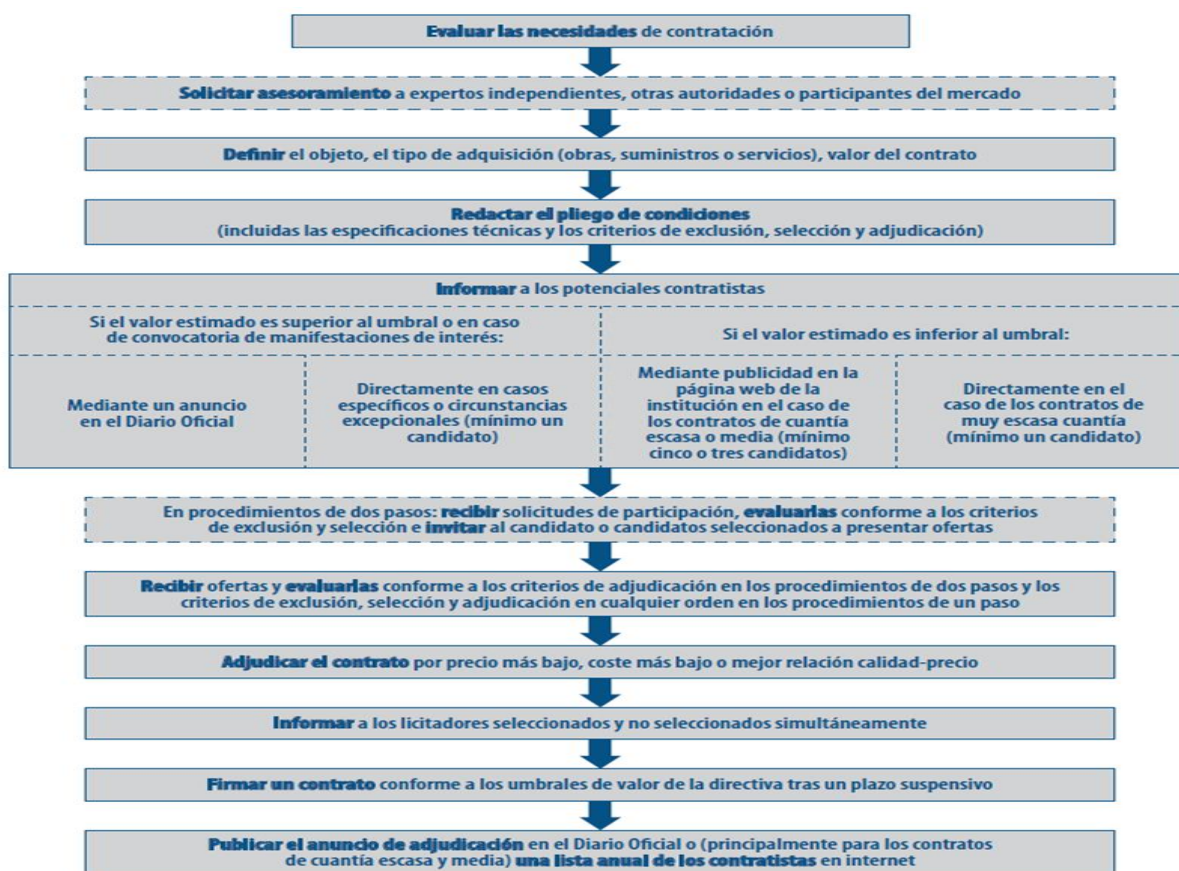
¹⁶⁰³ CLAD (2008), op. cit., p.17.

¹⁶⁰⁴ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.28.

a) Esquema de un proceso de contratación pública genérico en la UE

En los países que componen la UE, con carácter general, las etapas que forman un proceso de contratación son relativamente similares, no obstante, podríamos decir que al presente existe una diferencia marcada por la rigurosidad en el cumplimiento normativo de sus fases y procedimientos, además de una escasa medición y evaluación del desempeño de ellas.

Según una revisión global de las legislaciones en esta materia en la región, y de acuerdo a la Comisión Europea -como órgano internacional que vela por una contratación eficiente, eficaz y transparente para todos sus países miembros-, un proceso de compra pública desde una perspectiva práctica, puede estructurarse en base a seis fases: a) Preparación y planificación, b) Publicación, c) Presentación de ofertas y selección de licitadores, d) Evaluación de las ofertas, e) Adjudicación del contrato, y f) Ejecución del contrato¹⁶⁰⁵. La cantidad de etapas puede diferir de un país a otro, sin embargo, la mayoría de los territorios sigue este ciclo u orden respectivo, el cual puede verse con su detalle en el siguiente esquema:



Esquema 24. Fuente. Tribunal de Cuentas Europeo (2016), p.14.

¹⁶⁰⁵ Unión Europea (2015c), op. cit., p.8.

En tal proceso respectivo, destacamos dos actividades que no deberían faltar en todo ciclo de contratación de los países de la UE -independiente del tipo y monto de la compra-, las cuales son: solicitar asesoramiento a expertos para definir el requerimiento cuando éste lo amerite, y publicar el anuncio en medios nacionales sin excepción (y si el umbral de la compra lo exige, en el Diario Oficial). Estas acciones deberían exigirse como “obligatorias” por normativa, entendiendo que es la base para garantizar un uso eficiente y eficaz de los recursos públicos, y mayores cuotas de transparencia y calidad.

b) Descripción del proceso de contratación pública español

Al año 2010, GARCÍA ORTEGA sostenía que la estructura de la Ley de Contratos del Estado subdividía el proceso en tres grandes fases: a) Preparación del expediente, b) Selección y adjudicación, y c) Cumplimiento y ejecución¹⁶⁰⁶. Al presente, GAMERO y FERNÁNDEZ manifiestan que tal proceso en el país viene siendo un continuo que se inicia con una serie de actos preparatorios previos, y prosigue con una fase de adjudicación articulada en dos períodos sucesivos: uno, de licitación y presentación de ofertas, en el que se publica la convocatoria del contrato a fin de que se presenten las propuestas de quienes se encuentren interesados en participar; y otro, de selección del contratista, durante el cual se selecciona una oferta, de acuerdo con los criterios de selección que se hayan establecido previamente. Así, posteriormente se procede a la formalización del contrato, es decir, a darle soporte en un documento suscrito por ambas partes¹⁶⁰⁷.

En la actualidad, y en vista de la evolución que ha manifestado esta materia pública, podemos evidenciar que desde las fases que propugnaba GARCÍA ORTEGA, hemos pasado a seis, dentro de las cuales las primeras cuatro están de manifiesto en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y las dos últimas restantes vienen siendo como propuestas necesarias para lograr un sistema de contratación pública óptimo y que se retroalimente de su información.

Etapa I. Preparación o inicio de la licitación

En esta primera fase, se elaboran por parte del organismo público los documentos con los requisitos y condiciones que deben cumplir los futuros oferentes para participar en el concurso respectivo. De este modo, y según la Ley antes citada, se deben implementar las siguientes actividades que están acompañadas de sus artículos correspondientes:

¹⁶⁰⁶ García Ortega (2010), op. cit., p.79-80.

¹⁶⁰⁷ Gamero y Severino (2016), op. cit., p.810. Ver descripción detallada del procedimiento en cuestión y otros elementos en mismos autores en pp.811- 836.

Iniciación y contenido (art.116)

- Pliegos de cláusulas administrativas generales (art.121)
- Pliegos de cláusulas administrativas particulares (art.122)
- Pliego de prescripciones técnicas generales (art.123)
- Pliego de prescripciones técnicas particulares (art.124)
- Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato (art.145 a 147)
- Contratos del sector público (art.12 a 37)
- Selección de candidatos (establecimiento de criterios objetivos de solvencia de los candidatos, art.162)
- Contenido de las invitaciones e información a los candidatos (art.163)

Aprobación del expediente (art.117)

- Tramitación urgente del expediente (art.119)
- Tramitación de emergencia (art.120)
- Tipos de procedimientos a utilizar: abierto (art.156 a 159), abierto simplificado (art.159), restringido (art.160 a 165), diálogo competitivo (art.172 a 176), licitación con negociación (art.166 a 171), negociado sin publicidad (art.168), procedimiento de asociación para la innovación (art.177 a 182), Contratos menores (art.118 y 29.8), Concurso de proyectos (art. 183 a 187) y especialidades (art.131.4)

En esta etapa -donde será mayor o menor su complejidad según el procedimiento y la forma de tramitación del contrato que utilicemos¹⁶⁰⁸- se elaboran las bases, convocatorias o pliego de condiciones, los cuales contienen los aspectos jurídicos, técnicos, económicos, plazos de entrega y pago, así como el lugar, fecha y hora en donde se presentarán y abrirán las proposiciones de los oferentes. Tales documentos, se convierten de esta forma en un instrumento que vincula legalmente a la administración pública con quienes desean participar de la licitación¹⁶⁰⁹.

Esta es la fase más importante del ciclo de compra. Lo que se redacte y valide aquí, influirá en todas las actividades futuras del proceso. Este ejercicio puede durar meses antes de que se publique el anuncio de licitación, según sea el tamaño y la complejidad de la adquisición. Una planificación adecuada, en esta parte, minimizará el riesgo de que surja la necesidad de introducir modificaciones o variaciones contractuales posteriores. Los errores frecuentes de mayor gravedad (y posiblemente los más costosos) cometidos en los contratos, surgen de una planificación inadecuada de esta etapa, por ende, una condición básica en este punto es realizar consultas públicas previas a iniciar el proceso, sobre todo para compras de gran importancia y gasto¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰⁸ Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2016), pp.60-61.

¹⁶⁰⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013), op. cit., p.59.

¹⁶¹⁰ Unión Europea (2015c), op. cit., p.11.

Los documentos y anexos que validan el inicio de esta fase, además de ser claros, precisos, motivados (fundados) y adaptados al lenguaje del mercado y proveedores, deben asimismo como advierte tanto la UE¹⁶¹¹ y el primer artículo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, redactarse respetando los principios fundamentales de:

“...libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Del mismo modo, y conforme a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, tales documentos deben estar bien diseñados, ser realistas, presididos por una manera participativa de entender el bienestar, y con elevados patrones de ética pública en sus cometidos¹⁶¹², añadiendo en este mismo sentido la Sentencia del TJUE del 29 de abril de 2004 (Comisión contra Cas Succhi Di Frutta Spa), que:

“Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación deben estar 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 interpretarlos 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 trata”¹⁶¹³.

Un aspecto que se debe atender en la preparación de esta licitación, es el relativo a que cuando el llamado a los proveedores no es preciso y adolece de especificaciones claras sobre lo que desea la Administración, esta situación es vaciada en la preparación de las ofertas que realizan las empresas, las cuales aumentan sus precios para resguardarse del riesgo de tener que incluir elementos “no claros” en el requerimiento. Esto, trae como consecuencia que los valores que se paga por un producto, suministro, servicio u obra sean abultados, sólo por el hecho de la “ineficiencia de las Administraciones” en no actuar con diligencia y capacidad administrativa al definir incorrectamente lo requerido.

De acuerdo a la UE, la decisión relativa a qué procedimiento utilizar en esta primera etapa (abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo, o asociación para la innovación) es un paso

¹⁶¹¹ Ibid.

¹⁶¹² Rodríguez-Arana Muñoz (2013), op. cit., p.39.

¹⁶¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de abril de 2004, apartado 111. Recuperado el 9 de mayo de 2017 en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=49126&doclang=ES>

fundamental y estratégico que afecta a todo el ciclo respectivo. Tal decisión, debe adoptarse y justificarse en la fase de planificación de la compra y respetar las indicaciones de la ley vigente. Con arreglo a este organismo, los procedimientos abiertos o restringidos son los métodos más habituales de contratación de obras, servicios o suministros de una naturaleza rutinaria¹⁶¹⁴.

En relación a los criterios de adjudicación que definirán al ganador del concurso público (o también llamados criterios de evaluación), la nueva LCSP 9/2017 los vincula a la noción de calidad-precio, distinguiendo dos tipos: los cuantitativos (buscan el menor coste a la mejor relación coste-eficacia) y cualitativos (buscan la mejor relación calidad-precio, debiendo ir unidos en todo caso a un elemento de coste-precio)¹⁶¹⁵; siendo su propósito -como herramienta de selección- determinar objetivamente cuáles ofertas recibidas proporcionan el mejor valor (precio-calidad) para satisfacer los requerimientos de la institución y ciudadanía, o también dicho de otra forma, cuales propuestas entregan las condiciones más ventajosas para el órgano contratante. Estos criterios, deben medir los atributos más relevantes de la compra en cuestión¹⁶¹⁶, debiendo redactarse en los correspondientes pliegos de la manera más objetiva posible y siendo cuantificables. A este último respecto, podemos citar por consiguiente a la STJUE 24/1/2008 (Lianakis).

En síntesis, y si aunáramos las principales recomendaciones sobre cómo realizar una eficaz y buena preparación de licitación, podríamos entonces como complemento de todo lo indicado destacar que ésta debe contemplar al menos los siguientes requisitos:

- a) Hacer partícipe a los interesados en la compra con el fin de describir claramente lo que se necesita en los pliegos respectivos.
- b) Identificar, evaluar y motivar correctamente las necesidades de requerimientos.
- c) Realizar consultas preliminares al mercado antes de iniciar cualquier preparación de licitación.
- d) Valorar las opciones de compra (¿Se ha realizado una valoración de opciones para estudiar las diferentes formas de satisfacer las necesidades identificadas? ¿Es mejor comprar o alquilar?).

¹⁶¹⁴ Unión Europea (2015c), op. cit., p.18.

¹⁶¹⁵ Clasificación destacada por Marquina Fuentes Juan y Martínez de Anta Javier (2018) “Normas generales de la adjudicación de los contratos de las administraciones públicas” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos, p.571.

¹⁶¹⁶ Federal Acquisition Regulation, FAR (2013). Recuperado el 7 de agosto de 2017 en <http://www.acquisition.gov/far/>

- e) Definir un presupuesto realista para que el contrato consiga los resultados deseados, así como conseguir los fondos para financiarlo¹⁶¹⁷.
- f) Validar la autorización presupuestaria previa (cada expediente debe contar con la aprobación de la partida presupuestaria correspondiente que emita el órgano o las instancias encargadas de ello)¹⁶¹⁸.
- g) Definir criterios de adjudicación claros y cuantificables.
- h) Establecer cláusulas administrativas que garanticen el buen término de la compra.
- i) Programar un calendario de las fechas importantes e hitos del proceso de adquisición, y por último,
- j) Contratar a un “profesional experto o empresa” de manera temporal, para que cuando sea necesario sobre un requerimiento en específico o complejo, ayude a elaborar los pliegos del requerimiento en cuestión¹⁶¹⁹.

A todo lo anterior, debe sumarse además una preocupación por los tiempos, pasos internos y responsables que conlleva cada una de estas actividades, ya que de lo contrario, podemos tener un documento de licitación muy bien estructurado y eficaz, pero inoportuno en su cometido al no monitorizarlo, atrasando por ende la fecha de recepción de la compra respectiva y su posterior utilización.

Etapas II. Período de presentación de ofertas (publicación y recibo de propuestas)

En esta segunda fase, se publica el expediente de contratación -a través de los medios que la Ley haya dispuesto-, y se realiza el llamado a los oferentes para que envíen sus propuestas a los requerimientos del ente contratante en los términos que éste ha definido en la etapa I. La publicidad de los procedimientos en cuestión debe hacerse en línea con una transparencia que sea evidente y no

¹⁶¹⁷ Es preciso basarse en una clara delimitación de los requisitos y en información actualizada sobre los precios de mercado. En función de la naturaleza del contrato, debe incluirse un nivel apropiado de contingencias. El presupuesto y las contingencias deben revisarse en las fases fundamentales durante la vigencia del contrato. En este punto, pueden tenerse en cuenta los costes del ciclo de vida, ya que se trata de un método para evaluar el presupuesto necesario. Los costes del contrato pueden aumentar hasta rebasar los presupuestos disponibles, por ello, se necesitan planes de contingencia a este respecto (Unión Europea, 2015c, op. cit., p.12).

¹⁶¹⁸ Esta etapa es fundamental, ya que es donde deben identificarse las necesidades que tiene la administración pública en cuanto a bienes, servicios y obra pública para el periodo que esté vigente el presupuesto asignado (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013, op. cit., p.59).

¹⁶¹⁹ Como recomendación final, la Comisión Independiente contra la corrupción en Hong Kong, China, manifiesta que hacer un buen requerimiento o solicitud de compra requiere: a) Exigir al personal de adquisiciones o usuario requirente, los detalles del pedido de compra, especificaciones y cantidades de los bienes o servicios requeridos, la fecha de entrega, el nombre de la persona solicitante y la autoridad que ha aprobado la compra, b) Asegurarse de que las especificaciones no son demasiado restrictivas para favorecer a ningún particular, proveedor o contratista, y c) Solicitar la justificación fundada de la necesidad, y según los casos, motivar muy bien las situaciones especiales (Corruption Prevention Department, ICAC. Good Governance and Internal Control in Public Organizations. Hong Kong. Recuperado el 31 de agosto de 2016 en http://www.icac.org.hk/en/corruption_prevention_department/pt/pb/index.html, p.16).

subjetiva. A tal respecto, ésta tendrá efectos jurídicos que podemos ver plasmados en los artículos 50.1 e), f), g); 50.22; 156.12 y 6; 159.3, y 161.1 de la LCSP 9/2017. En esta parte, por consiguiente, se involucran las siguientes actividades y disposiciones:

- Anuncio de licitación (art.135)
- Plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones (art.136)
- Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. (art.140)
- Proposiciones de los interesados (art.139)
- Delimitación, plazos para la presentación de proposiciones y plazo de publicación del anuncio de licitación (art.156)

En esta etapa -en la cual se publica la convocatoria-, se dan a conocer las bases respectivas y sus requisitos, debiendo abrir la posibilidad de participación a todas las personas físicas y morales que reúnan las exigencias expuestas¹⁶²⁰. Aquí, la presentación de las ofertas de quienes pretenden contratar con el Estado se deberían sólo mantener de forma secreta hasta su adjudicación, dejando de serlo una vez que se pase a la siguiente fase¹⁶²¹. Según la recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia a este respecto, “...las obligaciones de publicidad que exigen las leyes de transparencia en materia de contratos públicos, tienen por objeto dar a conocer al público en general cómo se están gestionando los contratos públicos, y se realizan a través del portal de transparencia”¹⁶²².

Tal recomendación, asimismo ha indicado que la experiencia ha puesto de manifiesto buenas prácticas sobre este principio en la praxis de los órganos de contratación, de las cuales mencionamos por ejemplo: la publicación de la normativa específica sobre contratación y de los informes y dictámenes de los órganos especializados en la materia; la publicación de los anuncios de licitación y de las resoluciones administrativas dictadas por los órganos de contratación en los procedimientos que tramiten; la especificación completa, clara y concreta en los anuncios de contratación o en los pliegos de las condiciones de licitación, adjudicación y ejecución del contrato; la publicidad de la composición y de los actos de las mesas de contratación y de los comités de expertos; la motivación

¹⁶²⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013), op. cit., p.59.

¹⁶²¹ Ibid, p.60.

¹⁶²² Recomendación 1/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa al fomento de la transparencia en la contratación pública, p.4.

suficiente de las decisiones adoptadas en el procedimiento contractual; y por último, la información sobre los modificados y otras incidencias que se produzcan durante la ejecución del contrato¹⁶²³.

La relevancia que se entrega al cumplimiento de esta publicidad, la podemos ver también evidenciada en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la cual en su artículo 39, letra c), sostiene que *“La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135”*, será causa de nulidad de derecho administrativo, es decir, del contrato.

Todo este llamamiento es a través de las diferentes plataformas electrónicas existentes en los más de 20.000 entes públicos en el país¹⁶²⁴, además de diarios oficiales nacionales y sitios web del gobierno autonómico y central, incluyendo según el umbral de la compra, el Diario Oficial de la UE (DUOE). Así, los requerimientos por adquisiciones sobre ciertos umbrales de precios son publicados en la plataforma central del gobierno y el DOUE, mientras que el resto de ellos son informados en las plataformas particulares que operan en cada Comunidad Autónoma.

Una crítica que es necesario advertir en este llamado público, es la escasa rigurosidad en publicar todas las compras del ente contratante, igualmente como hacerlo en variadas plataformas electrónicas y medios poco conocidos por quienes ofertarán. Del mismo modo, está el reparo en la inexistencia de un “plan de compras” anual institucional, el cual permita a los proveedores conocer con antelación las compras importantes de la institución en cuestión, y así, estar más preparados al momento del llamamiento respectivo, pudiendo con ello elaborar con mayor rigor y eficacia las propuestas de ofertas técnicas y económicas a presentar al Estado.

Etapa III. Evaluación de las ofertas y adjudicación de los contratos

En esta fase se aplican los criterios de adjudicación pre determinados en la etapa I de este proceso (art.145 de la LCSP 9/2017), debiendo ser implementados en la evaluación de las ofertas tanto en fondo como forma, respetando todas sus condiciones y plazos. De este modo, las ofertas recibidas deben apreciarse únicamente sobre el fundamento de estos criterios previamente definidos,

¹⁶²³ Ibid, pp.8-14.

¹⁶²⁴ Diario el Independiente de España. “La corrupción y la opacidad en los contratos públicos cuestan 20.000 millones al año”. Noticia publicada el 26 de junio de 2017 en <https://www.elindependiente.com/economia/2017/06/26/la-corrupcion-la-opacidad-los-contratos-publicos-cuestan-20-000-millones-al-ano/>

y no de otros creados posteriormente. Las actividades y artículos de la actual ley que podemos destacar en esta etapa son:

- Procedimiento de adjudicación (art.131)
- Aplicación de los criterios de adjudicación (art.146)
- Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación (art.157)
- Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato (art.150)
- Adjudicación (art.158)
- Resolución y notificación de la adjudicación (art.151)

Esta etapa se inicia con el cierre del plazo para ofertar y la apertura posterior de las ofertas. En este desarrollo, las propuestas de quienes hayan decidido participar se abren en un acto público para conocer su precio (evaluación económica), y verificar si cumplen con las características o requisitos de la convocatoria (evaluación técnica). En el caso de realizarse a través de una apertura electrónica, ésta será realizada al interior del organismo adjudicador por una mesa evaluadora, quien posteriormente deberá publicar los resultados finales por el mismo medio abiertamente.

El objetivo de esta evaluación es determinar cuál es la propuesta más conveniente. Es un acto unilateral en el que será aceptada una oferta determinada, en tanto haya reunido los requisitos mencionados en la convocatoria y se encuentre dentro del límite de precio establecido. Luego de finalizado todo este proceso y elegido un ganador, se deben publicar los resultados del concurso y el resto de los participantes podrán retirar sus ofertas, documentos y garantías, liberándose de cualquier obligación. A partir de la notificación del fallo al adjudicado, el ganador contrae derechos y obligaciones con la Administración, que establecen que se mantendrán inalterables las bases de la licitación, así como la garantía de la formalización del contrato que se elabore¹⁶²⁵.

La publicación de los resultados en esta fase permite a los participantes de la licitación conocer, entre otras cosas, todas las propuestas presentadas, vigilar el desarrollo del trabajo, verificar la legalidad, y asegurar un trato igualitario e imparcial. Además de los participantes y la presencia de funcionarios de la dependencia que corresponda en el proceso, puede existir una participación social e incluso un órgano verificador que dé certeza legal del procedimiento respectivo¹⁶²⁶.

Conforme ha indicado la Comisión Europea, una buena práctica en esta parte es crear un comité de evaluación en cuanto se adopte la decisión de proceder con la contratación, a fin de

¹⁶²⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2013), op. cit., p.60.

¹⁶²⁶ Ibid.

garantizar que el proceso se realice de la manera más profesional y con la participación de personal que reúna todas las cualificaciones necesarias desde el principio. El comité o junta evaluadora, debe contar una participación de miembros permanentes. Los funcionarios técnicos serán miembros en función del tipo de contrato de que se trate. Igualmente, es conveniente que el comité esté integrado por personas con experiencia en cada uno de los ámbitos objeto de estudio en la licitación. Así, las decisiones deben basarse íntegramente en los criterios publicados, y ha de poder demostrarse que no se han visto condicionadas por razones políticas o por otras influencias indebidas. También, hay que registrar el trabajo del comité de evaluación (al menos la lista de asistentes y el resumen de las discusiones de la reunión o el acta firmada)¹⁶²⁷.

En la situación particular del territorio español, debemos recordar que al no existir todavía una contratación electrónica a nivel país, y obligatoria, la gran parte de los procesos de evaluación se realizan de forma presencial a través de un sobre en papel que concierne la oferta económica, y otro referido a la oferta técnica, donde posteriormente una mesa de contratación (junta evaluativa) realiza el trabajo de revisar el contenido de la documentación y cumplimiento de las ofertas para seleccionar -como sostiene el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público-, la oferta económicamente más ventajosa.

Etapa IV. Formalización de los contratos

En este último paso que manifiesta la LCSP 9/2017, luego de haberse adjudicado, se documenta y firma el manuscrito de contrato en el cual se adquieren deberes y derechos tanto para la Administración como para el proveedor ganador del concurso. Los preceptos en específico que podemos destacar de esta ley en cuestión son:

- Formalización de los contratos (art.153)
- Anuncio de formalización de los contratos (art.154)
- Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración (art.152)
- Responsable del contrato (art.62)

Desde lo jurídico, la definición de un contrato pertenece a la Teoría General del Derecho, siendo aquel acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de derechos y obligaciones entre ellas¹⁶²⁸. Según COSCULLUELA MONTANER, su objetivo debe ser determinado, debiéndose

¹⁶²⁷ Unión Europea (2015c), op. cit., pp.15-16.

¹⁶²⁸ Lacruz citado por Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.411.

justificar su necesidad para los fines del servicio público correspondiente en el expediente de contratación¹⁶²⁹. Este documento debe ser de interés público y divulgarse abiertamente, adjuntando a él los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han formado parte de la contratación, siendo todos ellos firmados por las partes interesadas¹⁶³⁰. Luego, y a partir de todas estas características como expresa este último autor, el contrato administrativo¹⁶³¹ es aquel que podemos decir entonces se rige por el derecho administrativo¹⁶³².

Un aspecto importante a destacar de este contrato, según FLORES DOMÍNGUEZ, es que se caracteriza por su finalidad de servicio eficaz a los intereses públicos, lo que ha justificado que las partes no se sitúen en una situación de estricta igualdad, sino, que la Administración se reserve algunos poderes exorbitantes con el correspondiente derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio financiero de éste¹⁶³³.

Seguidamente a este proceso de formalización, importante es también advertir que existen ciertos actos internos relevantes que debemos comprobar que se ejecutan correctamente. Tal es el caso del *tiempo tardado al recibir el insumo comprado* (luego de la firma de este acuerdo). Aquí, el tiempo de entrega que es el plazo que transcurre entre el reconocimiento de la necesidad de una orden y su recepción¹⁶³⁴, debe ser comprobado en los pliegos que se haya cumplido como fue estipulado. Esta entrega o recibo conforme por el organismo adjudicador, necesita ser analizada desde dos aspectos principales acorde indica S. CHAPMAN, los cuales son: velocidad (qué tan rápido ha sido entregado el insumo), y confiabilidad (una vez que se realizó la promesa de entrega, ¿Se cumplió?)¹⁶³⁵. Es así, como la Comisión Independiente contra la corrupción en Hong Kong, China, ha identificado ciertos puntos importantes que se deben cumplir para recibir con éxito una compra, destacando: a) Asignar a un miembro del personal para recibir e inspeccionar el insumo entregado, b) Realizar pruebas a los productos entregados antes de su aceptación, c) Colocar a disposición de los usuarios lo comprado y pedirles comprobar las prestaciones prometidas,

¹⁶²⁹ Ibid, p.444.

¹⁶³⁰ Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2016), op. cit., p.64.

¹⁶³¹ En España, los contratos administrativos son aquellos celebrados por las Administraciones Públicas, y dentro de ellos son contratos típicos: el contrato de obras, concesión de obra pública, de gestión de servicios públicos, de suministros, y el de servicios y colaboración entre el sector público y privado (Ibid, p.421).

¹⁶³² Ibid, p.411. Ver mayor información sobre los contratos en la Administración Pública tanto en el territorio español como europea en la lección 14 del libro de este autor.

¹⁶³³ Flores Domínguez (2018), p.787.

¹⁶³⁴ Render y Heizer (2014), op. cit., p.558.

¹⁶³⁵ Chapman S. (2006), op. cit., p.8.

requiriendo su certificación, y d) Tener claridad que ocurre si el insumo adquirido llega defectuoso o no cumple las condiciones pactadas¹⁶³⁶.

De igual forma, y así como el tiempo tardado, encontramos el paso posterior relativo al *pago correspondiente a la empresa adjudicada*. Esta tarea, que es muy significativa de cumplir en su fecha indicada y en las condiciones pactadas que originaron tal contrato, implica para su éxito las siguientes premisas: a) Establecer niveles de autorización previa para la aprobación de los pagos y la firma de cheques (o transferencia bancaria), b) Permitir el pago sólo cuando se confirme la entrega correcta de lo comprado, c) Especificar diferentes métodos de pago, en base a la cantidad de transacciones, d) Detallar los documentos necesarios para apoyar tal solicitud de pago, e) Prever pagos no rutinarios, tales como posibles anticipos, e f) Idear un mecanismo para prevenir y detectar el retraso injustificado de este o doble pago¹⁶³⁷. De acuerdo a la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se establece un régimen más riguroso sobre el plazo de pago a los contratistas, donde según su artículo 198.4, se expresa que: *“La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados...”*

Por último, conviene volver a destacar el informe a noviembre de 2017 que emitió Transparencia Internacional España, sobre el grado de cumplimiento de la obligación legal de publicar los contratos en la Plataforma de Contratación Pública del Estado, en el cual se sigue criticando la existencia de un elevado número de entidades públicas que siguen incumpliendo esta normativa legal¹⁶³⁸.

Etapas V como propuesta: seguimiento o gestión de la compra (contrato)

Finalizando esta caracterización de las primeras cuatro etapas explícitas en la normativa sobre contratos públicos, y ya habiendo recepcionado la compra de manera conforme en la institución -sobre todo para adquisiciones de servicios u obras-, es muy relevante reseñar una “quinta etapa” de este proceso que no está explícita en la ley actual, y que está siendo muy trascendente en los sistemas

¹⁶³⁶ Corruption Prevention Department, ICAC. Good Governance and Internal Control in Public Organizations. Hong Kong. Recuperado el 31 de agosto de 2016 en http://www.icac.org.hk/en/corruption_prevention_department/pt/pb/index.html, p.19.

¹⁶³⁷ Ibid.

¹⁶³⁸ Ver informe en página Observatorio de Contratación Pública. Recuperado el 7 de febrero de 2018 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1247/recategoria.1059/reلمenu.2/chk.703fa8ba16103410ae3358d71e30920f>

de compras mundiales exitosos, nos referimos al *seguimiento o gestión de la compra (contrato)*, es decir, monitorizar y gestionar el contrato que ha dado lugar al requerimiento. El beneficio tangible de esta nueva fase, está dado por detener la modificación continua de estos acuerdos, realizar un efectivo cobro de multas por incumplimientos, y asegurar que lo comprado sea efectivamente lo que se licitó (eficacia de la compra).

Según ha indicado AEVAL, y con carácter general, tal seguimiento es un proceso sistemático de recolección de datos, con el fin de rastrear las entradas (inputs), productos (outputs), efectos e impactos durante la implementación de una actividad, para informar a la dirección y los interesados sobre el rendimiento y el progreso de tal tarea¹⁶³⁹. De acuerdo a ZAPICO y MAYNE, el seguimiento del rendimiento o resultados es incluir en la medición algún aspecto de la gestión del sistema en cuestión, implicando la recogida de datos¹⁶⁴⁰.

La razón de controlar una compra y su contrato respectivo, es instaurar una base para la comparación con el logro previsto indicado en el mismo. De esta forma, se puede cuantificar el trabajo realizado por el contratista. Así, este esfuerzo implicado en las tareas de seguimiento y medición depende del tamaño y la complejidad del contrato en cuestión. En un contrato pequeño y simple, una llamada telefónica ocasional para comprobar su desempeño y la inspección visual del contratista podría ser suficiente. En cambio, para uno mediano o grande (o complejo), la institución requerirá informes periódicos sobre la marcha, reuniones, revisiones técnicas, pruebas formales, y auditorías para evidenciar su rendimiento general¹⁶⁴¹.

CLARK LINDSAY, sostiene que los contratos ofrecen una oportunidad inexplorada para mejorar el rendimiento de las adquisiciones. Los ahorros en tiempo y recursos, mejor transparencia del proceso y una disminución de riesgos de que la compra no cumpla cabalmente su objetivo, son a menudo dejados de lado porque la adquisición carece de la supervisión correspondiente. Así, este autor destaca que hay dos caminos que nos pueden ayudar a garantizar lo anterior: el primero, es explotar “herramientas de autoría de contratos” que permiten estandarizan la forma en que ellos están contruidos. Estas herramientas aseguran que los acuerdos emplean los términos indicados, y que se adhieren a las normativas correctas. El segundo, se refiere a utilizar “herramientas de software” (sistemas informáticos) que puedan identificar cuándo se recibió la compra conforme, y cuánto y

¹⁶³⁹ AEVAL (2016), op. cit., p.43.

¹⁶⁴⁰ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.25.

¹⁶⁴¹ Li Huang Joyce (2013), pp.17-18.

cuándo se ha pagado, además de permitir ir efectuando un seguimiento permanente de la vida del contrato con respecto a sus hitos de pago¹⁶⁴².

De este mismo modo, RENDON RENE añade que las mejores prácticas en esta fase incluyen un equipo profesional entrenado y experimentado en la medición del desempeño de los contratistas, así como un método de evaluación y un proceso de control permanente¹⁶⁴³. En este mismo sentido, la UE ha indicado que con independencia de la complejidad y el tamaño del contrato de que se trate, será necesario como mínimo incorporar al equipo un responsable de contratación que también podrá actuar como gestor de contratos/proyectos o especialista para gestionar procesos específicos (recomendado en caso de contratos de alto valor, complejos o arriesgados)¹⁶⁴⁴.

Las funciones y responsabilidades que hay que asumir durante este trabajo, por lo tanto, deben definirse de manera clara en los manuales operativos del poder adjudicador. Dependiendo del número previsto de contratos y de su complejidad, es posible que sea necesario incorporar al equipo asesores externos especializados en determinados aspectos, como podría ocurrir con variados temas jurídicos¹⁶⁴⁵.

Etapa VI como propuesta: retroalimentación de la información del sistema de compras

Por último -y recordando que no existe un control efectivo sin datos e información oportuna como se ha manifestado en el capítulo II de esta investigación-, es obligatorio establecer una etapa en este proceso que contribuya a la “retroalimentación de información” de las adquisiciones efectuadas. Según J. MAYNE a este respecto, la información eficaz sobre los resultados -que en este caso nos entregaría el sistema de compra respectivo-, debería cumplir dos principios importantes: ha de ser significativa y tener valor para sus destinatarios; y también, debe ser creíble, no sólo para sus destinatarios, sino también, defendible para posibles ataques¹⁶⁴⁶.

Es imposible concebir tomar decisiones de contratación oportunas y que resuelvan las disfunciones del sistema sin datos del propio sistema. Dicho de otro modo, y como ya hemos expuesto antes, un control y posterior mejora del proceso necesita de la información sobre cómo este mismo está funcionando, y lo que tienen que decir quienes lo usan. La inexistencia de esta última

¹⁶⁴² Lindsay Clark (2016), pp.16-20.

¹⁶⁴³ Rendon R (2007).

¹⁶⁴⁴ Unión Europea (2015c), op. cit., pp.15-16.

¹⁶⁴⁵ Ibid.

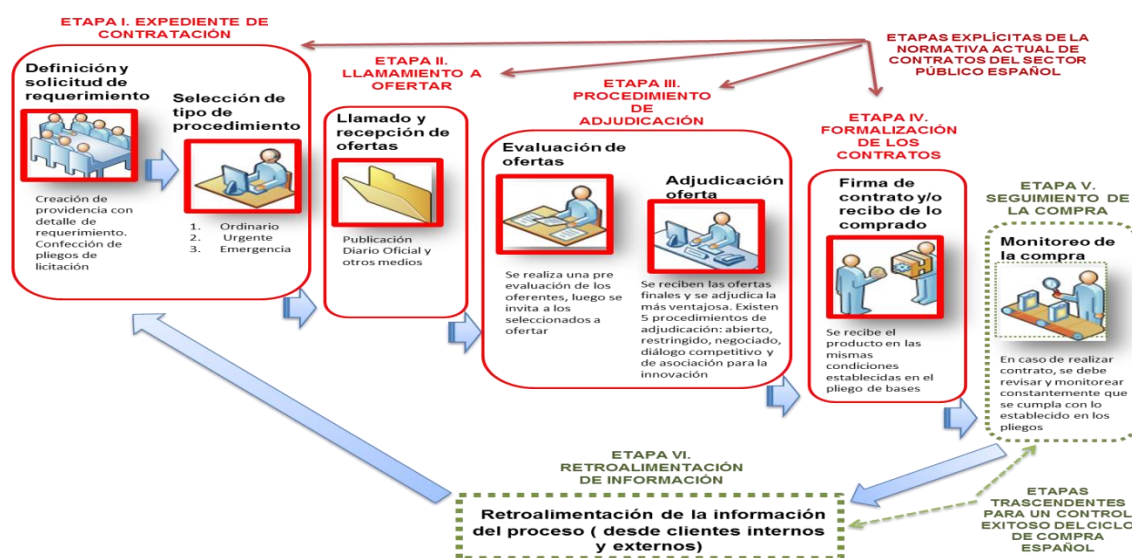
¹⁶⁴⁶ Mayne John en Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.206.

etapa es la gran causa de las disfunciones recurrentes en las estructuras públicas de adquisiciones mundiales, pasando a ser un pilar esencial si se desea construir una respuesta sólida a las demandas ciudadanas presentes.

Desde una óptica macro, y como se expresa en la Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas, “Para determinar el nivel de eficiencia, rendimiento y satisfacción con las políticas y servicios públicos, es indispensable realizar actividades de seguimiento y análisis soportadas en hechos y evidencias, que generen información para retroalimentar los procesos de mejora continua y aprendizaje organizativo”¹⁶⁴⁷. Resaltando este documento que estos mecanismos adquieren su verdadera utilidad si posteriormente se encaran las correspondientes acciones de mejora¹⁶⁴⁸.

Resulta por tanto -y tras todas estas seis etapas mencionadas-, que si exponemos ahora dentro del “proceso de contratación pública español” estas dos nuevas etapas, podremos apreciar no sólo como debe terminar y completarse este ciclo de aprovisionamiento, sino también, destacar las tareas pendientes que debe desarrollar esta materia de contratos en el país para lograr alcanzar niveles óptimos como los actualmente demandados, dejando atrás las disfunciones habituales advertidas en el transcurso de esta investigación (ver esquema 25 siguiente).

“ETAPAS DEL PROCESO O CICLO DE VIDA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA”



Esquema 25. Fuente. Elaboración propia.

¹⁶⁴⁷ AEVAL (2009), op. cit., p.12.

¹⁶⁴⁸ De acuerdo a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, podríamos destacar su artículo 346 “Registro de Contratos del Sector Público”, el cual establece la obligatoriedad de registrar los contratos adjudicados por las distintas administraciones públicas y demás entidades sujetas a esta Ley (para contratos iguales o superiores a 5000 euros, IVA incluido).

Para el desarrollo y puesta en práctica de estas dos nuevas etapas complementarias (etapa V y VI), las cuales como se aprecia “completan” el proceso y permiten que se retroalimente de lo que ocurre en él, volvemos a resaltar lo elemental de poseer bases de datos sobre adquisiciones que se caractericen por ser oportunas e integrales, manteniendo una monitorización y gestión de ellas de manera constante. Lo ideal sobre este último trabajo, es elaborar “indicadores de gestión” sobre aspectos claves o críticos de las adquisiciones en la institución que nos entregan información al menos una vez al mes.

De este modo, y como señala para terminar GIMENO FELIÚ en relación a la importancia de poseer tal información para la ejecución de los contratos públicos (seguimiento), la normativa al respecto debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato -es decir información real de lo que ocurre en ellas-, de manera de lograr una prestación demandada efectiva y eficiente, sirviendo al fin público que debe prestar el aparato estatal¹⁶⁴⁹. Así, conviene insistir en que estas nuevas etapas no son sólo un complemento a los sistemas de compras de hoy, sino que sin ellas, no tendremos claridad hacia dónde vamos, y menos si estamos cumpliendo los objetivos propuestos.

B. Documentación de procedimientos como directriz para mejorar el proceso de compra

Añadiendo a lo hasta aquí manifestado, y en otro aspecto decisivo que posibilita gestionar y optimizar el ciclo de compra estudiado, diremos entonces que todo sistema de contratación además de estar formado por procesos o etapas, presenta ciertas formas de hacer sus actividades, a las cuales se les denomina procedimientos. Un procedimiento, es una secuencia cronológica de acciones requeridas para operar sobre problemas estructurados. Es una forma de hacer las tareas o guía de actuación¹⁶⁵⁰, preocupándose del método sobre cómo lo hacemos. En nuestro objeto de investigación, es el modo de hacer las compras dentro del marco normativo que nos provee el sistema y su proceso. De esta manera, el proceso está preocupado por lograr los objetivos; mientras que el o los procedimientos se focalizan en cómo llegamos a tales objetivos.

Desde lo jurídico y judicial, ÁLVAREZ DEL CUVILLO indica que el procedimiento es la sucesión ordenada de actos procesales a través de los cuales el proceso se sustancia, es decir, se manifiesta, toma forma y se lleva a cabo. Se refiere por ende a la manifestación externa y formal del

¹⁶⁴⁹ Gimeno Feliú (2017d), op. cit., p.11.

¹⁶⁵⁰ Alegre et al (2000), op. cit., p.45.

proceso¹⁶⁵¹. Un ejemplo que retrata bien la diferencia entre ambos, hace mención a que el proceso es un juicio; y el procedimiento son los trámites, maneras o diligencias para llevar a cabo tal juicio.

Así como existen varios procedimientos legales y reguladores en esta materia a nivel país, también existen procedimientos institucionales internos que aplican los propios funcionarios, los cuales si son incongruentes, mal entendidos por el resto o deficientemente implementados -como también desconocidos por quienes operan el sistema-, generarán disfunciones notorias al interior de los organismos públicos sobre los resultados finales de las adquisiciones.

Por tal razón, documentar, validar e institucionalizar los procedimientos internos sustantivos en esta materia, permitirá saber con certeza el camino que deben recorrer los funcionarios al contratar, aunando esfuerzos y recursos en seguir una misma dirección sin duplicidades de tareas. En un sentido opuesto, ejecutar una contratación pública sin procedimientos escritos e institucionalizados es ir a la deriva en el trabajo diario que compromete esta actividad. Es realizar tareas que un funcionario ejecutará de una forma distinta a la de su compañero, escenario que asimismo hará muy complejo medirlas y controlarlas.

El control necesita un plan formal y ordenado a seguir, siendo los procedimientos institucionales -al igual que los procesos pre establecidos por la legalidad- la guía para esta labor. Citando al Tribunal Auditor Austriaco a este respecto, este organismo ha sostenido que *“La documentación de procedimientos de contratación pública debería ser por escrito, y cubrir todos sus aspectos relevantes”*¹⁶⁵². Añadiendo que las normas internas en este campo deberían ser obligatorias y puestas en conocimiento de todos los funcionarios a quienes afectan, es decir, todos los clientes internos de la institución.

¿Cómo nos pueden por lo tanto ayudar los procedimientos documentados a medir y mejorar nuestra contratación? Los procedimientos escritos, validados e institucionalizados, nos aportan a que el control tenga una pauta que seguir para conocer si se han cumplido los estándares preestablecidos en el proceso. Un procedimiento como el caracterizado, facilita conocer las acciones que se deben realizar, garantizando los principios rectores en esta materia. Además de ello, asigna responsabilidades claras a los funcionarios -cuando está bien redactado-, contribuyendo a brindar mayor precisión al momento de sancionar por incumplimientos o deficiente gestión. No se trata de

¹⁶⁵¹ Álvarez del Cuvillo (2008), p.1.

¹⁶⁵² Respuesta de Austria al Cuestionario de la OCDE (INAP, 2009, op. cit., pp.106-108).

llenarse de procedimientos y más burocracia, sino de establecer caminos claros, formales y eficientes por donde transitar.

Probablemente, sin procedimientos documentados se podrían realizar de igual forma controles sobre el cumplimiento de las metas de compras, no obstante, esta medición sólo será ex post, no permitiéndonos enmendar desviaciones o errores del trabajo previamente. Cuando una adquisición se recibe y paga, no hay mucho que se pueda hacer para corregir sus disfunciones si las presenta. El documentar y validar los procedimientos es necesario, porque es la pauta que facilita una medición “durante o concurrente” y no sólo ex post, permitiendo por lo tanto cambiar, subsanar o validar las tareas antes de recibir el requerimiento desde el proveedor.

Como hemos insistido, sin estos procedimientos documentados y validados, cada funcionario podría hacer las compras de la forma que mejor considere, cumpliendo a la vez con la legislación (proceso), pero siendo en muchos casos ineficiente en el uso de los recursos internos al elegir vías no óptimas de adquisición. Toda normativa pública sobre contratación puede estar falta de precisión, claridad o efectividad, sin embargo, esta realidad puede ser mejorada en gran manera por la confección de procedimientos internos (institucionales), los cuales acerquen la operatoria de esta legislación al buen uso de los recursos, buena administración y satisfacción de los intereses ciudadanos.

¿Qué nos limita entonces a crear procedimientos internos óptimos que acompañen a los procesos establecidos por ley? Las primeras barreras están en nosotros mismos, y en el temor de romper con tradiciones validadas por la pasividad y falta de incentivos efectivos que empujen a un cambio. A veces, nos lamentamos aludiendo a que la ley en contratación no es eficiente y efectiva, y hasta en algunos casos pareciera que incentiva las malas prácticas; no obstante, en nuestros organismos públicos somos libres para rectificar algunas importantes falencias que afectan a la operatoria del sistema sin tener que exigir un cambio de marco normativo nacional, sino, sólo de procedimientos institucionales escritos, precisos, con tiempos de ejecución y responsables. Hay quienes ya han hecho este trabajo con resultados destacados. Tal es el caso de la experiencia del Reino Unido, quien ha ahorrado cerca de 3 billones de libras al implementar mejores prácticas en procesos de contratación complejos¹⁶⁵³, para lo cual debió básicamente simplificar sus procedimientos.

¹⁶⁵³ Ibid.

Como efecto negativo hacia los oferentes, esta despreocupación por los procedimientos ha repercutido directa y negativamente en la eficiencia y la competencia de ellos hacia el sistema, y en muchos casos, ha incrementado el tiempo y los costes que estas empresas deben enfrentar cuando participan en los concursos públicos¹⁶⁵⁴. Según SORIA COLLADO, la simplificación administrativa supone un instrumento estratégico para la innovación de la gestión de procesos de adjudicación de contratos, suponiendo para las empresas un ahorro económico significativo, consiguiendo de esta manera que éstas puedan ser más productivas y más competitivas a la hora de ofertar¹⁶⁵⁵. En definitiva, y como sostiene MARTÍN MATEO -refiriéndose al beneficio de la existencia de estos procedimientos administrativos-, un procedimiento “*Pretende economizar en sus movimientos, dar mayor eficacia a sus actuaciones, ahorrar costes, tiempos y conseguir mejores resultados*”¹⁶⁵⁶.

Entorno a España, esta documentación y simplificación de procedimientos en materia de contratación también ha sido un tema importante para la CNMC, quien ha manifestado que este quehacer se erige como uno de los ejes fundamentales para mejorar las compras, argumentando asimismo -y con carácter general-, que la existencia de normativas y procedimientos excesivamente complejos y técnicos, provoca en muchas ocasiones la utilización por parte de los poderes adjudicadores de aquellos que les son más conocidos y por tanto fáciles, pese a que éstos puedan implicar menos competencia y con ello peores relaciones calidad precio. La ausencia de esta simplificación, por ello, redundará en posibles pérdidas de eficiencia en el aprovisionamiento gubernamental general¹⁶⁵⁷.

Según el “Libro blanco para la mejora de los servicios públicos”, las mayores derivas en los gastos de un servicio provienen de los costes directos e indirectos generados por la existencia de procedimientos desordenados. Pero estos procedimientos ineficientes no sólo ocasionan costes a la Administración, sino que trasladan una parte de los mismos a sus usuarios, lo que supone para los ciudadanos una tasa impositiva adicional encubierta¹⁶⁵⁸.

Ya desde los años ochenta S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER mencionaba que la administración pública española era lenta, sin seguimiento y burocrática, aludiendo a la necesidad de simplificación de sus procedimientos, exhibiendo con ello una falta de decisión política para abordar este tema. Sobre tal realidad, este autor proponía que para simplificar tales pautas en la

¹⁶⁵⁴ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). “Plan Estratégico de Contratación Públicas del Estado Peruano”. Ministerio de Economía y Finanzas, p.15.

¹⁶⁵⁵ Soria Collado (2013), op. cit., p.2.

¹⁶⁵⁶ Martín Mateo (1996), op. cit., p.347.

¹⁶⁵⁷ CNMC (2015), op. cit., pp.20-21.

¹⁶⁵⁸ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., p.77.

Administración se podrían seguir los siguientes tres pasos -atingentes también a nuestra materia de contratos: a) Elaborar un programa semestral por cada Ministerio (o cualquier área o unidad de la Administración) de reducción de trámites en referencia a los procedimientos que cada ente determine; b) Seleccionar aquellos procedimientos que impliquen relaciones con más personas o administrados; y c) Constituir un equipo de trabajo con personas idóneas y preparadas para simplificar los procedimientos respectivos, formulando propuestas oportunas de mejora¹⁶⁵⁹.

Tal autor, desde aquella década además sostenía que la Ley de Procedimientos Administrativos era suficientemente holgada como para permitir abordar el tema de la simplificación sin modificación legal alguna; pudiendo por ende inferir, que al presente no hace falta mayor legislación para optimizar estos, sino más bien, una voluntad pública y liderazgo institucional para diagnosticarlos, describirlos y reducirlos.

En síntesis, y a modo de resumen, es preciso resaltar dos aspectos elementales de todo lo antes dicho. Primero, debemos decir que optimizar, mejorar o simplificar nuestros procedimientos es a la vez controlar. Este control no podrá actuar eficazmente basándose sólo en pensamientos, ideas o experiencias de los funcionarios, sino sobre pasos concretos que ya antes han sido descritos y validados, por muy básicos que estos puedan ser en un comienzo. Así, un buen control necesita previamente y por consiguiente, de un buen procedimiento documentado.

Si el control de los procedimientos no es posible ejecutarlo por unidades externas a la de compra, podría llevarse a cabo eventualmente por algún profesional interno de esta misma área, quien en base a estándares predefinidos, pueda llevar a cabo esta medición aunque sea mayormente de manera más mecánica que analítica. De esta forma, y para efectuar esta labor y realizar el diseño de un sistema de control como advierte DRUCKER FERDINAND, deberíamos pensar primero qué es la rutina, y luego, qué es la excepción¹⁶⁶⁰.

Y en segundo lugar, hay que señalar la importancia de crear al interior de cada organismo público un “manual de procedimientos en adquisiciones” que abarque los temas claves o críticos, describiendo en este documento al menos: pasos para hacer el trabajo de compras según tipo de requerimiento, requisitos mínimos para los tipos de compras relevantes, tiempos aproximados de ejecución de cada actividad, controles o firmas, y responsables, definiendo además alguna unidad que monitoree el cumplimiento de este instructivo cuando no sea parte de la programación del

¹⁶⁵⁹ Martín-Retortillo S. (1983), op. cit., pp.64-65.

¹⁶⁶⁰ Drucker Ferdinand (1986), op. cit., p.156.

control interno anual. No olvidando finalmente, mantener actualizado cada año este documento y publicarlo abiertamente en la intranet institucional.

III. RELEVANCIA DE LA CALIDAD EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. FUNDAMENTOS DE LA CALIDAD Y CALIDAD TOTAL COMO ENTORNO DE MEJORA CONTINUA

“La calidad no cuesta. No es un regalo, pero es gratuita. Lo que cuesta dinero son las cosas que no tienen calidad -todas las acciones que resultan de no hacer bien las cosas a la primera vez” (Crosby Philip)¹⁶⁶¹.

Luego de controlar y mejorar un proceso de contratación, deberíamos por consiguiente buscar alcanzar un mayor grado de calidad en sus resultados. Atributo, que al presente, ya no es un requisito más de una solicitud de adquisición, sino un aspecto imperativo y elemental que es reclamado incesantemente por la ciudadanía con bastante premura.

Como bien afirma AEVAL, la medición y la gestión de la satisfacción del usuario es una herramienta estratégica clave en las organizaciones. Esto, ya que puede proporcionarles una comprensión de los elementos a tener realmente en cuenta y permitirles hacer un seguimiento del rendimiento y de la evolución del servicio a través del tiempo¹⁶⁶². Es así, como en años recientes, los estudios de mercado y las diversas investigaciones sobre satisfacción al consumidor se han convertido en esenciales para la subsistencia organizacional de todo tipo, y están marcando un cambio significativo en la perspectiva de la calidad, decantando al día de hoy en un “enfoque al cliente”¹⁶⁶³ que debería tener todo sistema de contratación pública.

En una breve reseña que configura la procedencia de esta calidad -lo cual nos ayudará a entenderla mejor-, diremos entonces que tal atributo inició su recorrido en la industria de EE.UU a comienzos del siglo XX, procediendo de las iniciativas participativas que algunos autores como ELTON MAYO, propusieron para obtener una mejor productividad en las empresas al considerar las conductas y deseos de los trabajadores¹⁶⁶⁴. Así, este cambio llegó posteriormente a conseguir un gran desarrollo en la industria japonesa en los años cincuenta, transformándose este enfoque en un sistema integral de mejora organizacional continua, el cual desde una perspectiva general, pasó primero del sector industrial a las empresas del sector servicios, y posteriormente a las distintas administraciones públicas¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶¹ Crosby Philip (1987), primera parte, p.9

¹⁶⁶² AEVAL (2016), op. cit., p.114.

¹⁶⁶³ Guajardo Garza (1996), op. cit., p.30

¹⁶⁶⁴ Martín Mateo (1994), op. cit., p.7.

¹⁶⁶⁵ Documento de la Diputación de Alicante (2011). “La gestión de la calidad. La calidad en la administración pública”. Departamento de Formación y Calidad, p.3.

Según ha indicado CAMARASA CASTERÁ, en los años veinte se cimentaron las bases de la calidad mediante la inspección o medición de un producto fabricado como elemento significativo del control¹⁶⁶⁶. En la década de los años cuarenta, y conforme a SCHROEDER ROGER, la palabra “calidad” tomó una connotación estadística a medida que los métodos en esta materia eran los primeros que se utilizaban para controlar tal atributo. De este modo, entre los años cincuenta y sesenta se van implantando ideas organizativas que tienen su base en la depuración y el control de los procesos, con la introducción de métodos y control estadístico, distribución de los valores, límites de control y de mejora continua¹⁶⁶⁷. A finales de los sesenta, ya se expandía el significado de “administración de la calidad”, el cuál incluía a toda la organización y no sólo a una parte, ya que todas las funciones ayudaban a diseñar y a producir esta condición¹⁶⁶⁸.

Posteriormente, entre los años setenta y ochenta es cuando se da un gran salto a esta calidad, estableciendo la dirección participativa y por objetivos, dando paso al aseguramiento de ella como parte fundamental del nuevo planteamiento de la Gestión Integral de la Calidad. A estas alturas, este concepto ya ha dejado de vincularse sólo con la producción, sino que ahora toda la organización debe luchar para lograr la satisfacción del consumidor o cliente final si desea subsistir.

Al presente, y volviendo a citar a CHROEDER ROGER, esta calidad posee un significado amplio, y comprende la mejora continua, la ventaja competitiva y el enfoque en el consumidor¹⁶⁶⁹ -o el ciudadano en el caso público-, decantando en la “calidad total” que debe ser de responsabilidad de toda la organización. De esta forma, y acorde añade la Asociación Española para la Calidad (AEC), como resultado de lo anterior nace la “Gestión de la Calidad”, según la cual, se debería tratar de satisfacer los requisitos del cliente y mejorar continuamente la eficacia y eficiencia de la organización¹⁶⁷⁰, tarea que también requiere realizar el sistema de contratación pública si quiere beneficiarse de este atributo y aumentar su legitimidad.

Hacia el sector estatal, al año 1985 se considera al que fue Vicepresidente norteamericano, Al Gore, como el primero en señalar la necesidad de mejorar la administración pública en términos de calidad, al publicar un informe titulado “*Crear una administración pública que funcione mejor y cueste menos*”. Entorno a Europa, y en este mismo sentido, la OCDE publica a 1987 un documento

¹⁶⁶⁶ Camarasa Casterá (2004), pp.11-12.

¹⁶⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁶⁸ Schroeder Roger (2004), op. cit., pp.148-149.

¹⁶⁶⁹ Ibid.

¹⁶⁷⁰ Página web Asociación Española para la Calidad, AEC. Recuperado el 20 de diciembre de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest>

de recomendaciones titulado “*La Administración al servicio del público*”, donde el énfasis estaba puesto en escuchar y satisfacer las necesidades ciudadanas¹⁶⁷¹.

De esta manera, y en la actualidad, conforme a lo señalado por la AEC este concepto ha ido evolucionado a medida que lo ha hecho también la industria, los métodos de producción, y las relaciones con el consumidor, así como también ha cambiado su manera de gestionarse¹⁶⁷². Ya GUAJARDO GARZA sostenía hace años que la calidad es dinámica, y va cambiando en el tiempo, no siendo una serie de características que permanecen fijas, sino una cualidad mejorable y que en un principio, era sólo responsabilidad de la naturaleza¹⁶⁷³. Argumentando en este mismo sentido CARAZA CRISTÍN, que se trata de un concepto polisémico, complejo, problemático, relativo, cambiante, dependiente del tiempo y de quien lo utilice, y que en los últimos años sea visto ampliado a la dimensión de la excelencia¹⁶⁷⁴. Estas cualidades, por lo tanto, nos llevan finalmente a preguntarnos en nuestra materia de contratos, si la calidad exigida tanto en el proceso o ciclo de vida de la compra, como en los suministros, servicios y obras adquiridas ¿Es la calidad de hoy demandada por la ciudadanía?, o es simplemente una proveniente de la visión tradicional de la administración pública abastecedora.

Acorde a la Real Academia Española, la calidad se puede definir como “*Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor*”, “*...superioridad o excelencia*”, o también como “*Condición o requisito que se pone en un contrato*”¹⁶⁷⁵. Según la Sociedad Estadounidense para el Control de la Calidad (ASQ por sus siglas en inglés), es “*La totalidad de rasgos o características de un producto o servicio que respaldan su habilidad para satisfacer las necesidades establecidas o implícitas*”¹⁶⁷⁶.

De acuerdo a algunos connotados estudiosos de este concepto, esta condición se puede caracterizar como: lo que el cliente está dispuesto a pagar en función de lo que obtiene y valora (DRUCKER FERDINAND)¹⁶⁷⁷; se basa en las necesidades del cliente (JURAN JOSEPH)¹⁶⁷⁸; es

¹⁶⁷¹ Documento de la Diputación de Alicante (2011). “La gestión de la calidad. La calidad en la administración pública”. Departamento de Formación y Calidad, p.8. Ver mayor detalle sobre los inicios e historia de la calidad en Talavera Pleguezuelos, Clemente (1999). “Calidad Total en la Administración Pública”. CEMCI, España.

¹⁶⁷² AEC (2017). Recuperado el 16 de octubre de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/calidad>

¹⁶⁷³ Guajardo Garza (1996), op. cit., pp.9-10.

¹⁶⁷⁴ Caraza Cristín (2016), op. cit., p.47.

¹⁶⁷⁵ Diccionario de la RAE. Recuperado el 12 de diciembre de 2017 en <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=6nVpk8P|6nXVL1Z>

¹⁶⁷⁶ Render y Heizer (2014), op. cit., p.209. Ver historia de la calidad en ASQ. Recuperado el 5 de junio de 2017 en <http://asq.org/learn-about-quality/history-of-quality/overview/overview.html>

¹⁶⁷⁷ Drucker Ferdinand citado por Camarasa Casterá (2004), op. cit., p.12.

¹⁶⁷⁸ Juran Joseph en R.W. Hoyer y Brooke B (2001). “Resumen revista Quality Progress”. Julio. American Society for Quality. Ver también en Schroeder Roger (2004), op. cit., pp.158-159.

aquella que tiene una característica subjetiva dada por el cliente, y otra objetiva entregada por las propiedades del producto o servicio (SHEWHART WALTER)¹⁶⁷⁹; recae en dos categorías: producto o servicio y cliente (GENISHI TAGUSHI)¹⁶⁸⁰; está formada por aspectos tangibles e intangibles (CHAPMAN STEPHEN)¹⁶⁸¹; y es aquella que se encuentra en los ojos del observador (RENDER y HEIZER)¹⁶⁸².

Conforme a ISHIKAWA KAORU, este concepto hay que interpretarlo más allá de su definición estrecha que significa sólo calidad del producto, y asimilarlo de una manera más amplia como calidad del trabajo, calidad del servicio, calidad de la información, calidad del proceso, calidad de la división (unidad), calidad de las personas, calidad del sistema, calidad de la empresa, entre otras¹⁶⁸³. De este modo, y entendiendo así la complejidad que puede provenir de no definirla y delimitarla correctamente, DEMING WILLIAN termina expresando que:

“.....La dificultad en definir calidad es traducir las necesidades futuras de los usuarios en características medibles, solo así un producto puede ser diseñado y fabricado para dar satisfacción a un precio que el cliente pagará. Esto no es fácil, y tan pronto como uno se siente exitoso, encuentra rápidamente que las necesidades del cliente han cambiado y que la competencia ha mejorado, hay nuevos materiales para trabajar, algunos mejores que los anteriores, otros peores, otros más baratos, otros más caros...”¹⁶⁸⁴”.

Resulta por tanto, que los beneficios que nos puede conferir la implantación de este concepto en nuestra contratación pública son claramente plausibles y tangibles, a lo cual CROSBY PHILIP indica que *“La calidad no sólo no cuesta, sino que es una auténtica generadora de utilidades”*¹⁶⁸⁵, agregando A. SENLLE, que las ventajas de este atributo para el aparato público son, por ejemplo: a) Asegurar la continuidad del equipo de trabajo, b) Reducir el déficit, c) Mejorar el servicio al cliente interno y externo, d) Integrar el cliente en la organización, e) Mejorar la imagen de la Administración, y f) Mejorar la gestión siendo más competitivos, entre otras¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁷⁹ Shewhart en R.W. Hoyer y Brooke B (2001). “Resumen revista Quality Progress”. Julio. American Society for Quality.

¹⁶⁸⁰ Genishi Tagushi en R.W. Hoyer y Brooke B (2001). “Resumen revista Quality Progress”. Julio. American Society for Quality.

¹⁶⁸¹ Chapman S. (2006), op. cit., p.8.

¹⁶⁸² Render y Heizer (2014), op. cit., p.209.

¹⁶⁸³ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p.53.

¹⁶⁸⁴ Deming en Hoyer y Brooke B (2001). “Resumen revista Quality Progress”. Julio. American Society for Quality; ver también en Schroeder Roger (2004), op. cit., pp.157-158.

¹⁶⁸⁵ Crosby Philip (1987), op. cit., índice primera parte, p.9.

¹⁶⁸⁶ Ver mayor detalle de tales ventajas en Senlle Andrés (1993). “Calidad total en los servicios y en la administración pública”. Gestión 2000.

Posterior a esta caracterización -que nos supone entender mejor cómo puede este concepto darnos un beneficio tangible a nuestra contratación-, también deberíamos incluir a ello su visión integral de aplicación en las organizaciones, lo cual nos lleva a referirnos a la *Calidad Total o Total Quality Management (TQM)*. Esta dimensión o nivel sobre cómo aplicar la calidad en un organismo cualquiera, incluido el público, nos revela que para mejorar la eficacia y rendimiento de nuestro aprovisionamiento debemos alinear y centrar todos los esfuerzos individuales de la institución, proporcionando así un marco dentro del cual se puede mejorar continuamente todo lo que se hace. Este trabajo no es un destino, sino un viaje permanente hacia la mejora continua¹⁶⁸⁷.

Como termina señalando la AEC, este concepto integral es la aplicación de los principios de la gestión de la calidad al conjunto de tareas y personas de una organización, y no sólo al desarrollo de un producto o servicio que se entrega al cliente¹⁶⁸⁸, involucrando según GUAJARDO GARZA, “*La participación de todos los trabajadores en la mejora continua de la calidad de todas las actividades que se realizan...*”¹⁶⁸⁹. Desde una visión aún más amplia, AEVAL expone que es la movilización permanente de todos los recursos para mejorar todos los aspectos de un organismo, la calidad de los bienes y servicios prestados, la satisfacción de sus grupos de interés, y su integración con el medio ambiente¹⁶⁹⁰. De esta manera, y como se puede concluir, todos estos aspectos enunciados y su fin particular tienen completamente cabida en la contratación pública presente; y más aún, vienen siendo un factor central si se desea mejorar lo que se hace.

2. HACIA LA CALIDAD Y CALIDAD TOTAL EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

A. Perspectiva de la calidad como referencia para lograr una mejor contratación pública

Hacia el quehacer gubernamental, la incidencia de la globalización, la sociedad digital, los medios de comunicación y las redes sociales han abierto los ojos de los ciudadanos a lo que es posible. Teniendo en cuenta sus experiencias con el sector comercial, quieren servicios que sean mejores, más rápidos, más baratos y, en muchos casos, desean más de sus administraciones públicas¹⁶⁹¹, lo que implica innegablemente anhelar un mayor nivel de calidad del que ellas brindan. Conforme destaca SINDE CANTORNA, “*Se reclaman instituciones públicas más centradas en los*

¹⁶⁸⁷ Mansir y Shacht (1989), p.1.

¹⁶⁸⁸ AEC (2017), op. cit. Recuperado el 25 de octubre de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/calidad-total>

¹⁶⁸⁹ Guajardo Garza (1996), op. cit., p.31.

¹⁶⁹⁰ AEVAL (2016), op. cit., p.89.

¹⁶⁹¹ Ibid, p.95.

ciudadanos como usuarios finales de sus servicios, con sistemas de gestión eficientes, medibles y modernos”¹⁶⁹², aspectos de la calidad que innegablemente debe garantizar hoy cualquier sistema de aprovisionamiento público.

Según fundamenta la OCDE, se espera que los gobiernos actuales ejecuten la contratación pública eficientemente y con altos estándares de calidad en la prestación de sus servicios, salvaguardando un interés público por sobre cualquier otro¹⁶⁹³. En virtud de ello, conviene entonces recordar que la calidad requerida en el sector público no debería ser distinta a la exigida a su contratación pública, entendiendo que esta última está estructuralmente formada por normativas, personas, procesos, sistemas, y recursos, existiendo la necesidad constitucional y social de gestionarse cada uno de estos elementos buscando su mayor retribución y valor en el tiempo, así como también obtener mayores niveles de calidad en sus resultados.

La importancia de este atributo para el entramado público como para su contratación, radica según K. ECHEBARRÍA en resaltarse como un instrumento base para la incorporación de mejoras en la gestión, destacando E. MARAGALL su fondo instrumental como un concepto útil para la transformación de las Administraciones¹⁶⁹⁴. Según indica RODRÍGUEZ GARRAZA, es importante ver la calidad como un proceso de gestión, planificación y prospectiva que sitúa a la administración pública como organización viva y adaptativa, que avanza en innovación y conocimiento, así como en materia de organización y recursos humanos que evalúa las políticas y estrategias, y que busca la excelencia en su gestión¹⁶⁹⁵. Adicionando NALDA GARCÍA que este atributo es el modelo adecuado para la mejora de los procesos, recalando que ésta junto a la eficiencia en la gestión y la administración adecuada de los recursos, son aspectos cada vez más demandados por los ciudadanos¹⁶⁹⁶.

Según sostiene el CLAD, una gestión pública de calidad tiene que estar inspirada en valores democráticos y, en tal sentido, constituirse en una garantía y protección de las libertades públicas consagradas a los ciudadanos. Está, debe constituir una cultura transformadora que impulsa a la administración pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y

¹⁶⁹² Sinde Cantorna (2018), op. cit., p.657.

¹⁶⁹³ OCDE (2017a), op. cit.

¹⁶⁹⁴ Echebarría y Maragall citados por Guerrero Cuadrado (2011), pp.41-42.

¹⁶⁹⁵ Rodríguez Garraza (2012), p.15.

¹⁶⁹⁶ Nalda García citada por Guerrero Cuadrado (2011), op. cit., pp.41-42. Entre algunos ejemplos de esta relevancia que le han atribuido a esta calidad los diferentes gobiernos en sus Administraciones, podemos mencionar a Estados Unidos con la creación del Instituto Federal de Calidad (Federal Quality Institute); en Francia y su Dirección General de Modernización y Calidad; en Suecia y su Instituto Nacional para el Perfeccionamiento de los funcionarios (SIPU); y destacamos a Corea del Sur, con su Oficina de Gestión de la calidad para la Contratación Pública; entre otras realidades (INAP, 2009, op. cit., pp.53-54).

expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos. Asimismo, una gestión pública de calidad implica el sometimiento de la Administración al Estado de Derecho, bajo cuya orientación se organiza y actúa con racionalidad y objetividad, contribuyendo el principio de legalidad a este atributo en la ordenación consciente de las competencias públicas atribuidas a los órganos y entes de la Administración, a través de normas jurídicas¹⁶⁹⁷.

De esta forma, para conseguir tales objetivos debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos, de acuerdo a metas preestablecidas alineadas con los fines y propósitos superiores de la administración pública, y de acuerdo a resultados cuantificables que tengan en cuenta el interés y las necesidades de la sociedad y no de unos pocos¹⁶⁹⁸. Como manifiesta el Ministerio para las Administraciones Públicas en España, *“La calidad, la eficiencia en la gestión y administración de los recursos públicos son exigencias cada vez más demandadas por el ciudadano”*, cobrando así sentido el concepto controvertido de “ciudadano-cliente”, y haciendo de esta manera más patente el objetivo estratégico de satisfacer a este ciudadano de forma más eficiente¹⁶⁹⁹, sin olvidar su eficacia.

Conforme en este sentido termina manifestando M. ACEBES, una Administración cuya función primordial no es sólo el ejercicio de potestades, sino el prestar servicios a los ciudadanos, no puede reformarse únicamente a través de leyes y otras normas que sustituyan unas estructuras jerarquizadas o unos procedimientos legales por otros, sino que exige un enfoque global del cambio cuyo foco final sea una nueva cultura organizacional que sitúe al usuario como su objetivo último¹⁷⁰⁰.

Es por todas estas razones, que la contratación pública presente debe dejar su enfoque tradicional y único, para pasar a entender que no logrará tal eficiencia, control y mejora sino comprende que la calidad proviene de la participación de los actores del sistema, y no sólo desde el poder adjudicador que la define parcial y a veces equivocadamente. Tal como se ha especificado y caracterizado este atributo a lo largo de este capítulo, la calidad de la contratación pública hoy en día es preguntar primero a quienes beneficia, y luego definirla según estos actores, para así finalmente medirla en el tiempo.

¹⁶⁹⁷ CLAD (2008), op. cit., pp.7-16.

¹⁶⁹⁸ Ibid.

¹⁶⁹⁹ Ministerio para las Administraciones Públicas (1992), op. cit., p.12

¹⁷⁰⁰ Martín Acebes en Ministerio para las Administraciones Públicas (1992), op. cit., p.85.

Este atributo ha sido recibido por numerosos países como un instrumento metodológico sobre el que apoyar los esfuerzos para la introducción de mejoras en su gestión pública¹⁷⁰¹, como así también en materia de contratos. El fortalecimiento de él, potenciado por el concepto de la “nueva gestión pública” y de posicionar ahora al ciudadano como cliente¹⁷⁰², está requiriendo una reflexión periódica sobre cómo las instituciones añaden valor, de cara a diseñar y desarrollar políticas que logren el desarrollo económico y social, lo cual implica según AEVAL, entre otras cosas: repensar el alcance de la Administración, rediseñar los procesos administrativos y centrarlos más en el usuario, invertir en la capacidad de los funcionarios públicos y de la sociedad civil, hacer un mejor uso de las TIC para satisfacer una "sociedad online", y por último, mejorar el clima para los negocios haciendo menos normas y más inteligentes¹⁷⁰³.

Así, este concepto como manifiesta MARTÍN MATEO, *“No puede ser impulsado únicamente por vía de autoridad. La nueva cultura necesaria sólo puede venir del autoconcienciamiento, de la colaboración de todos los implicados...”*. La dirección debe, pues, animar el cambio y la persistencia en el talante perfeccionista, aunque por vías distintas a las de coacción y a las de mecánica imposición de cotas de rendimiento con penalizaciones si no se consiguen. La cultura participativa es esencial para realizar este trabajo, además de un liderazgo de carácter socioinstitucional, no desprovisto de componentes carismáticos, que a todos los niveles proporcione impulsos motivadores y suministre los elementos identificadores de la organización¹⁷⁰⁴.

Conforme añade RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, es necesario en un mercado un clima de calidad en el ejercicio de todos los derechos fundamentales como función clave del Estado actual, donde *“El elemento central es la persona, por lo que el conjunto del derecho público no supone más que un ordenamiento al servicio del libre desarrollo de la personalidad...”*¹⁷⁰⁵. Agregando SENDÍN GARCÍA, que un nuevo estilo de proceder de las Administraciones es hacia una gestión como la realizada por las empresas privadas, la cual no tome como referencia al funcionario sino el interés del ciudadano, dejando de entender a este último como un “administrado” de las prestaciones recibidas, y pasar a considerarlo como usuario¹⁷⁰⁶.

En virtud de esto último, y como manifiesta GONZÁLEZ BARROSO, habría que incluir dos condiciones elementales para poner tal condición en práctica: aplicar el concepto de servicio, y la

¹⁷⁰¹ Koldo Echebarría en Ministerio para las Administraciones Públicas (1992), op. cit., pp.245-246.

¹⁷⁰² Ruiz y Cuellar (2013), p.3.

¹⁷⁰³ AEVAL (2016), op. cit., pp.21-22.

¹⁷⁰⁴ Martín Mateo (1994), op. cit., pp.13-18 y 27.

¹⁷⁰⁵ Rodríguez-Arana Muñoz (2007), p.190.

¹⁷⁰⁶ Sendín García (2003), p.172.

naturaleza pública de las organizaciones¹⁷⁰⁷, añadiendo de este mismo modo CARAZA CRISTÍN que la calidad del servicio público debería abarcar la Administración, funcionarios y ciudadanos, donde la eficiencia, eficacia, costes económicos y el espíritu del servidor al ciudadano son elementos intrínsecos para alcanzar esta condición¹⁷⁰⁸. A tal respecto, también es reseñable mencionar que si en este ejercicio por buscar tal atributo no la podemos conseguir como se requiere, deberíamos hacer como indican los “principios del servicio público en el Reino Unido”, y entregar una buena explicación o una correcta disculpa al ciudadano mientras se trabaja en mejorar este concepto¹⁷⁰⁹.

Rescatando de lo anterior el carácter relevante que se le atribuye al funcionario de la Administración en esta tarea, y según la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública:

“La calidad la construyen las personas, y el éxito de una Administración Pública depende del conocimiento, habilidades, creatividad innovadora, motivación y compromiso de sus autoridades, directivos y demás funcionarios públicos. Valorar a los funcionarios públicos, significa que la alta dirección se comprometa con su satisfacción, desarrollo y bienestar, estableciendo además prácticas laborales de alto rendimiento y flexibilidad para obtener resultados en un clima laboral adecuado”¹⁷¹⁰.

De este modo, se exige una alta cualificación de los directivos públicos, debiendo rendir cuentas y sometándose a un control de sus resultados. Asimismo, deben ser impulsores de esta calidad poniendo en marcha los procesos y sistemas que se requieran para tal propósito; y motivar a los sus funcionarios, apoyándolos, facultándolos y otorgándoles el reconocimiento merecido¹⁷¹¹.

Resulta por tanto, que la calidad que debemos lograr en un sistema de contratación pública - entendiéndolo que este sistema es un servicio, y a la vez, una función medular del aparato público-, tiene que además ser aquella compartida por todo el personal de la institución, la cual a través de la acción continua pueda obtener un producto o servicio de valor para el cliente-ciudadano¹⁷¹². De esta forma, y como expresan ZAPICO y MAYNE, lo relevante hoy es *“Centrase en los clientes de los servicios públicos, de contemplar a los ciudadanos como consumidores de los bienes y servicios que produce la Administración, y la necesidad de tratarlos como consumidores de productos del sector público”¹⁷¹³*. Añadiendo en este mismo sentido CARAZA CRISTÍN, que *“Los requisitos que se*

¹⁷⁰⁷ González Barroso (2009), pp.2-3.

¹⁷⁰⁸ Caraza Cristín (2016), op. cit., p.52.

¹⁷⁰⁹ INAP (1995), op. cit., p. 9.

¹⁷¹⁰ CLAD (2008), op. cit., p.7 y 16.

¹⁷¹¹ Ibid, pp.15-16.

¹⁷¹² Camarasa Casterá (2004), op. cit., pp.11-15.

¹⁷¹³ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.28.

determinen por la Administración como mínimos a la hora de prestar un servicio, han de estar en línea con las necesidades y expectativas de la ciudadanía... ”¹⁷¹⁴.

En la actualidad, se está comenzando a concebir al ciudadano no sólo como un mero receptor de productos y servicios del Estado, sino como un activo participante de ellos, fundamentando cada vez más sus exigencias en los derechos que le confiere la misma ley -por imperfecta que esta pueda ser-, y en darse cuenta que los aparatos públicos deben estar al servicio de ellos, entendiendo que en esta dinámica no hay sólo deberes que cumplir, sino también derechos que exigir.

Por último, y tras todo lo señalado, los entes contratantes -y como condición básica- deben saber satisfacer y gestionar las expectativas de los ciudadanos que atiende, reduciendo la diferencia que se pueda presentar entre la realidad del servicio que brindan y tales expectativas¹⁷¹⁵. Por tal motivo, deben disponer primero de los canales o vías adecuadas para obtener esta información sobre la calidad de los sistemas de adquisición; segundo, deben incorporar toda esta información a los pliegos de contratación respectivos; y tercero, tienen que controlar que efectivamente los requerimientos recibidos han llegado con esta cualidad. Por todo ello, resulta esencial volver a resaltar que la calidad de nuestro sistema de aprovisionamiento y sus resultados no se inventa, y no se crea sólo pensando o analizando un bien, sino básicamente, es un atributo que se debe preguntar a quienes beneficia y medir frecuentemente.

a) Entorno del sistema de contratación español

En esta perspectiva de la calidad vinculada al sistema de contratación español, RUIZ y CUELLAR señalan que durante la década de los ochenta, las administraciones públicas en el territorio hubieron de acometer su revalidación como instrumento útil para la resolución de los problemas propios de las sociedades complejas, por ello, fue necesario incorporar además de los criterios de eficacia en el cumplimiento de objetivos y eficiencia económica en la gestión de los recursos, la calidad en la prestación de los servicios de su titularidad. Estos factores, pasaron a ser legitimadores de la acción pública más allá del tradicional garantismo, iniciándose entonces el proceso de institucionalización de la gestión de calidad en el ámbito público en la década de los noventa, a consecuencia del programa modernizador impulsado en ese momento por el Ministerio de Administraciones Públicas creado en 1986¹⁷¹⁶.

¹⁷¹⁴ Caraza Cristín (2016), op. cit., p.51.

¹⁷¹⁵ Camarasa Casterá (2004), op. cit., p.14.

¹⁷¹⁶ Ibid, p.3.

A comienzos de la década de los noventa, la imagen del aparato estatal estaba notablemente desactualizada, cuestionándose las dimensiones de la calidad de los servicios que se prestaban desde las Administraciones por comparación con el notable avance experimentado en la gestión de ellos por el sector privado. Así, y en el caso de la Administración General del Estado, en 2004 se creó la Dirección General de Inspección, Evaluación y Calidad de los Servicios, que prefiguraba la posterior Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), creada a través del Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre. No obstante, sería la Ley de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos (Ley 28/2006 de 18 de Julio) la que daría lugar a un nuevo marco de actuación pública, caracterizado por la satisfacción de los niveles de calidad ajustados a las demandas de la sociedad, la responsabilidad de los gestores, y la fijación de objetivos concretos y evaluables¹⁷¹⁷.

En el ámbito de los contratos públicos, y aunque ciertamente el artículo 41 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE establece el “derecho a una buena Administración” -entendiendo que en esta disposición está indirectamente implícito el concepto de lograr una óptima calidad-, es la Directiva 24/2014 en su artículo 90 y desde una óptica legal que abarca a todos los Estados miembros, la que ha sostenido específicamente sobre este atributo que:

“Los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato. Adicionando, que para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, los Estados miembros deben estar autorizados a prohibir o restringir el uso sólo del precio o del coste para evaluar la oferta económicamente más ventajosa cuando lo estimen adecuado”.

Esta disposición es relevante de señalar para mostrar, que por un lado, los poderes adjudicadores pueden exigir un insumo de calidad a los proveedores desde las especificaciones o características técnicas, siendo por lo tanto, una condición mínima que el suministro, servicio u obra debe tener; y por otro, que puede ser solicitada a través de algún criterio de evaluación al cual se le asigne un puntaje determinado¹⁷¹⁸.

Por lo que respecta a la normativa nacional relacionada con esta materia, resulta destacable indicar que entre las disposiciones más relevantes que reconocen y favorecen la aplicación de este

¹⁷¹⁷ Ibid, p.5.

¹⁷¹⁸ Sobre el resto del articulado de esta Directiva, también se hace mención a la importancia de la contratación de servicios de calidad por parte de la Administración, sus normas de aseguramiento, así como también la calidad de la información recogida sobre procedimientos de compras, destacando la relevancia de la relación calidad-precio que debe existir en todo proceso de compra, y no actuar sólo por precio.

atributo en la contratación pública -donde se reconoce en algunas como principio y en otras como derecho del ciudadano-, encontramos aquellas tales como: Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado; Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, cuya creación fue autorizada por la disposición adicional primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos; Instrucción de 25 de julio de 2007 referente a las actuaciones de mejora de la calidad de los servicios públicos en el ámbito del Ministerio de Economía y Hacienda; Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y por último, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público¹⁷¹⁹, entre otras.

En relación a esta última normativa, en su preámbulo manifiesta que uno de sus dos grandes objetivos es *conseguir una mejor relación calidad-precio* de las compras (ver también en art. 145), estableciendo la obligación de que los órganos de contratación velen por que el diseño de los criterios de adjudicación permitan obtener obras, suministros y servicios de calidad. Así también, aludimos a su artículo 93 sobre “Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad”, que aunque no exige que el órgano público implemente ésta condición en sus procesos, si demanda ésta en los requerimientos hacia los proveedores¹⁷²⁰.

Sobre el resto de instrucciones, estándares e indicaciones de esta calidad que no son normativa vinculante, es necesario mencionar que todas ellas vienen a estar incorporadas -la mayoría de las

¹⁷¹⁹ En adición a todas estas normativas de carácter nacional mencionadas, y en segundo lugar, existen además otras iniciativas que han promovido esta calidad en la administración pública del país, nombrando por ejemplo: Publicación en 1989 por el Ministerio de Administraciones Públicas (MAP) de documento “Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado”, el cual más tarde fue parte del Primer Plan de Modernización que incluyó la exigencia de calidad en la Administración; en 1997, la Secretaría de Estado para la Administración Pública puso en marcha el programa de Ventanilla Única; en 1998 se creó la Fundación Valenciana de la Calidad (FVQ), que promueve la Cultura de la Calidad, la Excelencia y la Innovación; el año 2000 el Consejo de Ministros aprobó el “Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos”, el cual indicó 72 medidas destinadas a la modernización de la Administración española que se basaban en la calidad; Plan de calidad, innovación y modernización en las Administraciones Locales en al año 2005, por el Ministerio de Administraciones Públicas MAP y Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP); Ley Foral 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de Navarra; Aprobación de la Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas ratificada por la Conferencia Sectorial de Administración Pública celebrada el 16 de noviembre de 2009; La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la cual destaca en su Título V, Capítulo II, el derecho a una buena Administración y a unos servicios de calidad, exigiendo a los contratos de servicios públicos que se suscriban, contengan expresamente una referencia a este atributo; La Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de la Comunidad Autónoma de Galicia; y por último, entre otras, la guía de la Agencia de Evaluación y Calidad (AEVAL) llamada “Calidad de la Administración Pública. Una caja de herramientas para gestores”, en versión resumida del año 2016, del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

¹⁷²⁰ En la anterior Ley 30/2011 de contratos del Sector Público, esta calidad era solicitada tanto en la solvencia técnica (art. 76 a 79), acreditación de garantías de cumplimiento (art. 80), contenido de los proyectos (art. 123), clausulado del contrato (art.136), criterios de valoración de las ofertas (art. 150, 1), uso y conservación de la obra pública (art.247), y registro de contratos (art.333), principalmente.

veces- en normas de *soft law* (derecho suave o no vinculante), plasmadas en Resoluciones, Directrices, Circulares, Cartas de Servicios, Códigos de Conducta, Guías, entre otras. Tales instrucciones, pueden ser elaboradas en algunos casos por la propia institución; y en otros, por órganos de carácter nacional o internacional sin *potestas normandi*¹⁷²¹.

En base a todo lo mencionado -y al igual que podríamos inferir ocurre con la situación del control de la contratación pública en el territorio-, existe un ordenamiento jurídico en el país que permite obtener y beneficiarse de esta calidad tanto para su Administración como para su sistema de aprovisionamiento. Los cimientos para implementar este concepto no presentan una barrera legal, ni tampoco de índole presupuestaria (mayores recursos para aplicar esta condición), sino más bien, una de carácter político, organizacional y de gestión pública interna que debemos aprender a identificar y enfrentar.

En conclusión, y como sostiene CARAZA CRISTÍN, la positivización de los estándares y compromisos de calidad en normas *hard law* es una tarea que el legislador y la Administración han de abordar necesariamente, indicando que esto redundaría en una mayor transparencia, comprensión, confianza y seguridad para quienes las utilicen (usuarios del servicio)¹⁷²². De igual manera, también es necesario que estas disposiciones expresen “claramente” los medios, responsables y órganos que medirán tal atributo en el tiempo.

B. Calidad requerida en materia de contratos públicos ¿Quién la define?

Según advierte GONZÁLEZ BARROSO, hay que tener en cuenta algunas premisas sobre esta calidad antes de ser requerida en el aparato público, las cuales se enfocan centralmente en: que los ciudadanos cambian sus preferencias y necesidades en el marco de las transformaciones que se producen en el entorno social y tecnológico; que las relaciones administración-ciudadano son complejas, puesto que los servicios prestados se consolidan como derechos adquiridos, cuya prestación no mejora la opinión sobre el servicio pasado un determinado umbral; y por último, y muy importante, que la calidad del servicio percibido por el ciudadano estará en relación con la comparación entre lo que recibe y lo que espera recibir¹⁷²³. De esta forma, y como se infiere de lo señalado por CROSBY PHILIP, cuando se admiten estas premisas que inciden en los resultados de esta calidad -y existe un interés por mejorarla-, se puede llegar a obtener realmente ésta, añadiendo

¹⁷²¹ Caraza Cristín (2016), op. cit., p.347.

¹⁷²² Ibid, p.349.

¹⁷²³ González Barroso (2009), op. cit., p.6.

que para asegurar que se aplique, se debe *“Hacer que la gente haga mejor todas las cosas importantes que de cualquier forma tiene que hacer”*¹⁷²⁴.

En virtud de ello, resulta evidente entonces pensar que para hacer mejor las cosas importantes debo hacer participar a los actores importantes, entendiendo a la vez que esta calidad debe dejar de definirse totalmente desde el ente contratante, cuando este órgano sólo debe ser un “facilitador” para la obtención de ella. Como sostiene CROSBY PHILIP a este respecto, *“La calidad no puede ser lo que piensas”*¹⁷²⁵.

Con lo aludido, no se intenta dejar de lado lo que tienen que decir sobre este concepto el personal interno de la institución que solicita requerimientos, sino más bien, dar prioridad a una decisión que involucra activamente a quienes, finalmente, utilizarán lo comprado. Al presente, es habitual encontrar compras realizadas que reflejan bajo o nulo nivel de calidad con respecto al deseado por quienes las usarán, situación que ha ocurrido porque simplemente no se ha preguntado directamente a tales actores “antes” de definir y especificar el requerimiento respectivo.

Lo anterior, podríamos verlo mejor explicado en un ejemplo sobre la compra de sillas para una sala de conferencia o Aula Magna de una Universidad Pública. En este caso, se necesitan adquirir sillas que permitan tomar exámenes y/o realizar extensos cursos de post grados. Para ello, dentro de los aspectos de calidad que el área técnica de compras de la Universidad ha solicitado, se encuentran que estas sillas sean: (1) Resistentes, (2) De madera maciza y (3) Muy altas, para que así los asistentes pueden descansar sus pies en el aire al sentarse.

A simple vista, estos tres elementos -sólo como supuestos para este ejemplo- deberían mejorar la experiencia de comodidad y calidad de los usuarios a esta sala, en comparación a las sillas anteriores que no cumplían con estos requisitos. No obstante, que pasaría si se adquirieran tales sillas, y posteriormente se realizara una encuesta aleatoria a quienes acuden a esta aula y se les preguntara, por ejemplo, ¿Qué cualidades o características de calidad necesitan las sillas de la sala en cuestión?, y luego al tabular esta información y analizarla, la gran mayoría de los encuestados definiera como principales atributos: (1) Flexibilidad de la silla y que tenga movimiento, (2) Livianas y con un cojín lumbar que soporte varias horas sin deformarse, y (3) Bajas para apoyar los pies en el suelo.

¹⁷²⁴ Crosby Philip (1987), op. cit., p.10 y 20.

¹⁷²⁵ Ibid, índice primera parte.

Este simple pero real ejemplo, que como vemos muestra lo equivocado que podemos estar al definir nosotros mismos esta condición en los bienes que compramos, sólo quiere hacer reflexionar sobre la necesidad de preguntar previamente a los potenciales usuarios del bien o servicio, de modo que en base a esta información se pueda redactar correctamente el requisito que debería insertarse en el pliego o expediente de licitación correspondiente antes del llamado a ofertar.

Probablemente, se pueda pensar que no hay tiempo para ejecutar este trabajo, o que tendrá un coste importante, no obstante, lo que si tiene una muy alta probabilidad de ocurrir, es el hecho que estamos invirtiendo en algunos casos miles de euros en realizar compras para hospitales, colegios, servicios sociales, vías de transporte, construcción de carreteras, entre otros, y no estamos cumpliendo con la calidad que realmente demandan los ciudadanos (además de la eficacia), sino con la cual se “cree” que necesitan.

El efecto de lo anterior, seguirá adicionando una deficiente gestión de los caudales públicos, sumándose como otro de los factores que hace crecer esta displicencia de las sociedades con sus gobiernos, afectando directamente la legitimidad de ellos. Este caso expuesto lo podemos extrapolar a las miles de adquisiciones que realiza el Estado; y así, por consiguiente, ya podremos imaginar cuanto coste estamos pagando todos por este permanente error.

De este modo, y como hemos advertido, deberíamos entonces como ente contratante preguntar previa y directamente a quienes utilizarán el insumo adquirido, por ejemplo, ¿Qué calidad es la solicitada?, y luego de que ellos han utilizado el bien comprado, ¿Cumplió el insumo el nivel de calidad requerido?, además de no olvidar consultar, ¿Cómo podría mejorarse el nivel de calidad de lo comprado? Estas interrogantes las podemos fundar en lo indicado por GUERRERO CUADRADO, quien ha sostenido que en la administración pública -donde se prestan servicios no siempre demandados por los ciudadanos-, la percepción de la calidad del servicio tiene una especial importancia, debiendo entender que está debe nacer desde aquella *percibida por la ciudadanía*, considerando al ciudadano como ciudadano-cliente¹⁷²⁶.

Sumado a quién debe definir esta calidad, *también es necesario mencionar lo preciso que debemos ser al solicitarla, delimitándola objetivamente*. Entendiendo en qué parte o partes del sistema de contratación nos gustaría que existiera esta condición, es la única manera de poder obtenerla también concretamente de nuestro proceso en cuestión. Hay quienes siguen hablando de conseguir tal atributo de sus sistemas, sin saber si se están refiriendo a la calidad del marco

¹⁷²⁶ Guerrero Cuadrado (2011), op. cit., p.54.

legislativo, del ciclo interno y sus etapas, del recurso humano, de la estructura informática, o de los datos e información, entre otros aspectos. Este concepto es bastante subjetivo en su entendimiento, y puede llevar a malas decisiones si tenemos variadas percepciones de lo que se comprende de él y desde dónde se desea su beneficio, dirigiéndonos a utilizar -como hemos enfatizado- recursos estatales en lograr una calidad que no sólo no es la exigida, sino que tampoco es la porción o cantidad necesitada, afectando directamente a la eficacia de la compra.

Así, y a este último respecto, AEVAL ha sostenido que la confianza en los servicios públicos comienza por la apertura, lo que significa la voluntad de aceptar la retroalimentación, aunque sea crítica, y aprender de ello. Los sistemas de comentarios, sugerencias y quejas son fuentes valiosas de información para las administraciones públicas sobre la importancia y calidad de las prestaciones brindadas¹⁷²⁷, debiendo por ello ser potenciados y utilizados, estableciendo canales abiertos, gratuitos y fáciles para el ciudadano.

Cuando nuestra adquisición gubernamental alcance un nivel óptimo en términos de eficiencia, eficacia, transparencia y competencia, y esto sea percibido por la ciudadanía y empresas (proveedores), podríamos entonces decir como indica ISHIKAWA KAORU, que la contratación pública ha alcanzado un nivel maduro de calidad¹⁷²⁸. Por ello, debemos incorporar este atributo dentro de cada diseño y cada proceso organizacional, y no pensar que se puede crear sólo mediante la simple inspección¹⁷²⁹; impulsando a su vez los pilares para implementar un buen sistema de calidad, los cuales se basan en: un liderazgo de la dirección, mejora continua, y participación del personal¹⁷³⁰.

¹⁷²⁷ AEVAL (2016), op. cit., p.98.

¹⁷²⁸ Idea planteada por Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p.89. Interesante como ejemplo, es mencionar la contratación pública de Corea del Sur, quien a través de la creación de una Oficina de Gestión de la Calidad para sus adquisiciones gestiona la calidad de los bienes adquiridos. Con esta Oficina, la calidad de los bienes comprados aumentó significativamente, lo que provocó que la tasa de satisfacción del cliente o ciudadano aumentara de 78% en 2010, a 85% en 2014 (Public Procurement Service, 2014, “Annual Report. Republic of Korea”, pp.53-54).

¹⁷²⁹ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p.89.

¹⁷³⁰ Documento de la Diputación de Alicante (2011). “La gestión de la calidad. La calidad en la administración pública”. Departamento de Formación y Calidad, pp.3-4. Para lograr esa implicación del personal, es preciso confiar en él, conferirle un grado de autonomía amplio en relación con las actividades que realiza, incorporar sus aportaciones a los procesos de mejora, reconocerle públicamente, y promover su desarrollo profesional y personal (Ministerio de Administraciones Públicas, 2000, “Libro blanco para la mejora de los servicios públicos”. Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos, p.50).

C. Calidad total y doce acciones directas que podrían mejorar esta condición en los sistemas de aprovisionamiento público

Por lo que respecta a la noción de *calidad total* -que se cimienta en lo destacado en el punto A de este apartado-, relevante es dar a conocer primero el estudio que realizó la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, quien en una investigación que abarcó la estructura judicial de los países de la UE al año 2015, introdujo el sistema de gestión de la calidad total (TQM), adoptando la perspectiva del “cliente”, y esforzándose por la mejora continua en el servicio (juicios justos, imparciales y ágiles). En tal trabajo, este organismo señaló que dado que la calidad está en el punto de mira del observador, no hay que fijarse sólo en las mediciones, sino que también hay que consultar regularmente dentro de la Administración y con los clientes (profesionales del derecho, partes interesadas y público), usando técnicas tales como grupos de calidad, encuestas, paneles y cliente misterioso, estableciendo estándares o niveles (cartas de servicios) como puntos de referencia para las expectativas del usuario y para la rendición de cuentas¹⁷³¹.

Este caso, y su magnitud y cercanía con nuestro objeto de investigación, nos evidencia simplemente que si los sistemas judiciales en los países miembros están tendiendo a adoptar este modelo de calidad total y sus exigencias en su accionar, ¿Por qué entonces no podría hacer lo mismo la estructura judicial de la contratación pública y su gestión institucional interna?

Según advierte MARTÍN MATEO, la preocupación por esta calidad organizacional o total ha irrumpido con fuerza en el campo de la gestión, llevando a realizar profundos cambios e innovaciones con el fin de introducir un nuevo clima y un distinto talante en lo que respecta a las relaciones con los factores de producción¹⁷³². Como enfatizan HEIZER y RENDER, la TQM pone su foco en el compromiso de la Administración para dirigir continuamente a toda la institución hacia la excelencia en todos los aspectos de los productos y servicios que son importantes para los clientes/ciudadanos. Requiere un proceso infinito de mejora continua que comprende personas, equipo, proveedores, materiales y procedimientos. La base de esta filosofía, por lo tanto, es que cada aspecto de una operación puede ser mejorado. La meta final es la perfección, la cual nunca se alcanza pero siempre se busca¹⁷³³.

¹⁷³¹ AEVAL (2016), op. cit., p.136 y 145.

¹⁷³² Martín Mateo (1994), op. cit., p.7.

¹⁷³³ Heizer y Render (2014), op. cit., p.212.

¿Qué significa entonces en la práctica de la contratación pública la TQM? Esta extensión de la calidad a todos los espacios y actividades de las áreas de contratación, significa enfocarse, principalmente, en buscar la prevención de los defectos y satisfacción del ciudadano y proveedor, donde se minimicen paralelamente los costes para maximizar esta calidad a través de la participación de toda el área o unidad de adquisición correspondiente¹⁷³⁴. De esta forma, y para dar una respuesta aún más clara y operativa a esta interrogante -proponiendo con ello lineamientos sobre cómo implementar esta calidad en lo que sea atingente-, mencionaremos doce acciones comunes de este enfoque que pueden ser aplicadas a cualquier sistema de aprovisionamiento público que así lo desee:

“DOCE ACCIONES DIRECTAS QUE PODRÍAN MEJORAR LA TQM EN LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”	
1.	Liderazgo comprometido de las autoridades de la institución, del área de contratación, como de sus unidades internas
2.	Instauración de un proceso de adaptación al cambio para este nuevo concepto
3.	Comunicación efectiva de lo que significa TQM para el área de contratación y todo el organismo
4.	Dejar de depender de la inspección para lograr una calidad total
5.	Prescindir de adjudicar contratos sólo por el criterio del precio adicionando cuotas de calidad
6.	Relaciones más estrechas con los clientes (clientes internos en la institución como ciudadanía en general), y más estrechas con los proveedores
7.	Mayor capacitación de los funcionarios de la contratación pública sobre “servicio al ciudadano-cliente”
8.	Favorecer una organización o área de compras abierta (estructura horizontal y menos jerárquica en las relaciones)
9.	Potenciar el empoderamiento de los empleados (participación efectiva de los empleados en cómo obtener y controlar la calidad en esta materia)
10.	Mentalidad cero defectos o errores en el proceso o ciclo de compra en su conjunto
11.	Mejora continua de los procesos internos de contratación
12.	Dejar fuera el temor para avanzar. Comprender que la legislación vigente en esta materia es una guía que obliga, pero en ningún caso prohíbe mejorar

Tabla 26. Fuente. Adaptación del autor desde The W. Edwards Deming Institute (2016); y Thompson y Strickland (2004)¹⁷³⁵.

Tales acciones propuestas, serán siempre más exitosas cuando se traspasan estos esfuerzos a todos los empleados de la institución. Así, este trabajo entre todos que lleva a la calidad total, implica crear una cultura empeñada en mejorar continuamente el desempeño de cada tarea y actividad de la cadena de valor organizacional. Manifestando finalmente que nada es suficiente bueno, y que todos tienen la responsabilidad de participar en el mejoramiento continuo¹⁷³⁶.

Citando nuevamente a MARTÍN MATEO, la TQM como objetivo no es un programa a plazo fijo. Implica el cambio de mentalidad de los componentes de la organización y el reflejo permanente de estos hábitos en las tareas de producción de forma continua y a la vez incremental y perfeccionista. Reclama la formación permanente, la incorporación de nuevos o remozados sistemas de gestión, la receptividad hacia los progresos tecnológicos y la sustitución de los tradicionales mecanismos de control por una política de relaciones humanas integradora de la fuerza del trabajo. Indicando finalmente que las grandes barreras en su implementación redundan en grandes dificultades tanto estatutarias como sociológicas¹⁷³⁷.

¹⁷³⁴ Horngren et al (2006), op. cit., p.23.

¹⁷³⁵ The W. Edwards Deming Institute (2016). Además, citados por Render y Heizer (2014), op. cit., p.212, y Thompson y Strickland (2004), op. cit., p.397.

¹⁷³⁶ Thompson y Strickland (2004), op. cit., pp.396-397.

¹⁷³⁷ Martín Mateo (1994), op. cit., pp.13-14.

Los grandes desafíos en implantar este enfoque en materia de contratos -siendo según ZAPICO y MAYNE un concepto ahora frecuente en muchos servicios públicos¹⁷³⁸-, deben comenzar por estimular la conciencia de su importancia y valor añadido (cultura de calidad), realizar una formación y apoyarse entre redes sobre esta temática (benchmarking), y alentar su práctica a través del reconocimiento y recompensa¹⁷³⁹. Desde lo normativo, diremos que las actuales disposiciones sobre modernización del sector gubernamental -con sus exigencias de uso de nuevas tecnologías-, deberían buscar la forma de obligar al cumplimiento efectivo de procesos de contratación innovadores, los cuales operativamente, no podrán llevarse a cabo sin controlarlos, mejorarlos y garantizar su calidad.

Por último, no podemos olvidar que hacia el sector público, la calidad de su sistema político no es una variable independiente de la calidad de su Administración, sino que hay una vinculación directa entre ambas. De este modo, el cuestionamiento sobre el valor de lo público se percibe hoy por el buen o mal funcionamiento de las Administraciones y los servicios que estas prestan, siendo valorados se quiera o no por su calidad¹⁷⁴⁰. Por esta razón, sino implicamos a todos los funcionarios en la obtención de este beneficio, incluyendo una mayor voluntad política, no existirá este atributo como tal de manera total.

D. El control de la calidad en la contratación pública

Terminando con la caracterización de este concepto y su vinculación hacia nuestra materia de estudio, debemos adicionar finalmente el control de esta condición para garantizar que se está cumpliendo. Para ello, es muy necesario rodearse de herramientas y mecanismos de obtención de información que faculten el ir actualizando los nuevos atributos que los usuarios van demandando de los bienes, servicios y obras que el aparato público está adquiriendo. Esta vía, será la única para confirmar que se está obteniendo un verdadera calidad sobre lo comprado, y no una con carácter ambigua y subjetiva.

Conforme a lo indicado por la norma ISO 9000:2000, el control de calidad es una parte de la gestión de la calidad orientado al cumplimiento de los requisitos de esta condición¹⁷⁴¹. Según sostiene ISHIKAWA KAORU, y desde un prisma de organismo privado, el control de calidad es *“Desarrollar, diseñar, manufacturar y mantener un producto de calidad que sea el más económico, el más útil y siempre satisfactorio para el consumidor”*. Añadiendo que este control *“Es una*

¹⁷³⁸ Zapico y Mayne (2000), op. cit., p.27.

¹⁷³⁹ AEVAL (2016), op. cit., p.92.

¹⁷⁴⁰ AEVAL (2010), op. cit., p.17.

¹⁷⁴¹ Federación Española de Municipios y Provincias (2008), op. cit., p.49.

revolución del pensamiento en la gerencia”, siendo ellos los mayores responsables de ejecutar correctamente esta función¹⁷⁴². De esta manera, vemos que es la dirección o autoridades de la administración pública quienes deben liderar, ejecutar y persuadir de llevar a cabo sus procesos con la más alta calidad y a la vez dirigir este control, calidad que en conformidad a ISHIKAWA -y como hemos aseverado-, debe devenir de las necesidades de los clientes o ciudadanos, y no de intereses políticos, partidistas o privados¹⁷⁴³.

Tal control de la calidad en un sistema de contratación pública, debe ser de carácter preventivo y no sólo a posterior, ostentando una doble finalidad según se infiere de la AEC. Primero, debe permitir detectar los fallos del bien o insumo antes de entregarlo al ciudadano, pudiendo corregir si es necesario este nivel de calidad ofrecida. Y segundo, debe facultar -cuando forma parte de un proceso de mejora- a revelar las causas de los fallos para intentar evitarlos y conseguir que no se repitan¹⁷⁴⁴. Así, esta inspección se tiene que realizar con el objetivo de lograr una calidad que cumpla los requisitos de los ciudadanos, desarrollando un trabajo entre todos¹⁷⁴⁵.

Como se desprende de lo expresado por TALAVERA PLEGUEZUELOS, solamente por medio de medir y controlar este atributo, se puede ésta compararse con la planificada, y sobre ello, indicar posteriormente acciones correctoras¹⁷⁴⁶. Al nombrar a algunos de los diferentes modelos de medición existentes a este respecto, podemos mencionar, por ejemplo, al Premio Deming, Premio Malcom Baldrige, y Premio Europeo de Gestión de la Calidad de la EFQM (European Foundation for Quality Management)¹⁷⁴⁷. Al presente, todos estos modelos convergen en un denominador común: situar al ciudadano-cliente como foco de inicio y fin del servicio prestado.

Previamente a evaluar o controlar la calidad de un proceso como el de aprovisionamiento, debemos antes que todo gestionarlo. Esta gestión, según CROSBY PHILIP, es una forma sistemática de garantizar que las actividades se lleven a cabo en la forma en que fueron concebidas. Es una disciplina gerencial que se encarga de prevenir los problemas antes que éstos ocurran, a través de la creación de actitudes y controles preventivos¹⁷⁴⁸. De este modo, el control debe estar presente, acorde

¹⁷⁴² Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p. xiv y 55.

¹⁷⁴³ Ibid.

¹⁷⁴⁴ Ver mayor información en Asociación Española para la Calidad, AEC. Recuperado el 20 de diciembre de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/control-de-calidad>

¹⁷⁴⁵ Los japoneses desarrollaron una forma organizada de participación que llamaron “círculos de calidad”, la cual consistía en que un grupo de cinco a ocho trabajadores permanecía después del horario de trabajo para analizar los problemas de calidad y buscar su solución (Guajardo Garza Edmundo, 1996, “Administración de la calidad total”. México, p.28).

¹⁷⁴⁶ Talavera Pleguezuelos (1999), p.131.

¹⁷⁴⁷ Camarasa Casterá (2004), op. cit., p.13.

¹⁷⁴⁸ Crosby Philip (1987), op. cit., p.26.

a CAMARASA CASTERÁ, como una de las medidas para saber el desempeño de este sistema de gestión de calidad, realizando el seguimiento de la información relativa a la percepción del cliente, y debiendo determinar los métodos para obtener y utilizar dicha información¹⁷⁴⁹. Como podemos desprender de las palabras de este último autor, el ciudadano (cliente) es el único evaluador de este atributo, y él es quien determina, por tanto, el nivel de prestación de tal servicio.

En resumen, si deseamos comenzar a medir esta condición en nuestros sistemas de aprovisionamiento o en alguna de sus partes, deberíamos inicialmente preguntarnos, como ente contratante, ¿Está nuestra Administración realizando encuestas, estudios de opinión, focus group o aplicando otras herramientas para definir qué calidad es la que se debe requerir en las solicitudes de adquisiciones, para posteriormente monitorizar que se cumpla? Como antes hemos advertido al desarrollar el concepto de control en esta investigación, un control efectivo y útil se basa en la definición clara y fines del objeto a controlar, por ello, ¿Cómo pensamos controlar la calidad de la contratación pública actual si todavía no definimos este concepto correctamente?

Controlar la calidad es preocuparse por ella, reformulando y rediseñando normativas, procesos, procedimientos, sistemas informáticos y métodos de control. La inversión y establecimiento en áreas o departamentos de atención al ciudadano-cliente, al interior de los organismos de todo tipo, se han convertido en esenciales para lograr esta cualidad, entendiendo que si no se escucha a quienes usan y reciben los servicios o productos, se seguirá inventando una calidad que no tiene utilidad, y que en la contratación pública continuará ampliando la brecha entre la satisfacción real de los ciudadanos y proveedores, y lo que piensa la Administración y sus poderes adjudicadores.

Esto último, lo podemos ver de manifiesto -con carácter general- en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, la cual resalta la importancia en *“El desarrollo de procesos sistemáticos y organizados para obtener información a través de sugerencias, quejas y reclamos de los ciudadanos con respecto al servicio prestado, y la capacidad de escucha y de respuesta efectiva y eficaz...”*, agregando igualmente que los empleados públicos son el principal y más valioso capital con que cuenta la Administración Pública, y su experiencia y conocimiento es clave en la aportación a través de sugerencias para la mejora continua de este atributo¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁹ Camarasa Casterá (2004), op. cit., p.15.

¹⁷⁵⁰ CLAD (2008), op. cit., pp.23-24.

IV. HERRAMIENTAS BÁSICAS DE MEJORA DE LA GESTIÓN Y LA CALIDAD PARA EL “PROCESO INTERNO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”, IMPLEMENTADAS SIMPLIFICADAMENTE COMO REFUERZO AL CONTROL JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas, los órganos estatales deben responder a las expectativas de la ciudadanía, así como de los diferentes agentes sociales que reclaman no sólo unos servicios accesibles, sino también de calidad. Por ello, y según este documento, se requieren adoptar las medidas necesarias para la simplificación y la reducción de cargas administrativas, y la búsqueda de soluciones adecuadas en las tramitaciones respectivas. Este escenario, como advierte AEVAL, demanda en consecuencia la adopción de modelos de excelencia y herramientas como referencia para mejorar la gestión, estableciendo un lenguaje común orientado a la mejora continua¹⁷⁵¹.

No es hasta principio de los años noventa, cuando los sistemas y herramientas de gestión de la calidad implantados en el sector privado se comienzan a introducir en el sector público de los países de la UE -como estrategia de modernización de su gestión-, no obstante, sólo ha sido posible hablar de gestión de la calidad de forma homogénea hasta la primera década del siglo XXI¹⁷⁵².

En base a todo lo precisado y fundado en el transcurso de esta investigación, debemos volver a indicar que la contratación pública en España no puede seguir redundando en las mismas disfunciones y controles internos que no permiten abarcar todos los elementos claves que se deben medir y mejorar de este proceso de aprovisionamiento. Por tal razón, ésta debe complementarse y apoyarse en herramientas de gestión que refuercen el control jurídico y presupuestario que por tradición se implementan sobre los recursos que gestiona el Estado, comprendiendo que sin esta ayuda, seguirán existiendo los mismos bajos niveles de mejora y calidad en su sistema. Como sostiene CAMARASA CASTERÁ, la mejora de la calidad se debe valer de la utilización de métodos y herramientas para la identificación, análisis y resolución de problemas¹⁷⁵³.

De este modo, y entendiendo ahora la importancia de conseguir y garantizar esta condición en el tiempo, analizaremos las “siete herramientas” (método estadístico elemental) planteadas por

¹⁷⁵¹ AEVAL (2009), op. cit., p.8 y 11.

¹⁷⁵² Caraza Cristín (2016), op. cit., p.78.

¹⁷⁵³ Camarasa Casterá (2004), op. cit., p.13.

ISHIKAWA KAORU que se utilizan mundialmente para mejora de la gestión y obtener calidad en una organización, y las aplicaremos abreviadamente -en lo que sea atingente-, al “proceso interno o ciclo de contratación pública actual”¹⁷⁵⁴. Para realizar lo anterior, explicaremos brevemente el objetivo de cada uno de estos instrumentos, para seguidamente aplicarlos en base a un ejemplo práctico a nuestra materia de contratos.

Cada una de las herramientas que aquí expondremos, buscan evidenciar que es totalmente factible y beneficioso implementar instrumentos desde la gestión privada en la contratación pública, y que estos, pueden ser aplicados completamente o en parte al proceso de aprovisionamiento, según sea la necesidad y características propias del organismo. Según ISHIKAWA KAORU, hasta un 95% de los problemas de una organización se pueden resolver con estos métodos, indicando además la importancia de ellos para el análisis de procesos¹⁷⁵⁵.

Como es evidente, y así como hemos ido concluyendo en el transcurso de todo este estudio, cuando las autoridades públicas de los diferentes países democráticos se abran “aún más” a medir sus actuaciones, sin interponer barreras no entendidas por la sociedad, o en su defecto, cuando exista mayor presión social (control social) por evaluar las actuaciones públicas, estos instrumentos de mejora y obtención de mayores niveles de calidad tendrán una mejor cabida y uso en la contratación pública de hoy.

¹⁷⁵⁴ Ver otros detalles de estas herramientas en Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., pp.252-261.

¹⁷⁵⁵ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., pp.252-253 y 258.

A. CUADRO O DIAGRAMA DE PARETO

Esta primera herramienta, es una técnica simple que ayuda a concentrar los esfuerzos en los problemas que presentan el mayor potencial de mejora, al mostrar su frecuencia o tamaño relativo a través de un gráfico de barras descendente¹⁷⁵⁶. Es el principio de pocos vitales y muchos triviales¹⁷⁵⁷. Conforme a la Sociedad Americana para la Calidad, esta es una manera gráfica que representa visualmente que situaciones son más significativas o importantes dentro de una actividad¹⁷⁵⁸. Es un diagrama basado en la ley 80-20, en donde en el 20% de los factores o causas se concentran el 80% de los efectos o problemas¹⁷⁵⁹.

De esta manera, y en un ejercicio por implementar esta herramienta en el proceso de contratación propiamente tal, utilizaremos un ejemplo vinculado a los *reclamos de clientes o ciudadanos sobre un sistema de adquisición* -en la eventualidad que exista un procedimiento institucional que reciba, analice y gestione estos reclamos. Para ello, y según este caso, graficaremos en la siguiente figura 27 la cantidad de tales reclamos recibidos clasificándolos según las situaciones encontradas:

“CANTIDAD Y TIPOS DE RECLAMOS RECIBIDOS EN UN ÓRGANO PÚBLICO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

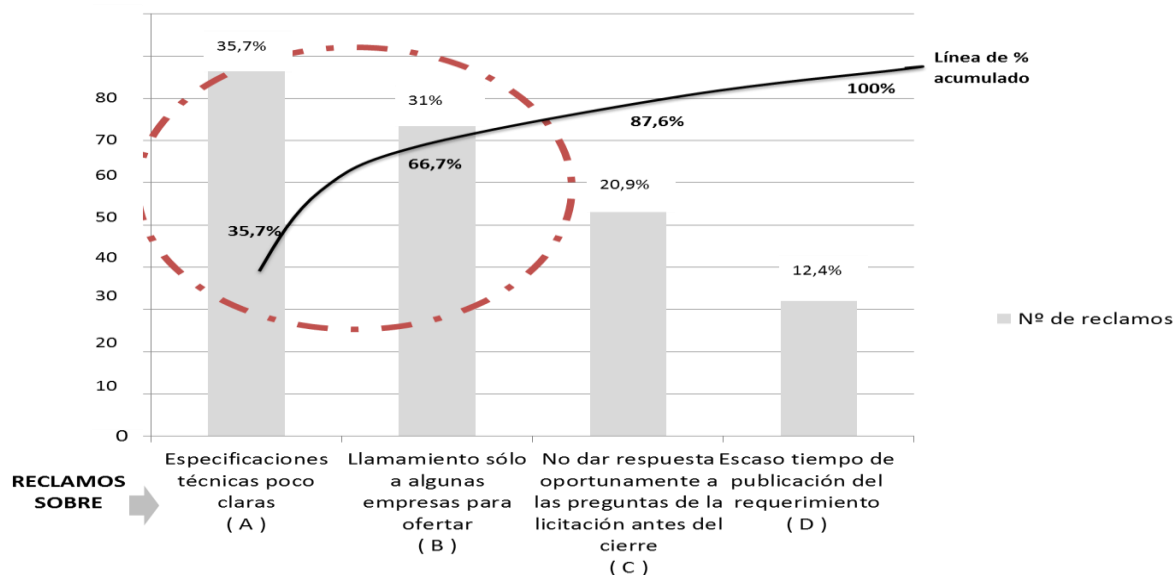


Figura 27. Fuente. Elaboración propia.

¹⁷⁵⁶ NHS (2010), op. cit., p.53

¹⁷⁵⁷ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p.252.

¹⁷⁵⁸ Ver en The Global Voice of Quality, ASQ. Recuperado el 21 de abril de 2017 en <http://asq.org/learn-about-quality/cause-analysis-tools/overview/pareto.html>

¹⁷⁵⁹ Apuntes Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales de la Universidad de Vigo, España. Recuperado el 21 de abril de 2017 en <http://gio.uvigo.es/asignaturas/gestioncalidad/GCal0405.DiagramaPareto.pdf>; Guajardo Garza (1996), op. cit., pp.165-167; NHS (2010), op. cit., p.53.

Desde la gráfica anterior, podemos apreciar que la cantidad mayor de “reclamos recibidos” están ubicados en las columnas formadas por las letras (A) y (B), representando ambos un valor acumulado de 66,7% del total de todos los reclamos (35,7% + 31%). Esta evidencia, nos manifiesta que si nos preocupáramos primeramente de las causas de los reclamos que representan a estos dos grandes bloques (A y B), tendríamos como resultado una disminución de casi dos tercios de los reclamos totales en contratación pública en nuestra institución, para así luego de saber dónde están la mayoría de ellos, poder proponer soluciones concretas que permitan disminuirlos o en el mejor de los casos eliminarlos.

Esta herramienta de mejora, básicamente busca clasificar y cuantificar los reclamos recibidos según el tipo de que trate, para luego de separarlos poder apreciar en qué grupos, áreas o sectores se repite más veces un patrón o conducta, y de este modo, poder concentrar los esfuerzos en combatir aquellas áreas que aglutinan los mayores casos, dejando en segundo lugar los reclamos que menos se repiten para tratarlos posteriormente.

B. DIAGRAMA CAUSA-EFECTO (O ESPINA DE PESCADO)

Esta segunda herramienta es un análisis que nos ayuda a considerar qué situaciones provocan los problemas, incluyendo sus motivos fundamentales (no sólo síntomas)¹⁷⁶⁰. Es un estudio que nos permite obtener un cuadro detallado y de fácil visualización de las diversas causas que pueden originar un determinado efecto¹⁷⁶¹.

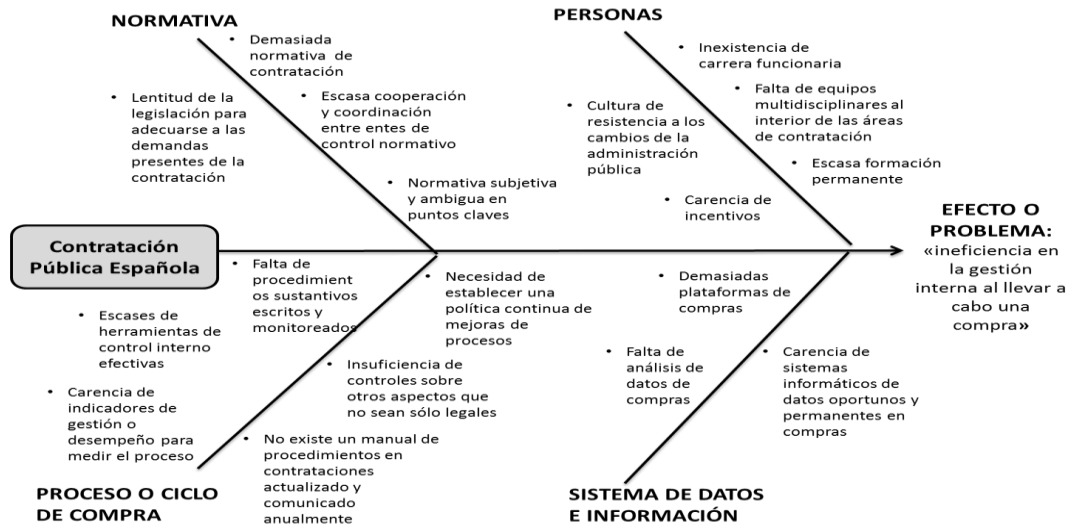
De esta forma, si tomáramos un problema en específico que afecta al proceso de contratación pública en España, como lo es la *ineficiencia en la gestión interna al llevar a cabo una compra* según sostiene la CNMC¹⁷⁶², tendríamos el siguiente diagrama causa-efecto sustentado en cuatro principales materias o temáticas:

¹⁷⁶⁰ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., pp.258-260, y NHS (2010), op. cit., p.44.

¹⁷⁶¹ Apuntes Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales de la Universidad de Vigo, España. Recuperado el 21 de abril de 2017 en <http://gio.uvigo.es/asignaturas/gestioncalidad/GCal0405.DiagramaCausaEfecto.pdf>; Ver mayor detalle y ejemplos en Schroeder R (2004), op. cit., pp.182-187, y Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., pp.75-77 y 252-253.

¹⁷⁶² Ver esta disfunción en específico, en CNMC (2015), op. cit., pp.20-27. Para mayor detalle de otras problemáticas en este país, ver punto III, 4 del Capítulo I de este estudio.

“DIAGRAMA CAUSA-EFECTO APLICADO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA”



Esquema 28. Fuente. Elaboración propia.

Conforme se advierte en tal esquema, las causas expuestas en las cuatro materias que son: normativa, personas, proceso o ciclo de compra, y sistemas de datos e información, están divididas especificando en cada una de ellas los motivos principales por los cuales se presenta el “efecto o problema” principal. Lo racional, luego de identificarlas a través de reuniones de trabajo en las áreas de compras respectivas, es instaurar planes de acción y metas claras a alcanzar para abordar cada una de ellas. De acuerdo a lo indicado por ISHIKAWA KAORU, el número de causas (factores causales) puede ser infinito, y sería imposible controlarlos todos, por ello, debemos elegir aquellos verdaderamente importantes¹⁷⁶³.

C. ESTRATIFICACIÓN

Esta actividad, es la clasificación de un grupo de datos en series de causas con características similares. Su propósito, es comprender qué está sucediendo en un proceso y así encontrar más fácilmente el motivo de mayor impacto en el mismo¹⁷⁶⁴. Esta herramienta, nos permite simplemente agrupar los datos o situaciones por partes, áreas, segmentos, secciones, etapas, etc., con la finalidad de poder apreciar qué está causando el problema, el cual no se puede identificar desde una mirada macro¹⁷⁶⁵.

¹⁷⁶³ Ishikawa Kaoru (1997), op. cit., p.78.

¹⁷⁶⁴ Guajardo Garza (1996), op. cit., pp.168-170.

¹⁷⁶⁵ Hacia la contratación pública, está lógica de agrupar los datos y priorizarlos, la podríamos implementar en cuatro pasos de la siguiente forma: 1) Definir el problema que afecta a nuestro sistema en cuestión, 2) Identificar las causas del problema, 3) Analizar tales causas y determinar prioridades de importancia de cada una de ellas, y por último, 4) Agrupar las causas más relevantes o que generan mayor impacto y establecer planes de acción para disminuirlas al máximo o eliminarlas.

En un ejemplo práctico de aplicación de este instrumento, podemos destacar desde el proceso interno de contratación el siguiente problema: *excesivas actividades (pasos) para realizar una compra*. Sobre esta dificultad, entonces, aplicaríamos la estratificación según el cuadro siguiente, dando en su paso 4 las propuestas de solución al problema aludido:

“PROCESO DE ESTRATIFICACIÓN SOBRE LAS EXCESIVAS ACTIVIDADES PARA REALIZAR UNA COMPRA”

PASO 1: IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	PASO 2: IDENTIFICACIÓN DE LAS POSIBLES CAUSAS	PASO 3: ANÁLISIS DE CAUSAS Y SU IMPORTANCIA ¿POR QUÉ EXISTEN EXCESIVOS PASOS?	PASO 4: PLANES DE ACCIÓN
“EXCESIVAS ACTIVIDADES PARA REALIZAR UNA COMPRA”.	CAUSA 1: Demasiados controles internos institucionales.	→	Porque hay excesivas firmas y timbres a solicitudes de compra.
	CAUSA 2: Inexistencia de control del proceso de compra y sus tiempos entre etapas.	→	Porque hay una falta de un procedimiento institucional escrito o mapa de procesos sobre las compras importantes en el organismo.
	CAUSA 3: Carencia de procedimientos internos documentados en compras.	→	Porque no existe un manual interno de contratación actualizado y comunicado a toda la institución.
			<p>Analizar y optimizar el proceso de compra estableciendo tareas claras, responsables, tiempos, límites y controles óptimos. Simplificar procesos.</p> <p>Contratación temporal de profesionales capacitados en levantamiento de proceso y subprocesos, para las compras más importantes (de mayor monto).</p> <p>Elaboración de un “manual de procedimientos de contratación” que sea validado por toda el área de compras, y por los diferentes departamentos requerientes.</p>

Tabla 29. Fuente. Elaboración propia.

La implementación de esta herramienta en el proceso de contratación pública, básicamente contempla los pasos de: identificar el problema, determinar sus posibles causas, preguntarse el por qué de tales causas, y finalmente, establecer planes de acción con tiempos y responsables para dar solución a cada una de estas causas.

D. HOJA DE VERIFICACIÓN O CHECKLIST

Una hoja de verificación es un formulario estándar que puede utilizarse para recopilar datos confiables de manera coherente. Tal trabajo, proporciona información que será de base para analizar las posibles disyuntivas que presente un proceso o una actividad. Esencialmente, se desarrolla en crear una lista de datos de los hechos en el tiempo, la cual sirve de registro validador. Estas hojas de verificación o chequeo, permiten saber si lo medido está de acuerdo con el estándar de conformidad¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁶ En la práctica, pueden crearse tantas listas de checklist como se requiera, no obstante, hay que tener en cuenta que la cantidad dependerá de que estas puedan registrarse ordenadamente, y gestionarse óptimamente por la institución.

En lo relativo a un proceso o ciclo de vida de una compra, esta simple lista de verificación podría aplicarse en la etapa de *recibo de un producto o suministro*, luego de haberse adjudicado, donde fundamentalmente se validaría que el insumo entregado por la empresa adjudicada esté en un 100% de acuerdo a lo solicitado en los pliegos de la licitación. Para tal ejercicio, se podría aplicar una hoja de verificación que contemple como mínimo, la siguiente información:

“HOJA DE VERIFICACIÓN PARA EL RECIBO CONFORME DE UN PRODUCTO O SUMINISTRO”

HOJA CHEQUEO DE RECIBO DE PRODUCTO O INSUMO		
I. Identificación del evaluador y quién entrega		Nº correlativo de lista de Chequeo:
A. Nombre del evaluador:		
B. Unidad/Departamento del evaluador:		
C. Cargo evaluador:		
D. Teléfono/anexo evaluador:		
E. Nombre empresa que despacha:	Nombre de quién entrega:	Teléfono:
II. Detalle de insumo recibido		
A. Nombre del producto chequeado según orden de compra:		
B. Cantidad (si el producto está formado por más de una pieza enumerarlas y describirlas):		
C. Nº de Orden de compra o factura (indicar cual de las mencionadas):		
D. Dirección y Unidad/Departamento donde fue recibido el insumo:		
E. ¿El insumo se ha recibido en el tiempo programado (SI/NO)? Si la respuesta es NO ¿Con cuántos días de atraso a llegado?		
F. ¿El insumo recibido cumple con la totalidad de los requerimientos solicitados en los pliegos de licitación ? Si la respuesta es NO, especifique que falta		
G. Incidencias u observaciones si las hubiere:		
Firma de evaluador:		

NOTA: Adjuntar una copia de esta lista de chequeo a la factura para el envío al área de pago correspondiente.

Tabla 30. Fuente. Elaboración propia.

El uso de este tipo de registro en las compras recibidas, permite no sólo documentar que lo comprado sea exactamente igual a lo inicialmente solicitado, sino también, poseer una prueba validadora que faculte ejercer un posterior control, y a su vez, definir responsabilidades si fuese el caso.

E. HISTOGRAMA

Un histograma es una herramienta que permite analizar información cuantitativa, y situarla en una gráfica de acuerdo a la cantidad (frecuencia) de sucesos repetitivos que ocurran por tipo de clasificación. Puede ayudar a determinar qué pruebas estadísticas se pueden aplicar, y entender dónde están los problemas. De este modo, con esta información podemos decidir dónde enfocar los esfuerzos y recursos para su mejora¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁷ NHS (2010), op. cit., p.57.

Una manera simple de aplicar esta herramienta a la contratación pública, podría ser a través del siguiente caso hipotético: *el plazo de recibo de un producto y/o servicio en la institución, luego de adjudicado al proveedor, debería ser de un máximo de cinco días corridos según pliegos de licitación. Luego, y analizando en la práctica los días de retraso que han tenido los productos y/o servicios recibidos (muestras) durante tres meses, se ha observado la siguiente información (la cual ha sido tratada conforme a los siguientes tres pasos):*

Paso 1. Tabular o registrar muestras

En este ejemplo, que viene siendo una estratificación simple, se han tabulado seis muestras de productos y/o servicios por mes -recibidos durante tres meses-, y su número de días de atraso como indica la tabla 31. Para ello, en la columna A, se han indicado cada una de las muestras por mes; y en la columna B, se han señalado los días de atraso de cada una de éstas.

“NÚMERO DE DÍAS DE ATRASO POR CADA MUESTRA EN UN PERÍODO DE TRES MESES”

Mes 1		Mes 2		Mes 3	
A	B	A	B	A	B
N° de muestras (productos y/o servicios recibidos)	N° de días de atrasos	N° de muestras (productos y/o servicios recibidos)	N° de días de atrasos	N° de muestras (productos y/o servicios recibidos)	N° de días de atrasos
Muestra 1	2	Muestra 1	7	Muestra 1	6
Muestra 2	6	Muestra 2	7	Muestra 2	3
Muestra 3	7	Muestra 3	4	Muestra 3	8
Muestra 4	0	Muestra 4	6	Muestra 4	2
Muestra 5	4	Muestra 5	8	Muestra 5	7
Muestra 6	6	Muestra 6	4	Muestra 6	0

Tabla 31. Fuente. Elaboración propia.

Paso 2. Definir recorrido de datos

Para determinar entre los valores límite en donde se concentrarán los datos analizados -que contempla tres meses-, debemos “restar el valor máximo de las muestras con el mínimo”, entonces:

DÍAS MÍNIMO DE ATRASO= 0

DÍAS MÁXIMO DE ATRASO= 8

POR LO TANTO: CÁLCULO= DMÁX - DMIN = 8 DÍAS.

Luego, si para este caso hemos definido una cantidad de cinco rangos equidistantes con diferencia de un día, tenemos los siguientes intervalos con sus frecuencias o repeticiones¹⁷⁶⁸:

¹⁷⁶⁸ Se pueden definir la cantidad de intervalos que se deseen, siempre y cuando sean equidistantes uno de otro.

“TABLA DE FRECUENCIAS O REPETICIONES DE ATRASOS”

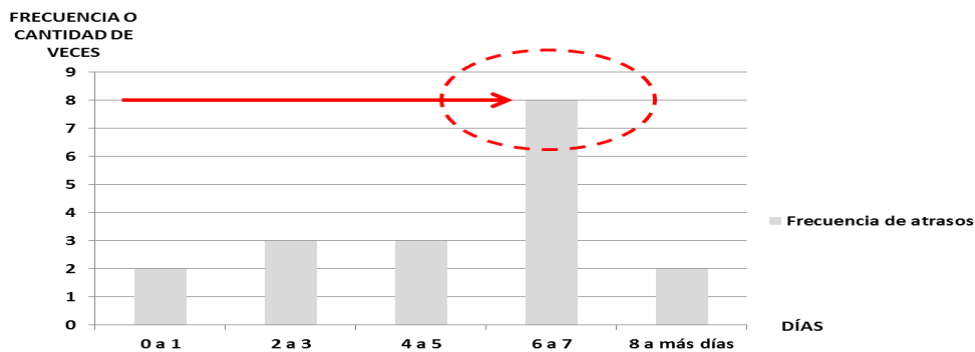
Intervalos	Valores límite en días	Frecuencias o repeticiones encontradas en tabla 6
1°	0 a 1	2
2°	2 a 3	3
3°	4 a 5	3
4°	6 a 7	8
5°	8 a más días	2

Tabla 32. Fuente. Elaboración propia.

Paso 3. Gráfica de frecuencias o histograma

Por último, y con los datos obtenidos desde la tabla anterior, seguidamente graficamos la “frecuencia o cantidad de veces que más se repite un intervalo de atrasos”.

“FRECUENCIA O RANGO DE ATRASOS POR DÍAS”



Gráfica 33. Fuente. Elaboración propia.

Si observamos la gráfica precedente, podemos apreciar que el rango de días que más se repite por atraso en la entrega de productos y/o servicios (más de 5 días corridos) -durante los tres meses analizados-, se ubica en el intervalo de “6 a 7 días”, siendo ocho veces su frecuencia. Lo anterior, además de mostrar un comportamiento asimétrico, nos refleja en definitiva, en qué rango de días de atraso debemos profundizar e investigar para saber el motivo del por qué existen tanto atrasos en las compras recibidas.

F. DIAGRAMA DE DISPERSIÓN

Este es un esquema que posibilita visualizar la relación o correlación entre dos grupos de datos. Ayuda a identificar la relación causa-efecto de dos variables y factores, es decir, cuánto depende una variable de otra. Cuanto más fuerte sea la relación sugerida, mayor será la probabilidad de que un cambio en una de las variables producirá un cambio en la otra.¹⁷⁶⁹. Según la AEC, este método es

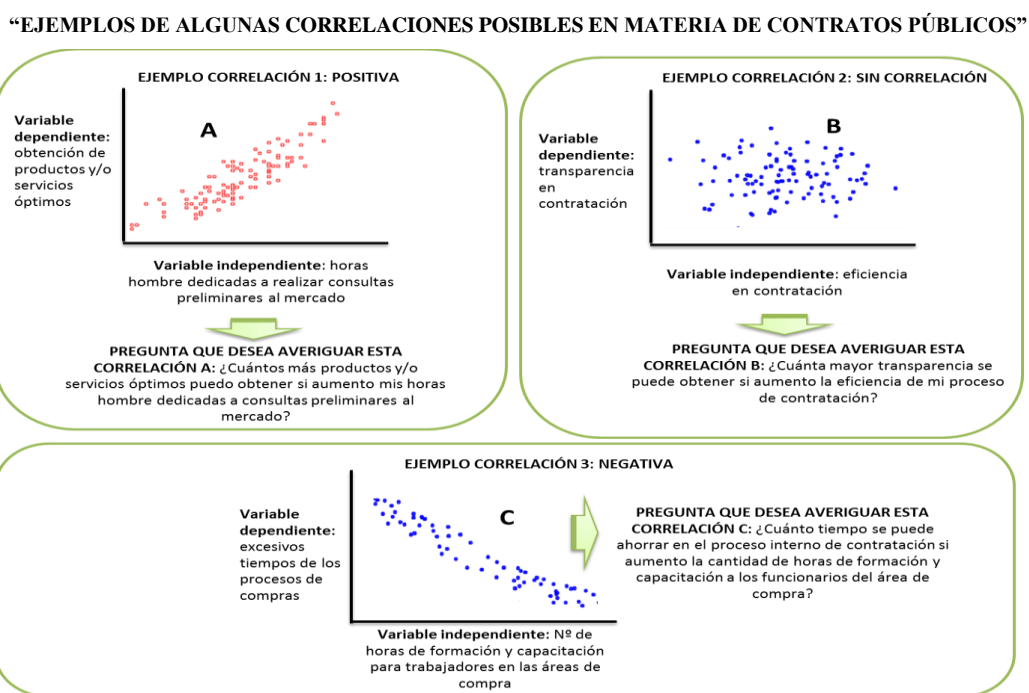
¹⁷⁶⁹ NHS (2010), op. cit., pp.62-64.

“Una representación gráfica de la variación conjunta de dos variables cuantitativas. Además, intenta establecer una causalidad entre ambas, aunque no puede probarla”¹⁷⁷⁰. De acuerdo a este organismo, los datos se muestran como un grupo de puntos con un valor respectivo, donde un grupo se ubica en el eje horizontal; y el otro en el eje vertical.

Al aplicar este diagrama a un proceso de contratación de una forma simplificada, podríamos por ejemplo, demostrar la dispersión o correlación relevante entre variables tales como:

- *Ejemplo 1:* excesivos tiempos de los procesos de compra v/s número de horas de formación y capacitación para trabajadores en las áreas de compra
- *Ejemplo 2:* horas hombre dedicadas a realizar consultas preliminares al mercado v/s obtención de producto y/o servicio óptimo.
- *Ejemplo 3:* procesos de compras ineficientes (altos costes económicos del ciclo interno de contratación) v/s cantidad de controles internos efectivos aplicados, etc.

Para llevar a la praxis de la contratación este método, podríamos visualizar en la gráfica 34 siguiente tres casos de correlaciones comunes incluyendo algunas de las variables antes aludidas. Para ello, asumiremos ciertas hipótesis de correlación que sólo servirán como explicación de lo que se puede hacer con este Diagrama de Dispersión.



Gráfica 34. Fuente. Elaboración propia.

¹⁷⁷⁰ AEC (2017). “Diagrama de dispersión”. Recuperado el 24 de abril de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/diagrama-de-dispersion>

En la correlación 1 (letra A), podemos apreciar una correlación o relación directa y positiva entre la obtención de productos y/o servicios óptimos, y la cantidad de horas hombre dedicadas a realizar consultas al mercado, es decir, según este ejemplo hipotético, *a medida que aumentemos las horas hombre en consultas al mercado, aumentarán también la obtención de productos y/o servicios óptimos en términos de eficiencia y eficacia, principalmente.*

En la correlación 2 (letra B), por su parte, podemos observar que no existe una correlación evidente entre las variables de transparencia y eficiencia, es decir, *el aumentar o disminuir cualquiera de ellas, no causará mayor efecto en la otra*¹⁷⁷¹. De este modo, tal resultado nos puede demostrar (como una hipótesis), que a mayor transparencia, no necesariamente obtengo mayor eficiencia en el uso de mis recursos, o viceversa.

Por último, en la correlación 3 (letra C), se muestra una correlación negativa entre los excesivos tiempos de los procesos de compras, y el número de horas de formación y capacitación para trabajadores en esta área, es decir, *si aumento las horas de formación de mis funcionarios, tendré una disminución de los tiempos internos excesivos en mi proceso de adquisición.*

Todas estas correlaciones estadísticas que se pueden analizar, por ejemplo, a través de algún software como el SPSS, pueden darnos gran claridad sobre cómo influyen algunas actividades o acciones públicas en los resultados de las compras públicas, para luego de ello, decidir con información concreta si seguir manteniendo el mismo plan, detenerlo, o elegir otra dirección.

Como se puede inferir, esta herramienta puede advertir muchas relaciones entre variables que pueden ser potenciadas, o en su defecto, intentar inhibirlas cuando causan un problema relevante en materia de aprovisionamiento, basándose sólo en precisar qué variable (dependiente) se subordina a la otra (independiente).

G. GRÁFICAS Y CUADROS DE CONTROL

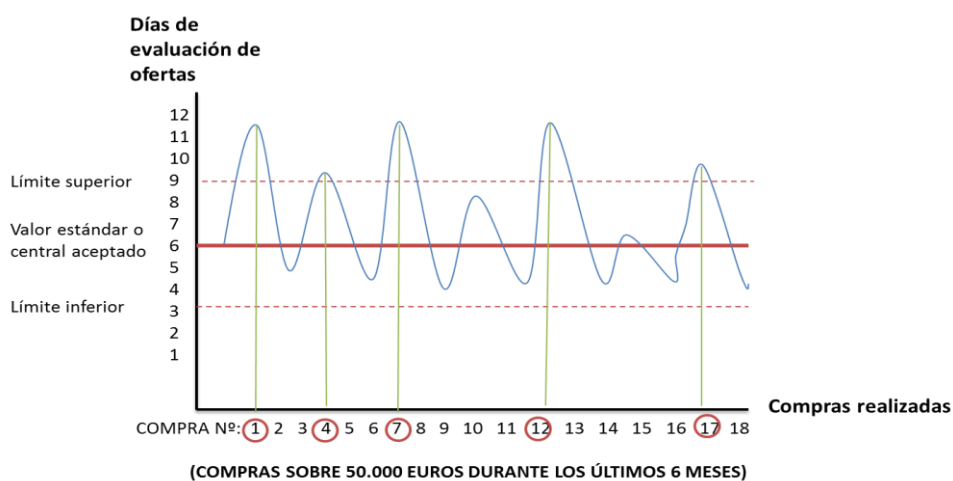
Por último, y dentro de estas siete herramientas planteadas por ISHIKAWA KAORU, mencionaremos una gráfica que identifica las anomalías o dificultades que se presentan en un proceso de producción, la cual determina un estándar o valor central, un límite superior, y un límite

¹⁷⁷¹ En la práctica de la contratación pública, esto lo podemos entender en un caso como el de simplificar los pasos entre etapa y etapa, ya que si mejoro (aumento) mi eficiencia en el proceso interno, no necesariamente mejorará mi transparencia.

inferior, buscando así estudiar cómo cambia un proceso con el tiempo¹⁷⁷². Este análisis, desea advertir que si tales anomalías están dentro de los límites superiores e inferiores, se entiende que el proceso está controlado; si existe algún punto fuera de estos límites, hay que buscar la causa de ello para que se vuelva a los límites de control. De esta manera, si se desea un sistema de aprovisionamiento más eficiente, se necesita reducir la variación o disfunciones inherentes que hacen que los parámetros se salgan de sus límites de control¹⁷⁷³.

Aunque este análisis de datos es utilizado mayormente para procesos industriales, podría también ser usado para evaluar nuestro proceso de contratación, e identificar en su ciclo de vida, valores por sobre o bajo lo aceptado. Un ejemplo de ello, lo podríamos aplicar en alguno de los siguientes casos: a) Tiempos (días) excesivos de evaluación de las ofertas, b) Multitud de reclamos de proveedores por una compra respectiva, c) Exceso de consultas por proveedores antes del cierre, d) Gran cantidad de sanciones y/o multas a proveedores, e) Demasiado tiempo (días) para pagar a un proveedor, etc. De lo mencionado, entonces, podríamos tomar el ejemplo a), y graficarlo de la forma siguiente:

“GRÁFICA DE CONTROL SOBRE LA CANTIDAD DE DÍAS EXCESIVOS DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS”



Gráfica 35. Fuente. Elaboración propia.

De la gráfica expuesta, podemos advertir que el promedio de tiempo que debe demorar una evaluación de las ofertas para compras sobre 50.000 euros, debe ser de 6 días (valor estándar o central aceptado), pudiéndose así apreciar, que el rango de tiempo utilizado para esta actividad ha sido de entre 5 y 11 días aproximadamente (extremos superiores e inferiores de la curva), existiendo cinco adquisiciones que han sobrepasado el límite superior tardando más de 9 días en ser evaluadas

¹⁷⁷²American Society for Quality (2017).“Control Chart”. Recuperado el 24 de abril de 2017 en <http://asq.org/learn-about-quality/data-collection-analysis-tools/overview/control-chart.html>

¹⁷⁷³ NHS (2010), op. cit., p.164.

(compra 1, 4, 7, 12 y 17). Resulta por tanto, que luego de identificar tales salidas de límites, el acto por consiguiente debería ser emprender acciones correctivas para eliminar las fuentes inusuales de tal variabilidad.

Esta herramienta, asimismo -y dentro de nuestro ámbito de contratación-, se puede utilizar además para: a) Controlar los procesos de compras en curso y corregir los problemas que ocurran, b) Predecir los resultados esperados de un proceso, c) Definir si un proceso es estable, d) Analizar patrones especiales del proceso, y e) Determinar si hay que hacer cambios específicos o sustanciales en el proceso de compra en general¹⁷⁷⁴.

Resumiendo, y como corolario sobre estas siete herramientas presentadas, hay que volver a subrayar que todas ellas son mecanismos para identificar ineficiencias, efectuar diagnósticos, y mejorar la gestión y calidad de cualquier proceso, las cuales pueden ayudar significativamente al refuerzo del control jurídico y presupuestario al facilitar datos oportunos y reales sobre lo que operativamente sucede. Así, tanto los gestores públicos como toda el área de contratación, deben conocer la filosofía y beneficios que estos instrumentos comunes a toda estructura organizacional proporcionan, entendiendo que su éxito finalmente dependerá de comprender su significado, involucrar a toda el área de contratación en su ejecución, y aún más relevante, utilizar la información que éstas proporcionan para corregir el camino trazado.

¹⁷⁷⁴ Montgomery Douglas (2004), p. 13.

V. METODOLOGÍAS O FILOSOFÍAS PARA LA MEJORA DE LA GESTIÓN Y CALIDAD DEL “SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, IMPLEMENTADAS SIMPLIFICADAMENTE COMO REFUERZO AL CONTROL JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN

Finalizando este capítulo III -y luego de describir ciertos instrumentos básicos de mejora organizacional aplicables a nuestro proceso de contratación pública-, adicionaremos a ellos como complemento importante “otras metodologías o filosofías que son también herramientas de trabajo”, las cuales se implementan desde una visión más global a todo el sistema de contratación en general, incluyendo al resto del organismo público. Tales métodos, que se suman a este reforzamiento del control jurídico, nos ayudarán a visualizar ahora todo el sistema y sus disfunciones de una forma más integral.

Independiente que algunas de estas metodologías que veremos a continuación se encasillen para realizar diagnósticos, operaciones, o seguimiento y control, todas ellas tienen un concepto común que es trabajar y buscar la satisfacción del cliente; o en el caso de nuestra contratación, satisfacer por medio de las compras realizadas al ciudadano. Si tuviésemos que resumir que nos aportan cada una de ellas, según HERNÁNDEZ y VIZÁN diríamos que:

“El secreto no está en el nombre de la filosofía sino en la actitud, persistente en el tiempo, de perseguir e implementar acciones de mejora y eliminación de actividades de valor añadido, con pleno apoyo de la dirección y de empleados, adaptadas a las circunstancias específicas de cada organización, para el incremento de la productividad, la reducción de plazos de entrega, el aumento de la calidad y la reducción de costes”¹⁷⁷⁵.

De esta forma -y buscando un objetivo similar al plasmado en las herramientas del punto anterior-, aplicaremos seguidamente seis metodologías o filosofías para mejorar la gestión y calidad del “sistema de contratación en su conjunto” como refuerzo necesario a este control jurídico. Para efectuar esta tarea, explicaremos primero conceptualmente cada una de ellas, para posteriormente aplicarlas a un ejemplo práctico y real de nuestra materia objeto de estudio¹⁷⁷⁶. Lo que se busca al describir tales filosofías e implementarlas en materia de contratos -elegidas por su popularidad y

¹⁷⁷⁵ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.15.

¹⁷⁷⁶ Además de estas seis herramientas a destacar para mejora de la gestión y calidad, debemos mencionar que también hay otras importantes tales como: modelo ISO 9000, Seis Sigma, SMED, SAP, Kanban, modelo CAF, modelo EVAM, JIT, JTW, KAIZEN, entre algunas otras.

éxito en las organizaciones¹⁷⁷⁷-, es adicionar a las herramientas básicas de gestión interna un cambio de paradigma necesario, el cual no sólo utilice instrumentos de mejora pertinentes, sino que sobre todo, cambie la forma de pensar, controlar y solucionar las contingencias que emanan de todo el sistema.

¹⁷⁷⁷ La elección de estas seis herramientas se basó, según apreciación del investigador, en ser aquellas de las más utilizadas por las organizaciones para mejorar su gestión y resultados.

A. MÉTODO LEAN

El método Lean es una técnica de mejora de la gestión y calidad que tiene su origen en el sistema de producción Just in Time (JIT) de los años 50, llevado a cabo por la empresa automovilística japonesa Toyota. Tal método, se ha extendido a muchos otros sectores de las empresas y diversos países, convirtiéndose al presente en uno de los mejores sistemas de mejora de la productividad asociada a la excelencia industrial¹⁷⁷⁸, siendo inmensamente popular en los años recientes para todo tipo de organizaciones y trabajos, incluso el sector público.

Esta técnica, se define como un sistema de controles utilizados para mejorar la calidad de productos y servicios, disminuyendo los residuos (errores o elementos que no aportan valor a la actividad). Se basa en utilizar menos recursos (espacio, inventario, trabajadores, etc.) que los usados por la producción normal, permitiendo hacer más con menos. Su objetivo primordial es evitar una actividad derrochadora o que no entregue valor, llamada también muda¹⁷⁷⁹. De acuerdo a investigaciones llevadas a cabo en los últimos años, se evidencia que hasta el 70% de las empresas manufactureras están usando algún tipo de Lean en sus operaciones de negocios¹⁷⁸⁰.

¿Cómo adaptamos e implementamos entonces este método a nuestra contratación pública? En la praxis, este instrumento se debería aplicar -sobre todo- en nuestros subprocesos principales de compras o mapa de procesos, en donde se requiere analizar qué recursos son los necesarios (ni más ni menos) para lograr una adquisición óptima en términos de eficiencia (recursos utilizados), y eficacia (objetivos de compra alcanzados). Para ello, deberíamos enfocarnos en reducir la mayor cantidad de desperdicios, desechos o mudas existentes en siete dimensiones presentes en toda organización, las cuales no estén entregando valor al proceso de contratación en cuestión.

¹⁷⁷⁸ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.6.

¹⁷⁷⁹ Carpenter et al (2012), op. cit., pp.659-662. Muda es un término japonés para una actividad derrochadora que no entrega valor. Para efectos de esta investigación, mencionaremos los más relevantes desechos, desperdicios o mudas que no entregan valor en un proceso de contratación pública.

¹⁷⁸⁰ Ibid, p.659. En España, según Hernández y Vizán (2013), el interés por el Lean Manufacturing está creciendo en el último tiempo, aunque todavía existe un gran desconocimiento, especialmente entre las pequeñas y medianas empresas. Los responsables de algunas organizaciones se muestran escépticos y consideran difícil poder generar ventajas duraderas a partir de la implantación Lean. Sin embargo, los numerosos éxitos de esta herramienta en España demuestran que se alcanzan siempre resultados muy positivos. En muchas ocasiones los problemas principales para su aplicación están relacionados con la falta de convicción de los directivos sobre sus ventajas, la resistencia al cambio y la ausencia de liderazgo. La implicación de la alta dirección y sus acciones de motivación y comunicación con todos los niveles de la empresa resultan fundamentales. Un hecho sobresaliente es que hay muchas empresas que están aplicando técnicas Lean sin ser plenamente conscientes de ello. Acciones relacionadas con mejora de tiempos, optimización de distribución en planta, organización de puestos de trabajo o aplicación de la calidad total son, en definitiva, acciones Lean. El problema - como sostienen estos autores-, es que se trata de iniciativas aisladas y no forman parte de una política consciente y asumida por todos los actores de la empresa dirigida hacia la mejora continua (Hernández y Vizán, 2013, op. cit., p.7).

Para tal efecto, y luego de analizar un sistema de compra pública en general, expondremos a continuación estas siete dimensiones aludidas que presentan desperdicios, enunciando las “actividades más comunes en materia de contratos que NO aportan valor y terminan afectando la eficiencia y eficacia del ciclo de compra”. Lo anterior, por consiguiente, nos mostrará cuáles de ellas debemos “evitar y/o eliminar” de nuestro proceso de adquisición vigente.

“MÉTODO LEAN Y DESPERDICIOS QUE DEBEMOS EVITAR Y/O ELIMINAR DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

TIPOS DE DESPERDICIO, DESECHO O MUDA, PROVENIENTES DESDE:	ACTIVIDADES MÁS COMUNES DE DESPERDICIOS, DESECHOS O MUDA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE DEBEMOS EVITAR O ELIMINAR ¹⁷⁸¹
<p>1. DEFECTOS: impiden que el cliente interno (funcionario de la institución) o ciudadano final acepte el producto/servicio.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar recibir el producto o servicio comprado en diferentes condiciones de lo solicitado (producto o servicio recibido sin cumplir con lo solicitado en los pliegos o incompleto). - Evitar atraso en la entrega de lo comprado cuando esto ya se ha adjudicado, o en su defecto, pagado.
<p>2. SOBREPDUCCIÓN: es la producción o adquisición de artículos antes que ellos sean realmente necesarios.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar la acumulación de productos en la institución (papelería, material de oficina, equipos computacionales, muebles, etc.). - Evitar adelantarse demasiado a comprar productos sin tener aprobado el presupuesto y autorización correspondientes.
<p>3. TRANSPORTE: es un coste sin valor añadido. Además, cada cierto tiempo un producto que se mueve se encuentra en riesgo de ser dañado, perdido, o retrasado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar solicitar un producto para un organismo central, si luego será enviado a un órgano provincial o local. A veces, ocurre que un organismo central compra algún producto o suministro el cual recibe, y posteriormente envía a una dependencia de su institución ubicada en alguna región o localidad, generando un coste extra a la compra original por transporte y/o servicio postal innecesario (se puede solicitar en los pliegos que el proveedor directamente lo entregue en la dirección que se necesite).
<p>4. ESPERA: se refiere tanto al tiempo que pasan los trabajadores aguardando a que los insumos lleguen, como las filas o esperas internas entre una actividad y otra.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Eliminar excesos de tiempo de una solicitud de compra en el escritorio de algún funcionario, esperando ser revisada o firmada. - Eliminar demoras en aprobación de los presupuestos cuando el requerimiento técnico ya ha sido validado. - Eliminar demasiados tiempos en evaluar las ofertas y adjudicar. - Eliminar excesiva normativa interna que atrase, sin motivo aparente, el proceso o ciclo de la compra (desechar disposiciones internas que produzcan exceso de controles, excesivas firmas, demasiado tiempo de análisis de documentos y ofertas, entre otras). - Evitar el pago tardío del producto o servicio solicitado y que por tal motivo atrase su entrega. - Evitar tardar demasiado tiempo en la firma del contrato luego de ser adjudicado.
<p>5. INVENTARIO: las materias primas, trabajos en curso o productos terminados, representa un desembolso de capital que no produce un ingreso para el productor o para el consumidor. Si cualquiera de estos tres elementos no se gestiona activamente para agregar valor es un desperdicio.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar inventarios no programados, descoordinados, y que utilizan espacios que pueden ser usados para otras actividades productivas. Los productos con mucho tiempo de estancia en un lugar se vencen, deterioran o van perdiendo su valor inicial. - Evitar mantener inventarios abultados o sobre stock. No comprar más cantidad de lo solicitado sin un argumento técnico previo.

¹⁷⁸¹ La eliminación de desperdicios, desechos, despilfarros o mudas pueden realizarse a través de tres pasos: 1) Reconocer el desperdicio y el valor añadido dentro de nuestros procesos; 2) Actuar para eliminar el desperdicio aplicando la técnica Lean más adecuada; y 3) Estandarizar el trabajo con mayor carga de valor añadido para, posteriormente, volver a iniciar el ciclo de mejora (Hernández y Vizán, 2013, op. cit., pp.21-22).

<p>6. MOVIMIENTO: se refiere a las acciones realizadas por el productor, trabajador, o equipo. El movimiento tiene importancia por el daño, desgaste y seguridad. También incluye los activos fijos y los gastos incurridos en los procesos de producción.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Evitar mover o trasladar demasiadas veces la compra realizada al interior del organismo. Lo ideal es que la compra sea recibida directamente por el área interna que la solicitó, quien deberá revisar y validar su recepción antes del pago. - Evitar ubicar físicamente unidades de pago, presupuestaria, jurídica, control o intervención, y de contratación, muy alejadas entre sí al interior del organismo público, produciendo con ello desplazamientos largos de sus funcionarios cuando es necesario reunirse o coordinarse entre ellas habitualmente.
<p>7. SOBREPESAMIENTO: se define como el uso de un método más costoso o un recurso más valioso que el necesario para la tarea.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Eliminar del proceso de contratación o ciclo de compra toda actividad o muda que no genere valor y produzca retrasos (controlar la eficiencia)¹⁷⁸². - Evitar comprar un producto o servicio con más características y cualidades que las solicitadas. No pocas veces se adquiere un bien que luego no se utiliza en todo su potencial. - Evitar designar, al interior del área de contratación, a profesionales de compras con más experiencia y formación para realizar compras simples y comunes; como asimismo, evitar designar a profesionales sin experiencia y escasa formación para realizar procesos de compra complejos o de grandes presupuestos.

Cuadro 36. Fuente. Adaptación del método Lean a la realidad general de la contratación pública basado en lo mencionado por Carpenter et al (2012).

La implicación de los funcionarios del área de contratación, como asimismo las otras unidades que solicitan requerimientos al interior del órgano público, es fundamental para poder implementar este método. Definir un responsable que lidere esta labor, así como la coordinación del trabajo en equipo, es esencial. Tanto estas actividades de desperdicio identificadas como cualquier otra según cada realidad institucional particular, pueden ya comenzar a ser evitadas o eliminadas, adecuando adicionalmente propuestas o alertas que impidan que tales desperdicios vuelvan a aparecer en el respectivo sistema.

En suma, y de manera transversal a todo este proceso de contratación, diremos también que la aplicación de este método exige además la puesta en práctica de cinco principios básicos que debemos seguir, en donde el cliente interno (institucional) y ciudadano es el inicio de todo. Tales principios adaptados a nuestra materia de estudio, serían por consiguiente: a) Definir el valor de nuestro proceso de contratación desde la perspectiva del cliente interno y ciudadano, b) Describir el flujo de valor para cada actividad importante, c) Crear un proceso en cada flujo de valor, d) Comprar en la institución a la velocidad de la demanda real de los clientes internos (unidades requirentes de productos, servicios u obras), y finalmente, e) Esforzarse para mejorar continuamente todas las actividades del ciclo de adquisición¹⁷⁸³. Adicionalmente, HERNÁNDEZ y VIZÁN sostienen que los pilares necesarios para implantar una cultura Lean como la expuesta, exigen: voluntad por parte de la Dirección, definir el líder adecuado, y conocimientos de las técnicas¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁸² Esta tarea se puede llevar a cabo dividiendo el ciclo de compra en las etapas o fases que el organismo público defina, para luego, por cada una de ellas, analizar las actividades, funciones, subprocesos, recursos, entre otros elementos, que están generando desperdicios, desechos o mudas. Posteriormente, hay que describir y escribir el “nuevo proceso” de contratación institucional.

¹⁷⁸³ Adaptado desde Carpenter et al (2012), op. cit., pp.663-664.

¹⁷⁸⁴ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.132.

B. POKA YOKE

La invitación que nos hace este otro método es disponernos a pensar “qué errores podrían ocurrir” en la actividad o servicio que estoy realizando, adelantándonos (situándonos en los zapatos del cliente interno o externo) a lo que puede venir en nuestra labor diaria, semanal o mensual, con el fin de evitar en lo posible errores repetitivos, y que ellos, no terminen por convertirse en todo nuestro trabajo cotidiano.

Esta filosofía de mejora proviene del japonés, y la composición de sus palabras significan: Poka, errores involuntarios; y Yokeru, evitar. Este método fue introducido por SHIGEO SHINGO en 1961, al trabajar como ingeniero de la corporación Toyota Motor, buscando por objetivo prevenir los errores y posteriores defectos originados en los procesos, hasta el punto que según este autor: “Defectos igual a cero es absolutamente posible”¹⁷⁸⁵.

Se busca, en esencia, eliminar el potencial error humano¹⁷⁸⁶. De este modo, tal herramienta no sólo controla, sino que permite realizar control y mejora al instante, lo cual la hace de una aplicabilidad muy práctica. El Poka Yoke funciona haciendo al menos una de estas tres acciones: prever errores, corregir errores, y notificar errores¹⁷⁸⁷. Puede ahorrar tiempo y liberar la mente del trabajador para las operaciones más creativas, aumentando su valor, ya que en cada etapa del ciclo de vida de un producto, en cada proceso y sus operaciones, existe la posibilidad de errores¹⁷⁸⁸. En consecuencia, estos errores producen defectos en los productos o servicios, los cuales aumentan los costes de la organización, dejando finalmente al cliente que recibe tal insumo descontento y decepcionado.

Hacia nuestro sistema de contratación propiamente tal, podríamos nombrar varios de estos errores aludidos que realiza el poder adjudicador y que continuamente se repiten, sin darles una solución definitiva. Entre algunos de ellos, podemos mencionar: explicar deficientemente (claramente) a los proveedores lo que se desea adquirir por parte del órgano público; solicitar más de una vez los mismos documentos legales y administrativos a los futuros proveedores; no definir con claridad en los pliegos de licitación un calendario de fechas en las cuales se llevarán a cabo las etapas de la compra (publicación, cierre, evaluación, adjudicación, firma de contrato y comienzo de

¹⁷⁸⁵ Shingo Shigeo (1986). “Zero Quality Control: source Inspection and the Poka-Yoke System”. Contraportada.

¹⁷⁸⁶ Página web Yale University. Recuperada el 15 de agosto de 2016 en <http://its.yale.edu/news/process-improvement-tip-do-poka-yoke-nix-errors>.

¹⁷⁸⁷ Ibid.

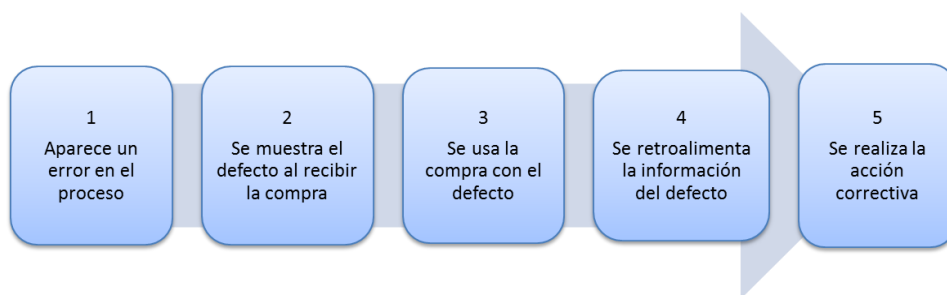
¹⁷⁸⁸ Dudek-Burlikowska y Szewieczek (2009), p.97.

ejecución del servicio, entre otras); no poseer una página web institucional fácil de usar (website user-friendly)¹⁷⁸⁹ que permita explicar por sí sola los campos que debe rellenar el oferente -cuando este utiliza la contratación electrónica; no precisar en los pliegos de la licitación con quién o quiénes (área o unidad) se debe contactar el oferente para consultas, inquietudes o reclamaciones; no respetar por parte de las Administraciones las fechas y plazos propuestos en los pliegos y bases de licitación; no adjuntar con nitidez y de forma completa al proceso de compra, por parte del poder adjudicador, las evaluaciones finalizadas incluyendo “todos” los documentos que generó esta etapa¹⁷⁹⁰; entre otros.

Resulta por tanto, que el primer paso para implementar esta filosofía en materia de contratos debería empezar por preguntarnos ¿Cuántos tipos y cantidad de estos defectos o errores estamos dispuestos a aceptar en nuestras adquisiciones? Es claro que por más que luchemos por evitar ciertos tipos de fallos, estos probablemente siempre seguirán estando presentes. Sin embargo, “sí” podemos reducir la cantidad de ellos, estableciendo una meta real y de mejora sobre qué cuantía de defectos aceptaremos, y proyectar así algún plan cuantificable que nos permita avanzar en la reducción o eliminación de estos. El Poka Yoke no es sólo una herramienta de buena gestión y calidad para las organizaciones, sino que es una “forma o procedimiento continuo” de llevar a cabo un trabajo¹⁷⁹¹.

Si comparamos ahora nuestro proceso de contratación pública actual (letra A), con uno al cual le aplicáramos este método Poka Yoke (letra B), tendríamos como ejemplo el siguiente esquema de la figura 37.

A. PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SIN POKA YOKE



¹⁷⁸⁹ La usabilidad o experiencia en el uso de una web es el arte de hacer un sitio web simple, amistoso y fácil de usar. Este elemento puede afectar de gran manera a los servicios públicos entregados por internet, los cuales pueden disminuir su uso de parte de los usuarios por presentar barreras propias del diseño, lenguaje y estructura de esta web. Ver más información en <https://www.intechnic.com/blog/what-makes-a-website-user-friendly/>.

¹⁷⁹⁰ Tales errores han sido obtenidos desde la investigación en curso.

¹⁷⁹¹ A manera de ejemplo, ver caso de empresa de comida empaquetada donde se ha aplicado este concepto: <http://www.foodnewlatam.com/empresas/22-cereales-panaderia/3161-la-mejora-del-proceso-de-codificaci%C3%B3n-puede-optimizar-la-productividad-en-la-fabricaci%C3%B3n-de-productos-horneados.html>

B. PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA CON POKA YOKE

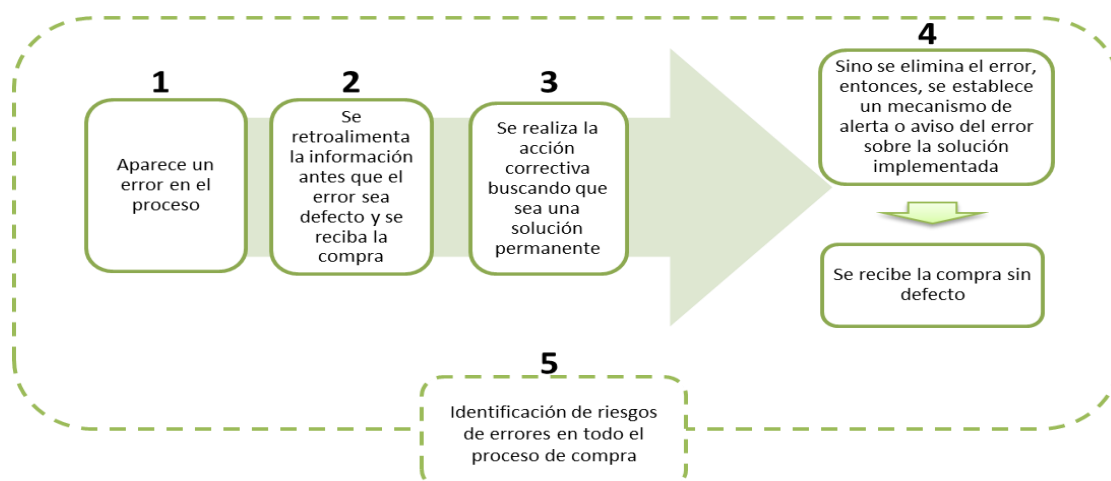


Figura 37: A y B. Fuente. Elaboración propia.

Lo que debemos destacar, como se aprecia en la letra B, es la retroalimentación de la información (paso 2) sobre la existencia de un error antes que el producto o servicio sea entregado, o llegue a su destino final, con lo cual este fallo se puede corregir o eliminar para que no se convierta en un defecto de la compra que usará la institución, o la que pueda llegar directamente al ciudadano. Posteriormente, si no fuese posible eliminar el error (paso 4), deberíamos implantar algún tipo de mecanismo de alerta o alarma que sirva de notificación cuando éste vuelva a aparecer.

En relación a la identificación de “riesgos de errores en todo el proceso” (paso 5 de la letra B), debemos mencionar que esta tarea requiere ser permanente y previa a cualquier tipo de control. Lo primero para desarrollar esta actividad, es que nuestro órgano público pueda visualizar y describir de forma completa el proceso de compra institucional; posteriormente, se identifiquen los “posibles riesgos” y su gravedad; para finalmente, priorizarlos y establecer medidas concretas para eliminarlos.

En síntesis, debemos por consiguiente considerar los siguientes pasos para implementar esta herramienta en nuestra materia de aprovisionamiento: *a) Detectar el error antes que llegue a convertirse en un defecto*. Para el caso de las compras del Estado, es necesario identificarse antes que llegue a recibirse conforme el producto/servicio contratado; *b) Eliminar el error desde la raíz, evitando que se vuelva a repetir*. Si ocurre un error en el proceso de compra en alguna otra unidad distinta a la de adquisición ¿Por qué no puedo desplazarme a esta unidad y analizar el error en el lugar con sus responsables y buscar entre todos una solución para que no vuelva a repetirse?; y por último, *c) Analizar el proceso completo de contratación pública explorando las áreas o partes que*

puedan tener algún riesgo de error (clasificando por ejemplo tales riesgos en: altos, medios o bajos), para posteriormente, instaurar controles y alertas sobre todo para aquellos riesgos altos y medios¹⁷⁹².

C. MÉTODO DE LAS 5S

Durante más de un siglo, los administradores o gestores han usado la “limpieza” para poseer un sitio de trabajo pulcro, ordenado, eficiente y como un medio para reducir el desperdicio. Los administradores de operaciones han embellecido esta limpieza, para incluir en ella una lista de verificación que ahora se conoce como las 5S¹⁷⁹³. Esta simple técnica, es utilizada para la mejora de las condiciones del trabajo a través de una excelente organización y orden. Ayuda a cada área, unidad o departamento a crear y mantener un espacio de trabajo organizado y apto para el alto rendimiento¹⁷⁹⁴.

El acrónimo de esta técnica corresponde a las iniciales en japonés de las cinco palabras que definen las herramientas, y cuya fonética empieza por “S”: Seiri, Seiton, Seiso, Seiketsu y Shitsuke, que significan respectivamente: eliminar lo innecesario (separar), ordenar (simplificar), limpiar e inspeccionar, estandarizar, y crear hábito (sostener)¹⁷⁹⁵. En años recientes, se ha adicionado una sexta “S” que ha sido la seguridad en el trabajo, es decir, identificar y prevenir condiciones inseguras en la labor diaria¹⁷⁹⁶.

La técnica de las 5S se aplica en todo el mundo con excelentes resultados por su sencillez y efectividad. Produce efectos tangibles y cuantificables para todos, con gran componente visual y de alto impacto en un corto tiempo¹⁷⁹⁷. Es una forma indirecta de que el personal perciba la importancia de las cosas pequeñas, de que su entorno depende de él mismo, que la calidad empieza por cosas muy inmediatas, de manera que se logra una actitud positiva ante el puesto de trabajo. Un ejemplo de quienes usan esta técnica habitualmente, son las cadenas de hamburguesas, el sector de fabricación de automóviles, las cadenas de manufacturas en general, industria metalúrgica, entre varias otras.

¹⁷⁹² Para mayor detalle sobre esta herramienta me remito a mi trabajo publicado en Revista de Auditoría Pública en España (2016). “Herramienta de control y mejora: aplicación de Poka Yoke al proceso de contratación pública”. ASOCEX.

¹⁷⁹³ Render y Heizer (2014), op. cit., pp.626-627.

¹⁷⁹⁴ NHS (2010), op. cit., p.132.

¹⁷⁹⁵ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.34 y 36.

¹⁷⁹⁶ NHS (2010), op. cit., p.132.

¹⁷⁹⁷ Entre otros resultados y beneficios están: producir menos defectos en los procesos, garantizar los plazos, mejorar la calidad, reducir los tiempos, motivar su aplicación constante por ser una herramienta muy simple, etc.

Al proponer una aplicación sencilla de esta técnica a nuestro aprovisionamiento público -cuyo desarrollo implica la asignación de recursos, la adaptación de la cultura de la institución y la consideración de aspectos humanos¹⁷⁹⁸-, podríamos entonces observar los siguientes cinco pasos:

Paso 1. Separar y/o segregar. Mantener lo que es necesario y quitar todo lo demás del área de trabajo; cuando haya duda, desecharlo. Identificar los elementos sin valor y eliminarlos. Al deshacerse de estos elementos se obtiene espacio disponible y, por lo general, se mejora el flujo de trabajo al tener acceso más rápido a cosas importantes disminuyendo el estrés cuando hay períodos de trabajo fuerte.

Este paso, podría aplicarse en el ciclo de adquisición en la etapa de “preparación o inicio de la licitación” (definición de requerimiento). En tal caso, se deberían definir cuáles son los documentos y anexos indispensables y necesarios para la tramitación del procedimiento de compra, acompañando el expediente “sólo” con aquellos imprescindibles para su revisión y aprobación posterior (solicitud de compra, documento técnico de la compra si fuese necesario, certificación presupuestaria, y cotizaciones). Si visualizáramos desde una mirada macro todo el proceso de contratación, este paso también podría implementarse realizando un análisis de los sub procesos de compra, para así separar (quitar) de ellos todo aquello que genere excesos de tiempos y costes e ineficiencias.

Paso 2. Simplificar, ordenar u organizar. Consiste en organizar los elementos clasificados como necesarios, de manera que se encuentren con facilidad, definiendo su lugar de ubicación para facilitar su búsqueda y el retorno a su posición inicial. Según indica HERNÁNDEZ y VIZÁN, “*Un lugar para cada cosa y cada cosa en su lugar*”¹⁷⁹⁹. Etiquetar y señalar claramente para facilitar el uso de las herramientas sólo cuando es necesario. Disponer un lugar de trabajo fácil y simple.

En materia de contratos, esta simplificación se puede implementar en la etapa de “recibo conforme de la compra”. Lo anterior, creando carpetas (archivos) en el escritorio del ordenador en donde se registre la información de la compra ya finalizada, clasificándola, por ejemplo, según rubro de la empresa, objetivo de la adquisición, año de la compra, montos, tipo de requerimiento, duración de la compra, etc. Tales registros, permitirán acceder a ellos de manera rápida, estando etiquetados para su simple visualización.

¹⁷⁹⁸ Hernández y Vizán (2013), op. cit., p.37.

¹⁷⁹⁹ Ibid.

Paso 3. Limpiar y/o barrer. Reside en limpiar a diario, eliminando del área de trabajo todas las formas de suciedad, contaminación y desorden. En nuestro proceso de compra, podríamos implementar este paso de forma transversal a todo el ciclo de contratación, limpiando del escritorio del ordenador (equipo informático) toda carpeta y/o archivos adjuntos que no sean parte de la compra respectiva, dejando así sólo los documentos necesarios. De igual manera, en los archiveros en papel sólo dejar aquello referente a la compra, teniendo la información clasificada al menos por: año, meses, número de orden de compra o factura, nombre de proveedor, tipos de compra, entre otras.

Igualmente, en este paso deberíamos preguntarnos ¿Qué nos demora más tiempo en realizar? y ¿Qué nos cuesta más conseguir o validar? Las respuestas a tales interrogantes nos dirán, por lo tanto, la limpieza necesaria que requerimos hacer para reducir cualquier exceso que nos cause barreras al respecto.

Paso 4. Estandarizar o mantener. Esta tarea, está referida a normalizar lo que habitualmente contribuye a mejorar el trabajo. En este paso, una buena práctica es elaborar un procedimiento documentado para estandarizar ciertas buenas prácticas (que han mejorado el rendimiento de trabajo), las cuales se han dado en el tiempo, y que todavía no están institucionalizadas para que todos las realicen. Los buenos estándares, hacen que lo normal resulte obvio.

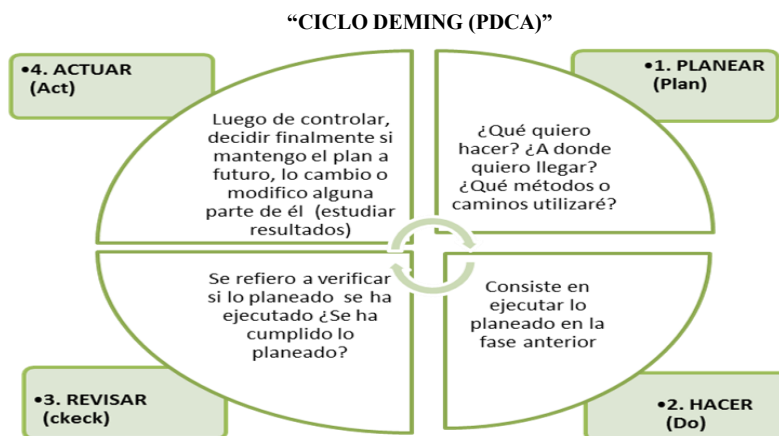
En un proceso de adquisición, y en su etapa de “seguimiento de la compra” luego de ser adjudicada, se podría implementar esta acción al estandarizar las acciones exitosas de seguimiento que deberían realizarse para comprobar que la compra respectiva ha cumplido con lo solicitado, sobre todo referente a contratos de servicios y obras. La tarea final en esta estandarización, debería dirigirse a documentar un “procedimiento actualizado” con los cambios realizados, y comunicarlo a todo el organismo.

Paso 5. Sostener y/o autodisciplina. Por último, el paso final de este método es revisar periódicamente las prácticas y actividades de un proceso determinado -en nuestro caso el ciclo de contratación pública-, para reconocer esfuerzos y motivar el sostenimiento del progreso. En materia de contratos, este paso podría implementarse en la etapa final de “retroalimentación de información de la contratación”, en la cual específicamente se deberían realizar las siguientes acciones: a) Revisar la información de las compras realizadas y capacitar sobre los factores exitosos que genera una buena adquisición, además de las causales que producen las disfunciones del sistema, b) Analizar frecuentemente los procedimientos internos de compras con quienes ejecutan el proceso, de forma de ir insertando en ellos aquellas acciones que mejoren el trabajo en el tiempo, c) Comunicar

institucionalmente los cambios en los procedimientos cuando ocurran, d) Mantener un manual de procedimientos de compras actualizado y comunicado a toda la institución, e) Crear hábitos de autocontrol en las áreas de compras a través de capacitaciones, autoevaluaciones y controles internos sorpresas, y por último, f) Realizar checklist (registros) sobre los procedimientos internos validados¹⁸⁰⁰.

D. CICLO DEMING O PDCA

EDWARDS DEMING, fue un doctor en física y especialista en la aplicación de técnicas de muestreo estadístico, quien logró un cambio de mentalidad y convención que la calidad es un arma estratégica, resaltando la importancia del control estadístico de procesos, tomar decisiones en base a datos, evitar el sobre control de los procesos, y promovió un planteamiento sistémico a través del círculo de Shewhart que muchos conocen como círculo o ciclo de Deming¹⁸⁰¹. Tal metodología, busca establecer una secuencia lógica y racional para decidir si seguiremos el camino planeado o lo cambiaremos¹⁸⁰². Este ciclo de mejora continua, control y/o calidad, tiene por finalidad estructurar en cuatro etapas o fases el camino que deberíamos seguir para lograr un resultado óptimo de nuestras actividades o trabajos, evidenciadas en la figura siguiente:



Esquema 38. Fuente. Modelo de Deming. The W. Edwards Deming Institute (2016).

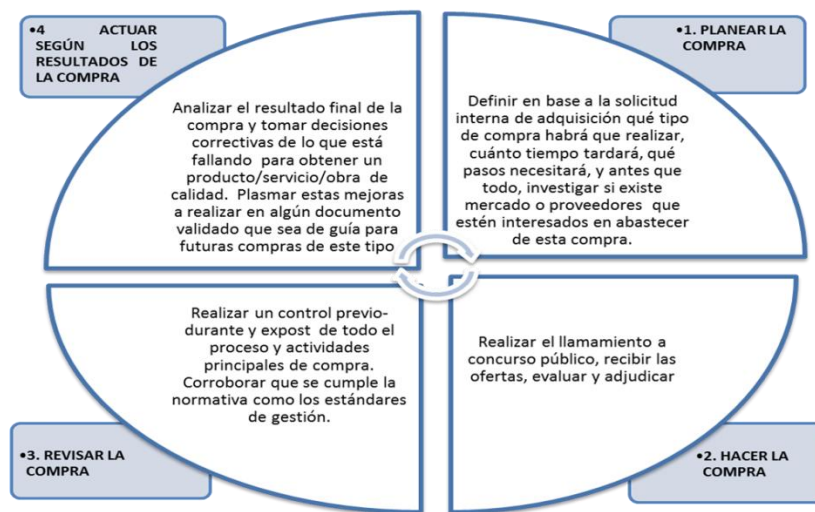
¹⁸⁰⁰ A menudo, los administradores de Estados Unidos agregan dos “S” adicionales a estas cinco para establecer y mantener un sitio de trabajo esbelto: 1) Seguridad: establecer buenas prácticas de seguridad en las cinco actividades anteriores, y 2) Soporte y/o mantenimiento: reducir la variabilidad, los tiempos muertos no planeados y los costes.

¹⁸⁰¹ Guajardo Garza (1996), op. cit., pp.36-37.

¹⁸⁰² Los japoneses usan la palabra KAIZEN para describir este proceso de mejora continua (Render y Heizer, 2014, op. cit., p.212); o también, como sostiene Hernández y Vizán (2013), este concepto significa “cambio para mejorar” (Hernández y Vizán, 2013, op. cit., p, 27). El ciclo Deming también es mencionado y explicado por Ishikawa Kaoru (1997) en su libro “¿Qué es el control total de calidad? Modalidad japonesa”. Décima primera reimpresión, pp. 67-74; además, en artículo de Neuhauser M Best (2006). “Walter A Shewhart, 1924, and the Hawthorne Factory”, pp.142-143.

Hacia nuestra materia de contratos, este ciclo podría ser aplicado al sistema en su conjunto de la siguiente manera:

“CICLO DEMING (PDCA) APLICADO AL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”



Esquema 39. Fuente. Elaboración propia desde modelo de Deming.

Esta secuencia de pasos que establece tal método, intenta entregar un orden elemental que se necesita seguir en una actividad de trabajo para maximizar su resultado final. La contratación pública posee un orden lógico y racional que debe respetarse, el cual está plasmado en su normativa nacional. Tal orden o curso de acción, no puede quedarse sólo con como empieza el proceso de contratación, sino que además, debe preocuparse en cómo termina este ciclo, utilizando los resultados finales del sistema para buscar nuevas mejoras en los requerimientos siguientes. Lo destacable en este modelo para los sistemas de adquisiciones vigentes, es su “paso 4 actuar”, el cuál a través de la información que entrega el mismo sistema, en este caso la compra respectiva, obliga a proceder “posteriormente” según la información recibida.

E. BENCHMARKING (ANÁLISIS COMPARATIVO INTER-ORGANIZACIONAL)

¿Por qué no podemos mejorar nuestro sistema de contratación institucional estudiando, replicando y adaptando las mejores prácticas nacionales o internacionales existentes? En todo organismo público existe alguna buena práctica en materia de contratos, sólo se necesita querer conocerla, adaptarla y comenzar a ejecutarla, debiendo el Estado ser un incentivador y promotor activo en este trabajo.

El benchmarking o punto de comparación, es un término inglés el cual hace alusión a un proceso continuado de evaluación de las prácticas, métodos y/o productos de las empresas de un

determinado sector, para identificar las mejores experiencias y aplicarlas en la propia organización¹⁸⁰³. Este concepto, es una herramienta que determina si la forma en la cual un organismo desempeña ciertas funciones y actividades representa una de las mejores prácticas, tomando en cuenta tanto los costes como la efectividad¹⁸⁰⁴.

Tal análisis que se basa en comparar experiencias -siendo otro de los elementos de la administración de la calidad total en una organización-, tiene por finalidad desarrollar una meta a la cual llegar, y después proponer un estándar o punto de comparación contra el cual medir el propio desempeño. Los pasos operacionales para implementar esta herramienta, son básicamente: a) Determinar qué se quiere comparar (identificar los aspectos o áreas a mejorar), b) Formar un equipo de trabajo de benchmarking, c) Recopilar y analizar la información del punto de comparación (elegir contra que unidad interna u órgano externo se efectuará la comparación), y d) Actuar para igualar o superar tal punto de comparación (implantar las mejoras obtenidas)¹⁸⁰⁵.

Las medidas típicas usadas por este concepto, incluyen el porcentaje de defectos, el coste por unidad o por pedido, el tiempo de procesamiento por unidad, el tiempo de respuesta del servicio, el rendimiento sobre la inversión, los niveles de satisfacción del cliente, y las tasas de retención de los clientes. Algunos de los diferentes tipos de benchmarking, son por ejemplo: *a) Interno*: aprender de las áreas que forman el organismo, *b) Con la competencia*: aprender de lo que hacen otros y aplicarlo al interior de la organización, y *c) De Liderazgo*: elegir empresas u organismos líderes en sus temas y compararse con ellos¹⁸⁰⁶.

Según se indica en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública sobre comparación e intercambio de mejores prácticas:

“La comparación e intercambio de información con otras organizaciones públicas o privadas, sobre sus experiencias, la participación en foros interadministrativos y redes de intercambio, así como la identificación de las mejores prácticas, permite generar aprendizaje y promover la mejora continua de la calidad”¹⁸⁰⁷.

En lo que respecta a la contratación pública, la necesidad de implementar una herramienta como esta ya ha sido mencionada como una recomendación por la Comisión Europea al año 2017, quien ha afirmado que los Estados miembros deben fomentar el intercambio de buenas prácticas y

¹⁸⁰³ Muñiz González (2003), op. cit., p. 214.

¹⁸⁰⁴ Thompson y Strickland (2004), op. cit., p.135.

¹⁸⁰⁵ Render y Heizer (2014), op. cit., pp.214-215.

¹⁸⁰⁶ Muñiz González (2003), op. cit., pp.166-172.

¹⁸⁰⁷ CLAD (2008), op. cit., 24.

proporcionar apoyo a los profesionales para garantizar procedimientos de contratación competentes, trabajo cooperativo y la transmisión de conocimientos técnicos¹⁸⁰⁸.

Lo interesante de un examen como el mencionado, es que se pueden obtener muy buenas ideas y acciones concretas sobre cómo mejorar el sistema actual de adquisiciones, así como su control, sólo con el hecho de observar tanto hacia el interior del órgano público (actividades de unidades internas), como hacia organismos externos (actividades de otras instituciones públicas), sobre cómo “otros” están desarrollando nuestra materia objeto de estudio. Aún más, se pueden revisar experiencias de organismos internacionales y buscar la forma de adaptarlas a la propia realidad nacional. Un fundamento final que cimienta en gran manera el uso de este concepto, sobre todo para la contratación pública, es dar respuesta a la interrogante *¿Si ya está hecho, para qué gastar mayor esfuerzo y recursos en volver a hacerlo?*¹⁸⁰⁹

En lo específico, y con el fin de proponer este método como uno más para el control y mejora de la calidad del sistema de contratación estudiado, diremos entonces que se deben seguir los siguientes pasos para su aplicación con carácter general:

Paso 1. Definir un grupo o sector objetivo que se comparará con nuestro sistema de compras.

Por ejemplo, como propuesta se puede crear un ranking sólo con sistemas de contratación del gobierno central, los cuales estén formados en sus áreas de adquisiciones por entre 10 y hasta 30 funcionarios o empleados públicos contratados. También podría llevarse a cabo con un ranking de Ayuntamientos, Diputaciones, etc. (esta es sólo una de las tantas clasificaciones que se pueden realizar).

Paso 2. Reunirse con las instituciones o institución (grupo objetivo) que se pretende comparar.

Explicar al organismo u organismos elegidos para esta comparación la finalidad de tal trabajo, objetivos, y forma de llevar a cabo esta tarea. En lo posible, comprometerse en el trabajo a través de una carta Gantt o programa de fases, tiempos y actividades, sin olvidar definir responsables.

Paso 3. Describir los procesos, herramientas, controles u otras características trascendentes del ciclo de compra, encontrados en la institución o instituciones a comparar. Solicitar información y documentación, tal como: normativa interna, manuales de compras, expedientes de compras,

¹⁸⁰⁸ Unión Europea (2017), op. cit., p.7.

¹⁸⁰⁹ Hay que mencionar también que no sólo aplicamos este método para elegir y replicar la mejor práctica automáticamente, sino además para analizar lo existente y mejorarlo.

procedimientos de control, bases de datos, organigrama del área, sub funciones del área, entre otros. Si la comparación se realizará sobre un tema de contratación en específico, sólo solicitar información sobre este tema.

Paso 4. Tabular, ordenar, analizar y comparar toda la información hallada con nuestro sistema de compra. Destacar las buenas prácticas encontradas en las experiencias de otros organismos y planificar cómo implementarlas -en lo que sea procedente- a nuestra institución, así como también aspectos importantes y otras características relevantes.

Paso 5. Proponer con las “buenas prácticas encontradas” algún plan de acción para implementarlas. Por último, y en base a los resultados encontrados, se necesita definir un “plan de aplicación operativo del benchmarking” con actividades claras, plazos, responsables y controles para que se cumpla. No debemos olvidar que todo este proceso viene a ser un viaje permanente en nuestro trabajo, y no un destino como algunos piensan¹⁸¹⁰.

F. MODELO EUROPEO DE LA GESTIÓN DE LA CALIDAD (EFQM)

Finalmente, y como última metodología de refuerzo a este control legal de la contratación pública, presentamos el Modelo Europeo de Gestión de Calidad o EFQM (European Foundation for Quality Management). Tal instrumento, creado por la Fundación Europea para la Gestión de la Calidad, surge en los años ochenta, siendo un referente en la región al demostrar su alto valor como herramienta de evaluación de las organizaciones¹⁸¹¹. Su misión principal, ha sido en ser la fuerza que impulsa en Europa la excelencia sostenida de las organizaciones, fomentando el establecimiento de alianzas, lo cual ha permitido ayudar a crear organismos fuertes que practiquen los principios de la calidad total en sus procesos y en sus relaciones con sus empleados, clientes, accionistas y comunidades donde operan¹⁸¹².

De este modo, el modelo EFQM es una vía para la autoevaluación y la determinación de los procesos de mejora continua en entornos empresariales tanto privados como públicos, donde al año 2017 han participado de él más de 700 empresas en Europa¹⁸¹³. Es un marco de trabajo no-prescriptivo que reconoce que la excelencia de una organización se puede lograr de manera sostenida

¹⁸¹⁰ Thompson y Strickland (2004), op. cit., p.393.

¹⁸¹¹ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., pp.69-70.

¹⁸¹² Caraza Cristín (2016), op. cit., pp.80- 81.

¹⁸¹³ Página web EFQM Internacional. Recuperado el 27 de abril de 2017 en <http://www.efqm.org/>

mediante distintos enfoques¹⁸¹⁴. Así, recoge los principios fundamentales de la gestión de calidad y resulta compatible con la perspectiva de la nueva gestión pública, permitiendo con ello, enfocar una Administración orientada a los ciudadanos y usuarios, preocupación por los resultados, valoración de las personas que se involucran en esta nueva forma de gestión, evaluación de los procesos y de los resultados, e incorporación de los procedimientos de la mejora continua al funcionamiento habitual de las unidades administrativas¹⁸¹⁵. Según el Ministerio de Administraciones Públicas de España, esta herramienta puede aplicarse, con la adaptación necesaria, a cualquier órgano público¹⁸¹⁶.

Los principales conceptos que conforman este instrumento, en lo específico, son por ejemplo: a) Orientación hacia los resultados, b) Orientación al cliente, c) Liderazgo y coherencia, d) Gestión por procesos y hechos, e) Desarrollo e implicación de las personas, f) Proceso continuo de aprendizaje, innovación y mejora, g) Desarrollo de alianzas, y h) Responsabilidad social de la organización¹⁸¹⁷. Como indica SALGUEIRO ANABITARTE, los procesos que se diseñen al alero de este modelo deben estar pensados en el cliente externo o consumidor (ciudadano), buscando lograr la excelencia¹⁸¹⁸.

Sobre su estructura, conforme a la AEC es *“Un marco de trabajo basado en nueve criterios agrupados en cinco agentes facilitadores, que tratan sobre lo que la organización hace, y cuatro criterios de resultados, que tratan sobre los logros de la organización en sus clientes, personas y en la sociedad en la que actúa...”*¹⁸¹⁹ (ver el modelo respectivo en la siguiente figura 40).

¹⁸¹⁴ Ministerio de Administraciones Pública (2006), op. cit., p.6.

¹⁸¹⁵ Ministerio de Administraciones Públicas (2000), op. cit., pp.69-70.

¹⁸¹⁶ Ministerio de Administraciones Públicas (2006), p.35.

¹⁸¹⁷ Página web EFQM Internacional. Recuperado el 27 de abril de 2017 en <http://www.efqm.org/>

¹⁸¹⁸ Salgueiro Anabitarte (2001), op. cit., pp.76-77.

¹⁸¹⁹ AEC (2017). “EFQM”. Recuperado el 27 de abril de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/efqm>. Los criterios “agentes facilitadores”, tratan sobre lo que la organización hace y son las causas de los resultados. Analizan cómo realiza la organización las actividades clave, la forma en que se ejecutan y sus mejoras. Los “criterios resultados”, por su parte, se relacionan con lo que la organización logra (efectos de la actividad de la organización). Son consecuencia de la gestión de los “agentes facilitadores” y, a su vez, permiten realimentar éstos (Documento de la Diputación de Alicante, 2011, “La gestión de la calidad. La calidad en la administración pública”. Departamento de Formación y Calidad, p.7).

“MODELO EFQM”

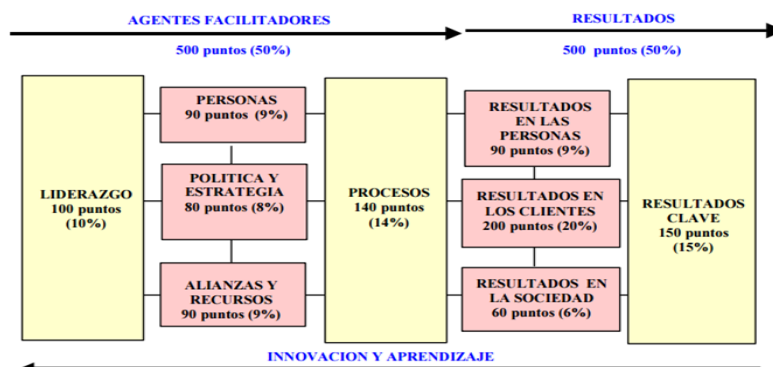


Figura 40. Fuente. Ministerio de Administraciones Pública (2006), op. cit., p.8. Las 9 casillas del modelo muestran los criterios que permiten evaluar el progreso de una organización hacia la excelencia.

De esta manera, su operatoria está dada por el cumplimiento de criterios y sub criterios que llevan acompañados puntos o calificaciones, las cuales se traducen finalmente en un puntaje que permite asignar a un organismo diferentes premios según su resultado.

Utilizado como una herramienta de benchmarking, este modelo mostrará cómo una organización se compara con sus competidores y otras organizaciones líderes. Utilizado como una herramienta de gestión, ayudará a establecer los objetivos de rendimiento y competencia del organismo¹⁸²⁰. A este mismo respecto, la AEC ha sostenido que también puede ser implementando para realizar diagnósticos y mejoras continuas¹⁸²¹.

En lo referente a nuestra contratación pública, este instrumento podría aplicarse -simplificadamente- a través de una “autoevaluación” de las áreas o área de compra en base a un cuestionario de preguntas¹⁸²². Tal autoevaluación, forma parte fundamental de esta herramienta de excelencia, entendida como un examen global y sistemático de las actividades y resultados de un organismo que se compara con un modelo determinado. Este trabajo, permitiría por lo tanto realizar un diagnóstico identificando puntos fuertes y áreas a optimizar, las cuales posteriormente se deberían acompañar de planes de mejora. Por consiguiente, los pasos básicos de esta autoevaluación sobre el sistema de contratación pública serían:

¹⁸²⁰ Página web EFQM leading Excellence. Recuperada el 27 de abril de 2017 en <http://www.efqm.org/efqm-model/what-is-excellence>

¹⁸²¹ AEC (2017). “EFQM”. Recuperado el 27 de abril de 2017 en <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/efqm>

¹⁸²² Según Martínez y Riopérez, este modelo EFQM además de ser aplicado a una organización completa, podría también implementarse a un proyecto en concreto, un departamento o cualquier otra unidad de servicio. La confección del cuestionario o formulario puede ser de elaboración propia en base a los criterios y sub criterios de la figura 17 anterior (Martínez Mediano Catalina y Riopérez Losada Nuria, 2005, “El modelo de excelencia en la EFQM y su aplicación para la mejora de la calidad de los centros educativos”, pp.43-44).

“APLICACIÓN DE AUTOEVALUACIÓN DEL MODELO EFQM AL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

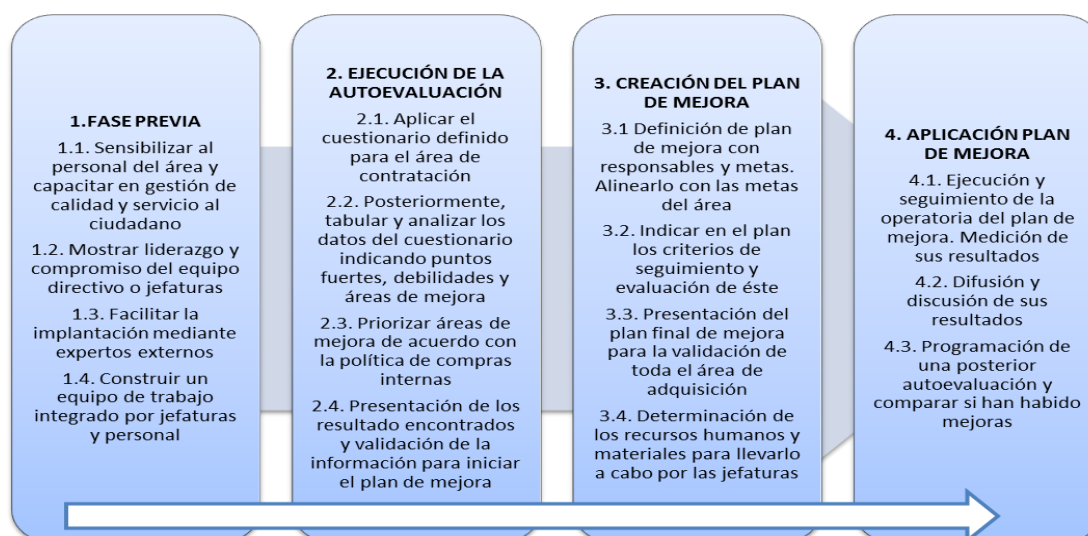


Figura 41. Fuente. Elaboración propia en base a etapas de la “Guía de autoevaluación para la administración pública modelo EFQM de excelencia”, elaborada por el Ministerio de Administraciones Públicas de España (2006), op. cit., pp.36-38, y en base a Martínez Mediano Catalina y Riopérez Losada Nuria (2005). “El modelo de excelencia en la EFQM y su aplicación para la mejora de la calidad de los centros educativos”, pp.43-44.

Hacia España, esta herramienta ya ha sido adoptada en 1999 por el Ministerio de Administraciones Públicas a través de su Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, como modelo para los premios a la calidad de la administración general del Estado. El fundamento normativo de este instrumento, ha estado regido conforme a lo establecido en el artículo 23 del Real Decreto 951/2005, por el que se establece el marco general para la mejora de esta condición en la Administración. Asimismo, y con respecto al proceso que certifica tal materia, debemos destacar a la Guía de Reconocimiento a la Excelencia elaborada por el Ministerio de Administraciones Públicas¹⁸²³.

De esta manera, tal modelo no sirve sólo como ejercicio práctico para diagnosticar un sistema completo de adquisiciones, sino además, para instaurar una filosofía de mejora continua y calidad indispensable para realizar las transformaciones que hoy se demandan en nuestra materia en cuestión.

¹⁸²³ Ver un ejemplo en la aplicación de esta herramienta en la Diputación de Badajoz, España, en <https://bci.inap.es/material-la-diputaci%C3%B3n-de-badajoz-implanta-un-sistema-de-gesti%C3%B3n-por-procesos-para-la-mejora-de-la>

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La intención de haber desarrollado este capítulo, ha sido para abrir el entendimiento de los poderes adjudicadores hacia otras dimensiones de la mejora de procesos, control y calidad en los sistemas de adquisición gubernamental. Las herramientas y métodos aquí expuestos, han estado presentes desde hace muchos años en el ámbito organizacional, de hecho, en España, la CNMC ha advertido que durante los últimos treinta años se han desarrollado numerosos instrumentos económicos, jurídicos y de las tecnologías de la información que, bien diseñados, implementados y supervisados (controlados), pueden facilitar un cambio estructural del sistema de aprovisionamiento gubernamental, haciéndolo más transparente, más favorable a la competencia y, en consecuencia, más eficiente¹⁸²⁴.

La contratación pública es un proceso formado por un marco legal, etapas, personas, subprocesos, sistemas, información, actividades y/o tareas que debemos ir mejorando constantemente si queremos avanzar. No porque este tema de aprovisionamiento se enmarque en un entramado jurídico público que dirige y vincula su accionar, estamos limitados a obtener mejoras en nuestros tiempos de tramitación de requerimientos, ahorros de recursos económicos, disminución de las actividades de compras, mayor transparencia y niveles mayores de calidad.

Por ello, y como se ha manifestado, el control que se realice de esta materia y el uso de tal información vienen a ser esenciales para lograr los objetivos anteriores. No se controla con un fin instrumental de sólo garantizar un estricto cumplimiento normativo, tampoco para cumplir una acción administrativa programada por la institución, sino sobre todo, para saber lo que está ocurriendo con el sistema y sus partes, detectando las áreas o aspectos que merecen mejoras y mayores niveles de calidad, sin olvidar buscar la reducción de malas prácticas y corrupción.

La tarea de cualquier administrador de operaciones o gestor público, por tal razón, debe ser construir sistemas de control para verificar, a menudo por inspección, que las actividades internas de contratación se desempeñan de acuerdo con el marco normativo, y con el estándar o meta de eficiencia y eficacia previamente establecida, comprendiendo que los procesos siempre requieren supervisarse para que se cumplan, como de igual forma medirse con instrumentos idóneos para mejorarlos y saber qué esperan los beneficiarios del sistema.

¹⁸²⁴ CNMC (2015), op. cit., p.7.

Las herramientas y métodos expuestos en este capítulo -como refuerzo al control jurídico en materia de contratos públicos-, son una necesidad y exigencia ciudadana que se ha acrecentado en los últimos años. El fomento e incentivos para desarrollar las capacidades críticas, analíticas y gestoras dentro de las Administraciones y su contratación, se hacen también indispensables en este sentido. No puede seguir el Estado disculpándose o evadiendo, habitualmente, la forma en que gestiona sus recursos, cuando cada vez más existe una sociedad civil más empoderada que reclama por su buen uso, y a la vez, deslegitima a los gobiernos e instituciones que no corrigen el mal camino. Estas herramientas, de este modo, vienen a buscar crear una nueva cultura del quehacer, y por ello, exigen que se cambie el paradigma sobre cómo se están enfrentando los problemas y desafíos habituales.

En orden a lo anterior, todos los instrumentos aquí exhibidos son sinónimo de información y mejor gestión, los cuales entregan beneficios concretos y palpables. Asimismo, son medios que permiten legitimar las decisiones tomadas por las autoridades públicas o directivos. Los miedos, intereses, y/o tradiciones mal entendidas de ciertos sectores políticos, así como de algunos órganos estatales, no pueden seguir obstaculizando la gran ventaja que confieren este tipo de técnicas y métodos, y que sólo están esperando el compromiso público para ser ejecutadas.

Dentro de las “herramientas básicas de mejora de la gestión interna y la calidad” expuestas, debemos señalar que todas y cada una de ellas -aplicadas desde hace años por todo tipo de organizaciones- son atingentes de implementar al proceso de contratación español sin existir reparos legales o presupuestarios manifiestos, debiendo sólo constar con un requisito esencial para ello: que existan datos ordenados, consolidados y disponibles de las compras que realiza el organismo público, como también una dirección y jefaturas comprometidas con llevar a cabo este proceso. La elección particular de una u otra herramienta de las antes descritas, dependerá finalmente de las condiciones propias de cada institución, sus recursos y voluntades políticas.

Con respecto a las “metodologías o filosofías dirigidas a la mejora de la gestión y calidad del sistema en su conjunto” como complemento, debemos añadir que además de cumplir con los objetivos de las primeras herramientas, buscan asentar un cambio de paradigma en los empleados públicos que los lleve a transformar sus actitudes y acciones hacia los problemas que pueda presentar esta materia. No son sólo instrumentos mecánicos que se ejecutan una vez y se olvidan, sino una filosofía de trabajo permanente que requiere abrir la mente, y dejar entrar cosas nuevas.

Así, resulta que conviene seguir insistiendo en la inexistencia de barreras legales para probar los resultados que entregan estos instrumentos, sólo -y como ya antes se ha indicado-, están presentes

los propios obstáculos de una voluntad política junto a una cultura funcionaria que deben adaptarse a los cánones presentes, y respetar lo que tanto la Constitución; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, entre otros preceptos, exigen de su sector público: eficiencia, eficacia, transparencia, y responder a las necesidades ciudadanas con calidad. De este modo, debemos siempre recordar un aspecto importante, el cual hace mención a que tanto en la contratación pública como en el aparato gubernamental en general, los empleados públicos deben estar al servicio de los ciudadanos y a cumplir “cabalmente” la legislación pertinente, no obstante, existe la sensación que estos dos objetivos no se están respetando, y lo más grave, es que se está dejando que esto ocurra desde hace ya un buen tiempo.

Describir, analizar y mejorar nuestra contratación por medio de los instrumentos aquí descritos, debe ser el resultado de un imperativo control institucional “integral” que se demanda de forma permanente, y que refuerza el control jurídico y presupuestario tradicional. Debemos aplicar métodos que nos entreguen información para mejorar, comprendiendo que el sustento de ello, es a través de bases de datos fidedignas y oportunas, las cuales son la única manera de obtener niveles de calidad como los hoy exigidos.

De esta forma, tal calidad demandada debe provenir de un efectivo y preciso control sobre aquello que necesita substancialmente ser medido, además de definirse originalmente desde quienes solicitan las adquisiciones, es decir, los clientes internos (funcionarios del organismo público que demandan requerimientos) y la ciudadanía que los utiliza. La calidad es una característica muy cotizada por estos días en los sistemas de adquisiciones, pero también, es muy poco entendida en la práctica por los juristas, gestores públicos y poderes adjudicadores en general. Medir y entregar mayores niveles de este atributo, debe ser un proceso paulatino y llevado a cabo por una normativa que se haga respetar, y un liderazgo que haga partícipe a todos buscando lograr una calidad total y no sólo de algunas partes. Si deseamos realmente obtener esta condición, necesitamos cambiar el planteamiento de la contratación española vigente por uno de “enfoco al cliente” (interno y externo), como asimismo, incluir en su proceso de trabajo disciplinas del conocimiento complementarias y diferentes al canon jurídico. Esto, es esencial para mejorar el actual sistema; este camino, es la base para lograr la calidad que se reclama.

Asimismo, debemos también dejar de pensar que las herramientas de mejora de la gestión y calidad provenientes del sector privado no son aplicables a la administración estatal y a su

contratación, simplemente por el hecho de provenir de un sector diferente al público. El objetivo que persigue la empresa privada es muy claro y distinto del aparato gubernamental, pero el camino que requieren seguir ambos sectores para lograr sus metas es exactamente el mismo, y esto, es porque en ambos se deben gestionar recursos similares (recursos materiales, humanos y financieros), debiendo por igual lograr sus objetivos en términos de eficiencia, eficacia y calidad. Quien en el sector público crea lo contrario, no podrá mejorar ni menos lograr algún grado de innovación importante en su sistema de adquisición actual.

La contratación pública a nivel mundial y hacia España tiene un gran desafío por delante, y este es dejar de mirar el desarrollo de esta materia de aprovisionamiento desde un solo prisma, y no seguir midiéndola a través de los mismos instrumentos y medios. La falta de capacidad administrativa como una debilidad latente en esta materia pública ha quedado de manifiesto en este estudio, por tal razón, hay que pedir ayuda a otras disciplinas, utilizar las mejores prácticas (benchmarking) y usar nuevas herramientas de gestión que garanticen y no sólo propongan resultados. De esta forma, hay voluntades políticas que todavía debemos seguir luchando por doblegar y cambiar; aunque ya vamos muy atrasados por cambios que se han adelantado a tales voluntades. Es preciso avanzar en control, mejora continua y calidad de nuestra contratación “haciendo”, y no sólo “pensando y discursando”, de lo contrario, seguiremos estancados en el mismo método tradicional de operar nuestro sistema de aprovisionamiento: temor a lo nuevo y pasividad inamovible por mejorar.

Profesionalizar esta área pública, limitar su incidencia política en las evaluaciones de oferentes, crear liderazgos eficaces, ampliar su visión e invitar a otras disciplinas, establecer procedimientos de control interno efectivos, crear “bases de datos” oportunas sobre lo que sucede con el proceso, y sobre todo, posicionar al ciudadano que recibirá las adquisiciones como el comienzo de todo, es el cimiento para la implantación efectiva de estas herramientas y métodos aquí descritos, donde la gestión del cambio requiere ser una tarea transversal e inicial para avanzar en todo este trabajo. Como termina destacando AEVAL, los Estados deben pasar de lo desiderativo a lo operativo, es decir, a mejorar la calidad de la administración (comportamiento, decisiones y rendimiento) proponiendo técnicas e instrumentos prácticos tomados de dentro y fuera de la UE¹⁸²⁵. Para romper con la estática que condiciona a la contratación pública española de hoy, hay que preocuparse primero por lo que se puede hacer, y luego aquello que está prohibido; no al revés.

¹⁸²⁵ AEVAL (2016), op. cit., p.22.

RESPUESTA A LAS CUESTIONES OBJETO DE ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN

Finalizando con este estudio, y en base a la investigación, análisis y reflexiones realizadas, daremos respuesta a las interrogantes que han guiado y dado estructura a este documento de tesis doctoral.

Pregunta 1: *¿Cómo se está controlando la contratación pública mundial y en España? ¿Qué herramientas de control se están aplicando?*

La contratación pública, a nivel mundial y con carácter general, se está controlando preferentemente a través de un examen tradicional de legalidad sobre las actuaciones administrativas, y un examen presupuestario, donde además de validar el cumplimiento normativo que asigna el presupuesto, se verifica que lo gastado sea lo mismo que lo entregado. En ciertos países como Canadá, EE.UU y Reino Unido, se realizan exámenes frecuentes de eficiencia y eficacia del sistema, no siendo una característica general en el resto de las naciones estudiadas.

Asimismo, y según esta investigación, hemos podido constatar que existen variados instrumentos de control sobre esta temática pública que están siendo implementados, de los cuales podríamos destacar los siguientes conforme a una simple clasificación:

A. Instrumentos de control jurídicos

- Recursos legales posteriores a la adjudicación de la compra, tales como el recurso especial
- Disposiciones institucionales internas, tales como: separación de funciones y responsables entre las sub-áreas de compras para evitar corrupción, rotación de funcionarios entre estas mismas áreas, mecanismos de denuncia funcionaria interna tanto para el personal de la contratación como para el resto de la institución, talleres anticorrupción
- Análisis del marco normativo con la finalidad de reducir duplicidades y mejorar la eficacia de las normas
- Aumento de sanciones por incumplimientos en los contratos

B. Instrumentos de gestión interna

- Programas de formación y capacitación permanentes (potenciando con ello el autocontrol)
- Consolidación y gestión de bases de datos en compras
- Creación de indicadores de gestión (confección de cuadros de mando para compras)
- Auditorías internas

- Evaluación de riesgos de todo el sistema de adquisiciones
- Benchmarking o estudios de las mejores prácticas en adquisiciones
- Aplicación de herramientas de gestión de calidad
- Monitoreo constante de aspectos relevantes (claves) del sistema de compras
- Aplicación del principio de cuatro ojos (existencia de varios involucrados que controlan las etapas internas del proceso de compra)
- Sistemas o módulos de servicio al cliente o ciudadano (sistema institucional interno de reclamos y gestión de problemas)
- Supervisión de cumplimiento de manuales de procedimientos y éticos en la materia, entre otros.

Entorno a España, y con respecto a estos instrumentos que están controlando esta materia de contratos, podríamos destacar la existencia de las siguientes herramientas:

A. Instrumentos de control jurídicos

- Comprobación de aplicación normativa y presupuestaria (control legal y control de ejecución presupuestaria)
- Recursos Especiales. Estos instrumentos, los cuales pueden aplicarse en cualquier parte del ciclo de la compra al momento de remitirse la notificación del acto impugnado, son ejecutados por organismos nacionales tales como: Unidades de Intervención; Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales; Unidades de Auditoría Interna (instituciones públicas que las posean); Direcciones Generales de Seguridad Jurídica; y las recientemente creadas Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, y la Oficina Nacional de Evaluación.

B. Instrumentos de gestión interna

En ciertas Comunidades Autónomas como es el caso de Galicia, Cataluña y País Vasco, se realizan análisis de eficiencia, eficacia y riesgos, no obstante, a la luz de este estudio -que no es una investigación empírica propiamente tal-, no podríamos aseverar que este tipo de análisis es constante y recurrente en el resto de Comunidades y a nivel nacional.

Pregunta 2: *¿Es suficiente el control jurídico y presupuestario actual para lograr una contratación pública óptima?*

Como se ha podido comprobar a la luz de lo investigado, tanto el control normativo, jurídico o legal, como el control presupuestario y financiero, vienen a ser insuficientes para lograr los niveles de eficiencia, eficacia, transparencia, y calidad que la ciudadanía y proveedores demandan del sistema de contratación, así como también el que exige la UE para sus países miembros. La razón de ello, es simplemente porque la contratación pública no está compuesta sólo por un marco jurídico, sino, además incluye recursos humanos, recursos financieros y materiales, sistemas y procesos, y TICs, elementos que es imperativo también gestionar óptimamente, motivo por el cual, es necesario incluir otros tipos de análisis y controles que puedan garantizar que todos ellos están cumpliendo sus fines y se están desarrollando eficientemente.

Un control jurídico sobre el cumplimiento de la normativa actual en materia de contratos, así como uno que monitorice que el presupuesto asignado es correctamente ejecutado, no pueden - aunque lo deseen-, realizar un análisis integral y efectivo sobre temas de eficiencia y eficacia económica, simplificación y mejora de procesos, y lograr alcanzar mejores niveles de calidad en sus resultados. Lo anterior, simplemente porque estas no son materias de su ámbito y responsabilidad.

Pregunta 3: *Si existe algún grado de control en el ciclo de vida de la compra o proceso de contratación en España ¿En qué parte o etapas de éste se está controlando?*

En España, el grado de control sobre el ciclo de vida de la compra o proceso de contratación existe preferentemente en la etapa previa a comenzar la licitación, así como en la etapa ex post de ésta, siendo como se ha mencionado un examen de cumplimiento normativo y de aprobación del presupuesto para ejecutar el requerimiento. Al no disponer el sistema de compras -a nivel nacional- de una base de datos de adquisiciones oportuna y consolidada, esta tarea de controlar el ciclo de vida de la compra se hace bastante difícil e inoportuna en sus tiempos.

Con respecto a los otros tipos de controles aludidos en esta investigación (tales como el control de eficiencia, eficacia, de riesgos, de proceso, de gestión, estratégico y autocontrol), no podríamos afirmar que a nivel nacional existe una habitualidad en su implementación, pero sí destacar que Comunidades como Galicia, el País Vasco y Cataluña practican los tres primeros regularmente.

Pregunta 4: ¿Qué propuestas en control jurídico y desde la gestión pueden hacerse para optimizar el proceso de adquisición español?

En lo que concierne al control jurídico o normativo, la primera propuesta es *supervisar y monitorear que los controles que tanto exige la Constitución Española, como el resto de disposiciones antes aludidas en este estudio, se cumplan y garanticen que se están aplicando y están logrando su objetivo* (en lo referente a la eficiencia y eficacia básicamente). En este sentido, puede atribuirse alguna función adicional a la Unidad de Intervención para efectuar esta labor de forma efectiva, o reforzar la tarea propia de los OCEX.

En segundo lugar, se hace necesario estudiar en cada organismo público la “utilidad” de los controles normativos internos existentes, y priorizar sólo aquellos importantes y que realicen un trabajo previo al término de la compra, no dejando sin embargo de utilizar los controles ex post para mejorar las decisiones en compras futuras con la información que estos generan.

Finalmente, es urgente consolidar la información mensual y anual que emanan de tales controles en algún repositorio que se gestione y entregue datos sobre aspectos relevantes sobre ellos, utilizando esta información para cada cierto tiempo determinar si mantener o cambiar los controles vigentes.

Complementario a lo manifestado, podemos apreciar también que la realidad de la contratación pública en España necesita darle mayor importancia a otros tipos de mediciones “no de legalidad”, las cuales volviendo a mencionar el cuadro 19 del capítulo II de esta investigación, son resumidamente las siguientes:

PROPUESTA DE CONTROLES INTERNOS A IMPLEMENTAR EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOL		
	TIPOS DE CONTROLES INTERNOS HABITUALES APLICADOS	TIPOS DE CONTROLES INTERNOS COMPLEMENTARIOS COMO PROPUESTA
SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL ESPAÑOL	<ul style="list-style-type: none"> Control administrativo de legalidad Control contable, presupuestario y/o financiero 	MÍNIMOS A IMPLEMENTAR: <ul style="list-style-type: none"> Control de eficiencia Control de eficacia Control de proceso Control de riesgo Control de gestión
		RESTO DE CONTROLES IMPORTANTES A IMPLEMENTAR: <ul style="list-style-type: none"> Control operacional Control estratégico Autocontrol (a través de la formación)

Cuadro 42. Fuente. Elaboración propia.

Conforme a esta evidencia, podemos concluir que lo importante de los controles de tipo jurídicos vigentes -que miden aspectos previos y ex post del ciclo de compra-, es que se respeten y midan aquello para lo que fueron creados, analizando su actuación permanente para saber si están garantizando lo que señalan. Con respecto a aquellos relativos a la gestión, claramente vemos que son necesarios porque van a garantizar que se cumplan aspectos del sistema de contratación no cubiertos por un examen de legalidad y presupuestario, y que según esta investigación son factores que están generando disfunciones frecuentes en el sistema. La propuesta de estos últimos y su alcance de aplicación, ha quedado de manifiesto en el desarrollo de esta investigación.

Pregunta 5: ¿Qué impedimentos legales o de otro tipo pueden afectar la implementación de un control interno y herramientas de gestión sobre un proceso de contratación pública al interior de una institución?

Analizando la legislación nacional entorno a esta materia de contratos públicos, podemos concluir que no existe una barrera legal para la aplicación de todos los controles y herramientas antes propuestas. Más aún, la misma Constitución Española; la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, entre otros preceptos, exigen que directa e indirectamente estos exámenes se apliquen y garanticen sus fines. Agregando la UE en sus Directivas, que los países miembros deben proponer y alentar estos tipos de mediciones para mejorar sus sistemas, advirtiendo que esta es la única forma de disminuir malas prácticas y la corrupción.

Con respecto a impedimentos de otro tipo que podrían afectar la aplicación de este control y sus instrumentos -además de la voluntad política mencionada y la cultura propia de las instituciones-, podríamos nombrar a aquel de carácter presupuestario, el cual se produce al no disponer de los recursos suficientes para implementar estas inspecciones, sobre todo para Ayuntamientos pequeños. No obstante lo anterior, y como hemos también destacado, hay que decir que los recursos al interior de los órganos públicos existen, sólo hay que reorganizarlos y destinarlos a materias prioritarias como esta.

En síntesis, debemos recordar que ya la legislación nacional vigente que enmarca esta materia de aprovisionamiento exige ciertos niveles de eficiencia y eficacia sobre sus recursos públicos, por lo tanto, la propuesta que se hace en este estudio sobre incluir exámenes como el de eficiencia y

eficacia no es nada nuevo, pero sí, busca mencionarlos como nuevos ya que no se están implementando como se deberían a la luz de las disfunciones encontradas en esta investigación.

De este modo, y como reflexión final, necesitamos comprender primero que hay que aplicar las mediciones y controles que la ley vigente dispone y usar sus resultados; para luego, ver lo que no está cubierto, y que otros tipos o cantidad de controles se requieren para garantizar una contratación pública como la exigida por las sociedades actuales. Es imperativo que para lo anterior exista algún órgano interno o externo que supervise el cumplimiento de esta labor, y no siga quedando en tierra de nadie como se aprecia al día de hoy.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

1. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, AEVAL.
 - (2009). “Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas”. Octubre.
 - (2010). “Fundamentos de Evaluación de Políticas Públicas”. Equipo Técnico del Departamento de Evaluación. Madrid.
 - (2015). “Guía práctica para el diseño y la realización de evaluaciones de políticas públicas”. Esta Guía ha sido elaborada por Celia Casillas, Mónica Macía, Marisa Merino, Mercedes Paja, Javier Rico y Ana Ruiz. España.
 - (2016). “Calidad de la Administración Pública. Una caja de herramientas para gestores”, versión resumida. La versión original de esta obra, Quality of Public Administration. A Toolbox for Practitioners, ha sido elaborada por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea, con cuya autorización expresa se publica esta versión española.
2. Agudo González Jorge (2016). “Control administrativo y justicia administrativa”. Primera edición. Instituto Nacional de Administración Pública. España.
3. Alegre Luis, Berné Carmen y Galve Carmen (2000). “Fundamentos de economía de la empresa: perspectiva funcional”. 2ª edición. Barcelona. España.
4. Almonacid Lamelas y Moreno Bonilla Virginia (2015). “Manifiesto administración electrónica”. 100 recomendaciones en materia de administración electrónica para la mejora de la eficiencia y la regeneración democrática.
5. Álvarez del Cuvillo Antonio (2008) “Apuntes de Derecho Procesal Laboral. Tema 4: Proceso y procedimiento”.
6. Alli Aranguren Juan-Cruz (2010). “La Administración Pública entre dos siglos”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Primera edición.
7. Aragón Reyes M.
 - (1986). “El control parlamentario como control político”. Revista de Derecho Político nº 23.
 - (1987). “El control como elemento inseparable del concepto de constitución”, REDC nº 19.
8. Arcidiácono, P., Arenoso, F. y Rosenberg, G. (2006). “Transparencia y control social en las contrataciones públicas”. Buenos Aires. Fundación Poder Ciudadano.
9. Arias Martínez María Antonia (2011). “El principio de objetividad en el empleo público II: la objetividad como deber de los empleados públicos”. DA. Revista Documentación Administrativa nº 289, enero-abril.

10. Arnáez Arce, V. M^a (2012). “La compra pública innovadora. La Administración Pública como adquirente de bienes y servicios innovadores”. Revista Vasca de Administración Pública nº 93.
11. Arribas Reyes Esteban.
 - (2016). “Pactos de integridad: tres décadas de experiencias en Europa como ejemplo para su implementación en España”. Revista Internacional Transparencia e Integridad. RITI nº 1.
 - (2018). “Los pactos de integridad como herramienta para la prevención de la corrupción y el fomento de la integridad, la eficacia, la eficiencia y la competitividad a través de la transparencia de los procesos de contratación pública a nivel local” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.
12. Arribas Reyes Esteban y Revuelta Alonso Ana (2017). “Por una contratación realmente pública -pactos de integridad y datos abiertos”. Corrupción y contratación pública ¿hay solución? Noticia Agenda Pública. El periódico, 26 de abril.
13. Aymerich Cano.
 - (2013). “Crisis económica y contratación pública”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi.
 - (2013b). “Marco jurídico de la corrupción española”. Seminario Internacional Sobre Ética Pública y Corrupción. Mendoza, 2-3 de diciembre.
14. Baena del Alcázar Mariano (2005). “Manual de Ciencia de la Administración”. Editorial síntesis.
15. Ballart Xavier y Ramió Carles (2000). “Ciencia de la Administración”. Colección Ciencia Política 8. Tirant lo Blanch.
16. Bausa Peris, Kourtidis S, Liljemo K, Loozen N, Rodríguez F, Snarud M (2013). “E-Procurement Golden Book of Good Practice. Final Report”. This report was prepared for DG MARKT by PwC EU Services EESV. Versión: v1.3.
17. Bautista Oscar D (2007). “La ética en la gestión pública”. Tesis.
18. Benítez Palma Enrique (2016). “Apuntes sobre el papel del control externo en el ámbito del Derecho a una Buena Administración”. Revista Auditoría Pública nº 67.
19. Bernal Blay Miguel Ángel (2013). “Hacia una contratación pública local eficiente”. Diputación de Zaragoza. Convocatoria de Premios de Investigación 2013. Desarrollo Local, España.
20. Beláustegui Victoria (2011). “Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo”. Red Interamericana de Compras Gubernamentales. Programa ICT4GP/ Documento de Trabajo nº 3.

21. Blázquez Román, J y Ramírez Hortelano (2005). “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”. Contratación Administrativa Práctica nº 42.
22. Bobbio Norberto (1986). “El futuro de la democracia”. Política y derecho. Fondo de Cultura Económica. México.
23. Bombillar Sáenz Francisco, Gutiérrez Alonso Juan, Pérez Martos José, Torres López María Asunción, Villalba Pérez Francisca (2014). “Nociones básicas de contratación pública”. Tecnos.
24. Bosh Ferré Francesc (1991). “Manual del Alcalde. El control financiero”. Banco de Crédito Local. España.
25. Bosch Gerhard, Mesaros Leila, Schilling Gabi and Weinkopf Claudia (2012). “The public sector pay system and public procurement in Germany”. IAQ, University of Duisburg.
26. Cabinet Office (2011). “Accelerating Government Procurement”. February.UK.
27. Cámara de Cuentas de Madrid (2017). “Jornada sobre control de la contratación pública local”. Presentación 31 de Marzo. TACP.
28. Camarasa Casterá Juan José (2004). “La Calidad en la Administración Pública”. Educar en el 2000.
29. Campos Acuña Concepción (2018). “Transparencia en la contratación pública y prevención de los conflictos de intereses” en “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.
30. Canales Aliende José (2012). “Algunas consideraciones sobre los nuevos retos de la modernización del control de las administraciones públicas contemporáneas”. Revista Auditoría Pública nº 58.
31. Canals Ametller Dolors (2018). “Órganos de control interno y de supervisión de la contratación Administrativa”. Presentación La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Real Casa de Correos, 25 y 26 de enero, Madrid.
32. Cañibano Leandro y Pedrosa Fernanda (2009). “El Control del Cumplimiento de la Información Financiera: Un Análisis Delphi de la Reacción Reformista Post-Enron”. Universidad Autónoma de Madrid.
33. Caraza Cristín María del Mar (2016). “La responsabilidad patrimonial de la administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos”. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
34. Castejón González Jorge (2012). “Aproximación a la evaluación del Control Interno en las Auditorías Públicas sobre la Gestión Contractual”. Revista Auditoría Pública nº 57.
35. Carpenter M, Bauer T, y Erdogan B (2012). “Management Principles”. 1.0 U.S.A.

36. Castro Moreno Abraham, Otero González Pilar y Graffe González Luisiana (2016). “Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada”. Dykinson.
37. Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC (2014). “El papel de la Economía Social en la contratación pública del Gobierno Vasco entre 2010 y 2012”. Revista de Economía pública, Social y Cooperativa nº 82, Diciembre.
38. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD (2008). “Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública”. Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado.
39. Cerrillo i Martínez Agustí.
- (2016). “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”. Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época nº 15, enero-junio.
 - (2017). “La oportunidad perdida en la prevención de los conflictos de interés en la Administración General del Estado. Un breve análisis de la Ley 3/2015, de 30 de marzo”. Revista en Cultura de la Legalidad nº 12.
40. Chapman Stephen (2006). “Planificación y control de la producción”. Pearson educación, México.
41. Chiavenato Idalberto (1999). “Administración de recursos humanos”. Quinta edición, noviembre. Editorial Mc Graw Hill.
42. Colás Tenas Jesús (2014). “Contratación local”. Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013.
43. Confederación Española de Organizaciones Empresariales CEOE (2015). “Informes. Legislar menos, legislar mejor”. Madrid.
44. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL.
- (2013). “Panorama de la Gestión Pública 2013”. Documento de referencia DDR/2.
 - (2014). “Panorama de la gestión Pública en América Latina y el Caribe”. Naciones Unidas. Santiago de Chile.
45. Comisión Europea.
- (2008). “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”. Documento SEC 2008, 2193.
 - (2011a). “EU public procurement legislation delivering results summary of evaluation report”.
 - (2011b). “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”.

- (2011c). “Evaluation Report-Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation-Part 1”. DG Internal Market and Services. Commission Staff Working Paper. Brussel.
- (2012). “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”. Bruselas.
- (2013). “Public Procurement: costs we pay for corruption. Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU”. PWC.
- (2014a). “Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE”. Bruselas.
- (2014b). “Agenda Digital para Europa”. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Bruselas.
- (2014c). “Anexo 9. España. Informe de lucha contra la corrupción de la UE”.
- (2015a). “Public procurement-Study on administrative capacity in the EU Spain Country Profile”.
- (2015b). “Public procurement-Study on administrative capacity in the EU Germany Country Profile”.http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/de.pdf.
- (2016a). “Recomendación de decisión del consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo”. Bruselas, 27 de julio.
- (2016b). “European semester thematic factsheet, Public Procurement”.
- (2016c). “The EU Single Market. Single Market Scoreboard”. Performance per policy area. Public Procurement. Recuperado el 13 de abril de 2016 en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm
- (2017a). “Commission staff working document: Country Report Spain 2017. Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances”. Brussels.
- (2017b). “Increasing the impact of public investment through efficient and professional procurement”. Strasbourg, 3 Octubre.
- (2018). “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo. Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n° 1176/2011.

46. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC (2015). “PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”. España.
47. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, COSO (2013). “Internal control - Integrated framework”. Executive summary. Retrieved July from <http://www.coso.org/documents/Internal%20Control-Integrated%20Framework.pdf>.
48. Croom, S. y Brandon-Jones A (2007). “Impact of e-procurement: experiences from implementation in the UK public sector”. *Journal of Purchasing and Supply Chain Management*. Vol. 13.
49. Crosby Philip (1987). “La calidad no cuesta”. *El Arte de Cerciorarse de la Calidad*. México.
50. Corruption Prevention Department, ICAC (2016). “Good Governance and Internal Control in Public Organizations”. Hong Kong. Recuperado el 31 de agosto de 2016 en http://www.icac.org.hk/en/corruption_prevention_department/pt/pb/index.html.
51. Cosculluela Montaner Luis (2015). “Manual de derecho Administrativo”. Vigésimo sexta edición. Civitas.
52. Cozzio Michele (2013). “Measurement of public procurement systems: novel methods and instruments applied to the EU member states”.
53. Cuervo García Álvaro y Vázquez Ordas Camilo (2004). “Introducción a la administración de Empresas”. Quinta edición. Civitas.
54. Curto Rodríguez Ricardo (2015). “La información relacionada con la rendición de cuentas suministrada por las Comunidades Autónomas Españolas”. *Revista Auditoría Pública* nº 67.
55. Departamento de Políticas de la UE (2014). “Comparative survey on the transposition of the new EU public procurement package”. The Italian National Anti-Corruption Authority.
56. De la Morena López Julián.
 - (2015a). “Precedentes de la contratación pública en España”. *Revista Práctica Contratación Administrativa* nº 135. Editorial La Ley.
 - (2015b). “Principios generales de la contratación del sector público: (art. 1 TRLCSP; arts. 1 y 2 Directiva 2004/18/CE; art. 76 Directiva 2014/24/UE)”. *Revista Contratación Administrativa práctica* nº 139, septiembre-octubre. Editorial La Ley.
 - (2016). “Órganos competentes en materia de contratación”. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas* nº 144. Editorial la Ley.
57. Díez Sastre Silvia (2018). “La organización y profesionalización de la contratación administrativa: órganos de contratación, de asistencia, consultivos y registros”. *Presentación La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Real Casa de Correos, 25 y 26 de enero, Madrid.

58. Durán Juvé, Dunia, Llopart Pérez, Xavier, Redondo Durán, Rafael (1999). “La dirección y el control estratégico: su aplicación en los recursos humanos”. Barcelona. Gráficas Rey.
59. Dudek-Burlikowska M y Szewieczek D (2009). “The Poka-Yoke method as an improving quality tool of operations in the process”. *Journal of Achievements in Materials and Manufacturing Engineering*, Vol. 36.
60. Drucker Ferdinand Peter (1986). “Management. Tasks, Responsibilities, Practices”. Truman Talley Books e.p. Dutton. New York.
61. Erridge Andrew, Fee Ruth y McIlroy John (1999). “An Assessment of Competitive Tendering using Transaction Cost Analysis”. *Public Money & Management*.
62. Escobar María Jesús, Plasencia Félix, García Seijas Javier y Perelli José Luis (2017). “La crisis del sistema de contratación pública de infraestructuras en España: razones para el cambio y 25 propuestas de actuación”. Ernst & Young, S.L.
63. Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP.
- (2008). “¿Cómo abordar un plan de calidad y modernización en la administración local?”. Grupo de trabajo de la comisión de modernización y calidad de la FEMP.
 - (2011). “Experiencias de éxito en e-Administración de las Entidades Locales”.
64. Feijoo Casado María (2009). “La e-administración, el paso de la gestión tradicional a la gestión electrónica”. *Revista General de Información y Documentación*, vol. 19.
65. Fernández Llera Roberto (2009). “Fiscalización de la gestión pública en los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas”. *Presupuesto y Gasto Público 57/2009*. Secretaría General de Presupuestos y Gastos. Instituto de Estudios Fiscales.
66. Fernández Mallol Luis (2014). “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”. *reALA nueva época* nº 2. Julio-Diciembre.
67. Fernández Sarasola Ignacio (2000). “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 60. Septiembre-Diciembre.
68. Fuentes Moreno Enrique (2013). “Control de gestión. Herramientas para aportar valor”. *Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona*. 1ª ed.
69. Fuentes Vega Santiago, Casillas Pérez Álvaro, Eleno Rodríguez David, Fuentes Escribano Santiago, Miaja Fol Miguel, y Quirós Rodríguez Luis (1999). “El gasto público: ejecución y control”. 2ª Edición. Ministerio de Economía y Hacienda. España.
70. Fuentes I Gasó, Josep y Juncosa Vidal, Carme (2018). “Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales” en Campos Acuña, Concepción “La nueva contratación

pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.

71. Flores Domínguez Luis Enrique (2018) “Las prerrogativas de las entidades locales en los contratos administrativos. La modificación de los contratos”, en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.

72. Galán Pascual Carlos (2013). “La contratación electrónica: una alternativa cierta... y necesaria”. Revista contratación administrativa práctica nº 124, Editorial Wolters Kluwer.

73. Galán Carlos, Olivas Ramiro, Almonacid Victor, Yera Trinidad, Moreno Virginia, González Esther, Rodríguez Israel (2013). “Contratación electrónica en el sector público español”. Instituto de Estudios Superior de la Empresa, IESE. Business School. Universidad de Navarra.

74. Galiano Ibarra, José Antonio, Yanez Sánchez Guillermo, Fernández Agüero Emilio (2007). “Análisis y mejora de procesos en organizaciones públicas”. Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, FIIAPP.

75. Gallo Sallent Juan Antonio (2018) “El recurso especial en materia de contratación” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.

76. Gamero Casado Eduardo y Fernández Ramos Severino (2016). “Manual básico de derecho administrativo”. Decimotercera edición. Tecnos.

77. García de Enterría Eduardo.

- (1995). “Democracia, jueces y control de la administración”. Editorial civitas.

- (2004). “Los desfallecimientos del legislador”. Artículo Diario ABC. Madrid.

78. García Muñoz, Julio y Pérez Lema, José (2016). “Hacia un New Deal en control externo español. Evolución o distrofia”. Revista Auditoría Pública nº 67.

79. García Ortega Juan Antonio (2010). “Arquitectura y sintaxis de la Ley de contratos del sector público”. Revista de la asociación Interventores y Auditores del Estado nº 2. Julio a Diciembre.

80. García Sánchez Isabel María (2007). “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”. Universidad de Salamanca. España.

81. Gil-Robles José María (1986). “Control y Autonomías”. Civitas.

82. Gimeno Feliú José María.

- (1995) “El control de la contratación pública” (las normas comunitarias y su adaptación en España). Editorial Civitas.

- (2007). “Las fuentes normativas en materia de contratación local. El Estado de la cuestión”. QDL estudios.

- (2012). “Towards efficiency in public procurement: simplifying procedures and reducing the administrative burden”. Paper presentado al International Public Procurement Conference (IPPC5) celebrado en Seattle (Washington) del 17 al 19 de agosto.
- (2013a). “Compra pública estratégica”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi. España.
- (2013b). “Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”. Número extraordinario de la Revista de estudios locales.
- (2014a). “Nuevas tendencias en la gestión de las compras públicas en la Unión Europea”. Revista de Derecho de la Hacienda Pública. Vol. 2. San José Costa Rica.
- (2014b). “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”. Observatorio de Contratación Pública. Opinión y Análisis. 12 de noviembre de 2014. Recuperado el 20 de abril de 2016 en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.118/reلمenu.3/c hk.b24fd5c753a9317e49765cdd8ef56346>.
- (2014c). “El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia”. Editorial Aranzadi. España.
- (2015a). “Informe especial. Sistema de control de la contratación pública en España”. Observatorio Contratación Pública.
- (2015b). “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”. Ponencia AEPDA. Madrid, febrero.
- (2015c). “Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública”. Revista Derecho & Sociedad nº 44.
- (2015d). “El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica”.
- (2015e). “Integridad y Transparencia. El modelo de la contratación pública”. Seminario UIMP Pirineos.
- (2016a). “La transposición de las directivas de contratación pública en España”. Observatorio Contratación Pública. Congreso Internacional de Cuenca. España.
- (2016b). “La eficiencia económica y la eficiencia social, modelos compatibles en la contratación pública”. Página web Agenda Pública. Recuperado el 20 de junio de 2016 en <http://agendapublica.es/la-eficiencia-economica-y-la-eficiencia-social-modelos-compatibles-en-la-contratacion-publica/>.
- (2016c). “Contratación Pública e Integridad”. Presentación. Universidad de Zaragoza.
- (2016d). “Informe sobre la viabilidad de los Pactos de Integridad en España”. Transparencia Internacional España.

- (2016e). “Sistema de control de la contratación pública en España”. Observatorio de los contratos públicos. Número monográfico especial. Aranzadi.
- (2017a). “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”. I Jornadas sobre nuevos escenarios de la contratación pública, con atención a la nueva regulación de la contratación pública a debate desde la perspectiva de competencia, solidaridad e integridad. Zaragoza.
- (2017b). “Hacia una nueva ley de contratos del sector público ¿Una nueva oportunidad perdida?”. Revista Española de Derecho Administrativo nº 182. Enero-Marzo.
- (2017c). “La debilidad del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas”. Opinión Observatorio de Contratación Pública, 17 de julio.
- (2017d). “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, Nueva Época, mayo.
- (2017e). “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”. Ponencias DA. Nueva Época, N 4, Enero-Diciembre.
- (2017f). “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública”. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 23, Sección Especial / A fondo, Quincena del 15 al 29 Diciembre. Editorial Wolters Kluwer.
- (2018a). “Lucha contra la corrupción en el modelo de control de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público” en Campos Acuña, Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.
- (2018b). “La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación”, IUS Publicum Network Review, Fascículo nº 1, p.15.

83. Gimeno Feliú José María, Moreno Molina José Antonio, Bernal Blay Miguel Ángel y otros (2013). “Número extraordinario de la Revista de estudios locales”. Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local. COSITAL. Agosto.

84. Gimeno Feliú José María, Gallego Córcoles Isabel, Hernández González Francisco, y Moreno Molina José Antonio (2015). “Las nuevas directivas de la Contratación Pública”. Observatorio de los Contratos Públicos. Editorial Aranzadi. España.

85. Gimeno Feliú José María, Moreno Molina José Antonio, De Guerrero Manso Carmen, Fernández Acevedo Rafael, Gallego Córcoles Isabel, Lazo Vitoria Ximena, Moreno Marroig Teresa, Medina Arnáiz Teresa y Valcárcel Fernández Patricia (2017). “Propuesta de modificaciones

y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

86. Gómez Felipe, Herrán Ana, Atxabal Alberto (2012). “Retos del Derecho ante una economía sin fronteras”. Deustodigital.

87. Gómez Mateo Juan (2016). “Breves reflexiones entorno a los principios generales como base de un derecho global de la contratación pública”. Diario La Ley nº 8887, Sección Tribuna, 22 de Diciembre, Editorial Wolters Kluwer.

88. González Barroso Fernando (2009). “La Administración pública y calidad en el ámbito público. La evaluación de la calidad de los servicios públicos. Normas ISO y modelos de autoevaluación EFQM”. Documentación sobre gerencia pública, del Subgrupo A1, Cuerpo Superior, especialidad de Administración General, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Escuela de Administración Regional, Consejería de Administraciones Públicas, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

89. González-Varas Ibáñez Santiago (2018) “Praxis de contratación pública a la luz del nuevo articulado legal” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.

90. Government Accountability Office, GAO.

- (1999). “Standards for internal control in the federal government”. Washington, DC.

- (2006). “United Nations. Procurement Internal Controls Are Weak”.

- (2016). “Best Practices and Leading Practices in Acquisition Management”. Recuperado el 9 de agosto de 2016 en http://www.gao.gov/key_issues/leading_practices_acquisition_management/issue_summary.

91. Government Procurement Service UK (2014). “Annual Report and Accounts 2013/14”. www.gov.uk/government/publications.

92. Guajardo Garza Edmundo (1996). “Administración de la calidad total”. México.

93. Guerrero Cuadrado Manuel (2011). “la gestión de la calidad total en los ayuntamientos españoles: modelos y experiencias”. INAP.

94. Grajal Caballero, Inmaculada (2011). “El control de la contratación de las Administraciones Públicas. 1 parte”. Revista Auditoría Pública nº 54.

95. Hernáez Salguero Elena (2018). “El control y la supervisión de la contratación administrativa”. Presentación La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Real Casa de Correos, 25 y 26 de enero, Madrid.

96. Hernández Matías Juan Carlos y Vizán Idoipe Antonio (2013). “Lean manufacturing. Conceptos, técnicas e implantación”. Fundación EOI. Madrid.

97. Hitchcock Alexander and Mosseri-Marlio William (2016). "Cloud 9: the future of public procurement". March. UK. Recuperado el 5 de abril de 2016 en http://www.reform.uk/wp-content/uploads/2016/03/Cloud-9_A4_WEB.pdf.
98. Horngren C, Sundem G y Stratton W (2006). "Contabilidad Administrativa". Décimo tercera edición. Pearson educación.
99. Institute for Innovation and Improvement, NHS (2010). "The Handbook of Quality and Service Improvement Tools". University of Warwick. UK.
100. Institute for Public procurement.
- (2012). "Performance measurement". Public Procurement Practice. Recuperado el 4 de abril de 2016 en <http://principlesandpractices.org/>
 - (2012b). "Ethical procurement". Recuperado el 4 de abril de 2016 en <http://principlesandpractices.org/>
101. Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- (1995). "Cartas de Servicios Públicos". Documentos INAP, nº 4. Noviembre.
 - (2009). "La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z". Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
102. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, INTECO (2011). "Guía sobre licitación y contratación pública electrónica". Pablo Pérez, Susana de la Fuente, Eduardo Álvarez, Laura García y Cristina Gutiérrez. España.
103. Ipiñazar Petralanda Izaskun y García-Delgado Sonia (2016). "La colaboración entre auditores públicos y privados: necesario, urgente y posible". Revista Auditoría Pública nº 68, España.
104. Ishikawa Kaoru (1997). "¿Qué es el control total de calidad? Modalidad japonesa". Décima primera reimpresión.
105. Junta de Castilla y León (2004). "Trabajando con los procesos: Guía para la gestión por procesos". Consejería de Presidencia y Administración Territorial.
106. Kaufmann Daniel (2005). "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción". Revista Finanzas & Desarrollo. Septiembre.
107. Kelsen Hans (2009). "Teoría Pura del Derecho". 4a edición, impreso en Argentina, abril.
108. Klitgaard Robert (2000). "Contra la corrupción". Finanzas & Desarrollo, junio.
109. Koch Michael (2016). "Making supplier discovery as essential– and easy – as your daily cup of coffee. making procurement simple". Procurements leaders. Global intelligence network.
110. Lazo Vitoria Ximena (2008). "El control interno del gasto público estatal. Un estudio desde el derecho administrativo". Editorial Tecnos. Madrid.
111. Li Huang Joyce Tan (2013). "An analysis of internal controls and procurement fraud deterrence". Thesis. Naval Postgraduate School. Monterey, California.

- 112.Lindsay Clark (2016). “How governance gets procurement fit for the future. making procurement simple. Procurements leaders. Global intelligence network.
- 113.López Guerra, Luis, Espín Eduardo, García Morillo Joaquín, Pérez Tremps Pablo, y Satrústegui Miguel (2003). “Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado”. Volumen II. Valencia.
- 114.López Hernández, A y Ortiz Rodríguez, D (2005). “El control de la gestión económico-financiera de las Administraciones Públicas”, en la ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera.
- 115.López Hernández, A (2013). “Normas profesionales de la INTOSAI: directrices de auditoría. Aplicación a la actividad fiscalizadora de los Órganos Institucionales de Control Externo Autonómicos”. Revista Auditoría Pública nº 61.
- 116.López Miño Antonio (2013). “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi.
- 117.Magina Paulo (2014). “Towards public procurement key performance indicators”. Public Sector Integrity Division. Recuperado el 7 de mayo de 2016 en <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Event/ECA/public-procurement-forum10-eca/tr-procurement-oecd-paulo-magina.pdf>
- 118.Malaret Elisenda (2016). “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 nº 15. Primer semestre.
- 119.Mansir Brian y Shacht Nicholas (1989). “Total Quality Management: A Guide to Implementation”. Logistics management institute.
- 120.Marín Albarrán Elena (2013). “Parámetros de control de la adjudicación de contratos públicos en los nuevos órganos de recursos contractuales”. Número extraordinario de la Revista de estudios locales.
- 121.Martín Mateo Ramón y Sosa Wagner Francisco (1974). “Derecho administrativo económico”. Edición pirámide.
- 122.Martín Mateo Ramón.
- (1994). “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”. Revista de Administración Pública, nº 134
 - (1996). “Manual de derecho administrativo”. Decima octava edición. Trivium.
- 123.Martín-Retortillo Baquer Sebastián (1983). “El reto de una administración racionalizada”. Cuadernos civitas.
- 124.Martín, S y Rodríguez, R (2015). “Desafíos en la fiscalización de la contratación pública. Efectos de la falta de transposición de las directivas de contratos”. Revista Auditoría Pública nº 67.

125. Martín Peña María y Reyes Recio Luisa (2008). “El Cuadro de Mando Integral. Una herramienta de gestión al servicio de las empresas”. Cátedra Madrid Excelente. Fundación Madrid por la excelencia.
126. Martínez Bargueño M. (1996). “Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública)”. Gestión y Análisis de Políticas Públicas.
127. Martínez Fernández José Manuel
- (2015). “Transparencia” vs “transparencia” en la contratación pública. Medidas para la transparencia material en todas las fases de la contratación pública como antídoto contra la corrupción”, Diario La Ley, nº 8607.
 - (2017). “Medidas de transparencia como antídoto contra la corrupción en la contratación pública”. Revista jurídica Castilla y León nº 41.
128. Martinovic Aleksandra (2015). “Open public procurement in BiH - situation and perspectives in the light of international standards”.
129. McKenna Cameron CMS (2014). “Guide to the EU public procurement rules in the UK”. Contract award procedures for public sector bodies in Scotland.
130. Medina Arnáiz Teresa (2013). “Comercio justo y contratación pública”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi.
131. Menguzzato Boulard (2009). “La dirección de empresas ante los retos del siglo XXI”. Universidad de Valencia.
132. Meyer Thomas (2011). “Public procurement worth two trillion euros needs smarter Spending”. E-Banking Snapshot 26. Deutsche Bank Research.
133. Miaja Fol Miguel (2010). “Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las Administraciones Públicas”. DA. Revista Documentación Administrativa nº 286-287, enero-agosto.
134. Ministerio para las Administraciones Públicas (1992). “Calidad Total en los Servicios Públicos y en la Empresa”. Fundación Formación y Tecnología. Coordinación edición Carlos Pérez-Iñigo y Inmaculada Moro.
135. Ministerio de Administraciones Públicas.
- (2000). “Libro blanco para la mejora de los servicios públicos”. Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos.
 - (2006). “Guía de autoevaluación para la administración pública modelo EFQM de excelencia”. Madrid.
136. Ministerio de Economía y Hacienda (2009). “La administración electrónica y el servicio a los ciudadanos”. Gobierno de España.

137. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2016). “Contratación administrativa”. Recuperado el 27 de marzo de 2017 en http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/promociondelarte/mc/expotemp/capitulos/GestionEconomica_Contratacion.pdf
138. Ministerio de Fomento de España (2005). “La gestión por procesos”. Edición mayo.
139. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2014). “Reforma de las Administraciones Públicas”. CORA.
140. Ministerio de Hacienda y Función Pública (2017). “Tribunal administrativo central de recursos contractuales. Memoria de actividades 2016”, febrero.
141. Mintzberg Henry (1994). “The Fall and Rise of Strategic Planning”. Harvard Business Review.
142. Montesinos Julve, V (1994). “La Normalización en la Auditoría del Sector Público”. Revista Española de Financiación y Contabilidad nº 79.
143. Montgomery Douglas (2004). “Control estadístico de la calidad”. Tercera Edición.
144. Moreno Molina José Antonio.
- (2009). “La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo”, agua, territorio, cambio climático y derecho administrativo. Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública que recoge las ponencias del XVII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo.
 - (2013). “La nueva Legislación Europea sobre contratación pública y su impacto sobre las administraciones locales”. Número extraordinario de la Revista de estudios locales.
 - (2014). “Novedades de las nuevas directivas sobre Contratación Pública”. Presentación 30 de enero, Cuenca.
 - (2015a). “El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0”. Chartridge Books Oxford.
 - (2015b). “Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español”. Gabilex nº Extraordinario Jornadas de Letrados de las CCAA 15, 16 y 17 de abril.
 - (2015c). “Panorama comparado de la Contratación Pública en América Latina”. Opinión en Observatorio Contratación Pública. 19 de enero.
 - (2016a). “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿Qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?”. Opinión recuperado el 18 de abril de 2016 en página web: www.obcp.es.
 - (2016b). “Efecto directo y transposición en España de las Directivas de Contratación Pública”. Presentación en Mallorca, 21 de junio.
 - (2017). “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial La Ley nº 149.

145. Moreno Molina José Antonio y Francisco Pleite Guadamillas (2008). “La nueva Ley de contratos del Sector Público”. La Ley.
146. Moreno Molina José Antonio y Pintos Santiago Jaime (2015). “El sistema de contratación pública español”. Aletheia. Cuadernos Críticos del Derecho.
147. Morell Ocaña Luis (2001). “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”. Revista española de derecho administrativo nº 111.
148. Moretón Toquero Arancha (2014). “Los límites del derecho de acceso a la información pública”. Revista Jurídica Castilla y León, nº 33.
149. Muñoz González Luis (2003). “Cómo implantar un sistema de control de gestión en la práctica”. Ilustrada. Grupo Planeta.
150. Muñoz Machado Santiago (1977). “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración”. Revista de Administración Pública nº 84.
151. Murillo Jaso Luis (2013). “Compra pública innovadora: fomentando la innovación por el sector público”. Actualidad jurídica Aranzadi nº 868.
152. Naciones Unidas.
- (2011). “E-Procurement: Towards Transparency and Efficiency in Public Service Delivery”. 4-5 October. United Nations Headquarters. New York.
 - (2013). “Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica”. Nueva York.
 - (2015). “Common UN Procurement at the Country Level”. www.ungm.org.
153. Naessens Hilda (2010). “Ética pública y transparencia”. Recuperado el 20 de agosto de 2016 en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531532/document>.
154. Nieto García Alejandro (1997). “Corrupción en la España democrática”. Editorial Ariel.
155. Niven Paul, R (2003). “El cuadro de mando integral paso a paso”. Ediciones gestión 2000. Barcelona.
156. Observatorio de Contratación Pública (2016). “El Consejo lanza una advertencia a España para que adopte medidas de reducción del déficit”. Actualidad. Agosto. Texto proveniente desde Unión Europea, Bruselas.
157. Ochsenius Robinson Iván (2008). “Utilidad de las evaluaciones en el ámbito gubernamental y los factores que obstaculizan su utilización en salud pública”. Tesina Master UAB. Recuperado el 3 de marzo de 2017 en http://ddd.uab.cat/pub/trerecpro/2010/hdl_2072_45285/tesina_final.pdf.
158. O'Donnell Guillermo (1994). “Delegative Democracy”. Journal of Democracy, Vol. 5, No. 1. January. National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.
159. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- (2004). “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”.

- (2013). “Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas”. Realizado con la cooperación del Gobierno de los Estados Mexicanos.
- 160. Oliver Araujo Joan (1997). “El consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas”. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) nº 98. Octubre-Diciembre.
- 161. Organismo Internacional de Apoyo para el Mejoramiento de la Gestión y Gobernanza, SIGMA (2013). “Audit of Procurement”. Brief 28. June.
- 162. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE u OECD por sus siglas en inglés).
 - (2000). “Las reglas del juego cambiaron. La lucha contra el soborno y la corrupción”.
 - (2005). “Oslo manual. Guidelines for collecting and interpreting innovation data”. Tercera edición.
 - (2007). “Bribery in Public Procurement. methods, actors and counter-measures”.
 - (2011). “Centralised Purchasing Systems in the European Union”, SIGMA Papers nº 47, Recuperado el 3 de junio de 2016 en <http://dx.doi.org/10.1787/5kgkqgv703xw-en>.
 - (2014a). “Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth”. www.oecd.org/gov/ethics/procurement.
 - (2014b). “Compendium of good practices for integrity in public procurement”. Public Governance and Territorial Development Directorate Public Governance Committee.
 - (2015a). “Fighting corruption in the public sector: integrity in procurement”.
 - (2015b). “Government at a Glance 2015”. OECD Publishing, Paris.
 - (2015c). “recommendation of the council on public procurement”.
 - (2016). “Executive summary”, in The Korean Public Procurement Service: innovating for effectiveness. OECD Publishing, Paris.
 - (2016b). “Preventing Corruption in Public Procurement”.
 - (2016c). “Country case: transparency and traceability in public procurement in Italy”.
 - (2017a). “What is Public Procurement?” Recuperado el 6 de junio de 2017 en <http://www.oecd.org/governance/ethics/public-procurement.htm>.
 - (2017b). “Public Procurement for Sustainable and Inclusive Growth”. Recuperado el 19 de mayo de 2017 en <https://www.oecd.org/gov/ethics/Public-Procurement-for>
- 163. Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, INTOSAI.
 - (1988). “La declaración de Lima”. INTOSAI General Secretariat – RECHNUNGSHOF (Austrian Court of Audit).
 - (2004). “Guía para las Normas del Control Interno del Sector Público. Información adicional sobre la Administración de Riesgos de la Entidad”. INTOSAI GOV 9130. <http://www.intosai.org>.

- 164.Otley David (2007). “Performance management: a framework for management control systems research”. Management Accounting Research, 1999.
- 165.Parada Vázquez Ramón (2017). “Derecho Administrativo I”.26ª edición. Ediciones Académicas.
- 166.Pardellas Rivera José Manuel (2018) “Aspectos económicos, presupuestarios y de fiscalización de los contratos de las entidades locales” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.
- 167.Parlamento Europeo (2013). “Political and other forms of corruption in the attribution of public procurement contracts and allocation of EU funds: extent of the phenomenon and overview of practices”. Brussels. Recuperado el 6 de mayo de 2016 en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.
- 168.Parejo Alfonso Luciano (2016). “La vigilancia, la supervisión y el control administrativos. Reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual”. Control administrativo y justicia administrativa. Edita INAP.
- 169.Pascual García José (1999). “Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control”. Estudios jurídicos. Madrid.
- 170.Peña Ochoa Alfonso (2017). “Nuevos escenarios para la contratación pública: la transposición en España y la nueva Gobernanza. Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los órganos de control externo OCEX”. Cámara de Cuentas de Aragón. Presentación VIII Seminario de Contratación Pública. Formigal (Huesca) 20 a 22 de Septiembre.
- 171.Pérez Luque Antonio (2005). “La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales”. El Consultor.
- 172.Pernas García José (2013). “Contratación Pública y eficiencia energética”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi.
- 173.Pin Arboledas José, Jiménez M. Javier, Almonacid Lamelas Víctor, Arístegui José Luis, Álvarez Fernando (2015). “Libro blanco. Licitación pública electrónica”. Guías de Gestión Ciudad Inteligente.
- 174.Pin Arboledas José, Yera Trinidad, Susaeta Lourdes, Gato Pedro, Puga Javier (2011). “La licitación electrónica en el sector público español. Presente y futuro”. Universidad de Navarra. IESE y VORTAL.
- 175.Pintos Santiago Jaime.
- (2017). “Contratación Pública Electrónica VS. Contratación Pública y Electrónica”. Opinión Observatorio Contratación Pública. Junio.

- (2018). “El derecho de la contratación pública de la Unión Europea” en Campos Acuña, Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos.
- 176.Porras Gómez Antonio (2015). “El control externo del gasto público en entes políticos descentralizados. El caso de España”. Revista Auditoría Pública nº 64.
- 177.Ramió Matas Carles (2013). “Balance del impacto de las crisis económica, política, social e institucional sobre las administraciones públicas en España 2011-2013: Diagnóstico y propuestas”. GIGAPP Estudios. Working Papers. Programa de Doctorado en Gobierno y Administración y Pública. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.
- 178.Red Interamericana de Compras Gubernamentales, RICG.
- (2013). “Informe Final: Primer encuentro del grupo de trabajo sobre indicadores del sistema de compras y contratación pública de la RICG”. Bogotá, Colombia.
 - (2014). “Compras públicas para el desarrollo”. Octubre. Boletín nº 19. Recuperado el 3 de junio de 2016 en https://issuu.com/fonsecahelenam/docs/boletin_ricg_no._19__oct_2014_b62f00f646f4b7/0
 - (2015). “XI Conferencia Anual”. Recuperado el 5 de julio de 2016 en <http://ricg.org/xi-conferencia-anual-de-la-ricg/contenido/433/es/>.
- 179.Render Barry y Heizer Jay (2014). “Principios de Administración de Operaciones”. Novena edición. Impreso en México. Publicado por Pearson Education.
- 180.Rendon Rene (2007). “Best practices in contract management. In 92nd Annual International Supply Management Conference, May 2007. Recuperado el 6 de octubre de 2017 en <http://www.ism.ws/files/Pubs/Proceedings/GGRendon.pdf>
- 181.Rodríguez-Arana Muñoz Jaime.
- (1996). “Ética institucional. Mercado versus función pública”. Dykinson y Escuela Gallega de Administración Pública. Madrid.
 - (2007). “Sobre las privatizaciones”. Revista de Derecho Administrativo. Círculo de la Calidad.
 - (2013). “La contratación del sector público como política pública”. Contratación Pública Estratégica. Aranzadi.
- 182.Rodríguez-Arana Muñoz, Moreno Molina José, Jinesta Lobo Ernesto y Navarro Medal Karlos (2011). “Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas”. Primera edición.
- 183.Rodríguez Fraga Beatriz (2017). “Planes de prevención de la corrupción. Nuevas funciones de los OCEX”. Consejo de Cuentas de Galicia. Presentación VIII Seminario de Contratación Pública. Formigal (Huesca) 20 a 22 de Septiembre.

- 184.Rodríguez Garraza Tomás (2012). “La calidad y la mejora en la Administración Pública”. AENOR, Asociación Española de Normalización y Certificación.
- 185.Rodríguez-Porrero Cristina y Gil González Santiago (2014). “Accesibilidad en compras públicas”. Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas. CEAPAT.
- 186.Rothstein Bo (2011). “Anti-corruption: the indirect big bang approach”. *Review of International Political Economy*.
- 187.Ruiz López Joaquín y Cuellar Martín Eloy (2013). “La Gestión de Calidad en las Administraciones Públicas Españolas. Balance y perspectivas”. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Nueva Época, nº 10. julio-diciembre.
- 188.Salamanca Gómez José María (2010). “La cultura del control interno”. *Revista de la asociación Interventores y Auditores del Estado* nº 2, semestral, Julio a Diciembre.
- 189.Salgado Castillo Jorge Andrés y Calderón Pinzón Laura Tatiana (2014). “Sistemas de control de gestión y desempeño organizacional: una revisión conceptual”. XIX Congreso Internacional de Contaduría, Administración e Informática. México.
- 190.Salgueiro Anabitarte Amado (2001). “Indicadores de gestión y cuadro de mando”. Ediciones santos. Madrid.
- 191.Sánchez Navarro Ángel J (1995). “Control Parlamentario y minorías”. *Revista de Estudios Políticos* nº88.
- 192.Sanín Ángel Héctor (1999). “Control de gestión y evaluación de resultados en la gerencia pública”. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES. CEPAL. Naciones Unidas.
- 193.Sanmartín Mora María Asunción.
- (2011). “El reto pendiente. Hacia la profesionalización de los gestores de la contratación pública”. *Opinión en Observatorio de Contratación Pública*, septiembre.
 - (2013). “La transparencia de la contratación pública, nuevas perspectivas”. IV Seminario de Contratación Pública. Los retos inminentes de la contratación pública.
- 194.Santamaria Pastor (2013). “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”. *Revista española de derecho administrativo* nº 159.
- 195.Santiago Fernández M^a José (2015). “Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro”. *Revista Auditoría Pública* nº 66.
- 196.Sendín García Miguel Ángel (2003). “Hacia un servicio público Europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos”. Editorial Comares.
- 197.Semple Abby (2015). “Public Procurement Analysis. Guía para autoridades públicas sobre la Contratación Pública de Innovación”. Primera edición.

- 198.Schedler Andreas, Diamond Larry, y Plattner Marc F (1999). “Conceptualizing Accountability”. *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Boulder and London, Lynne Rienner Publishers.
- 199.Schroeder Roger (2004). *Administración de operaciones. Concepto y casos contemporáneos*. McGraw-Hill.
- 200.Simons Robert (1995). “Levers of control: how managers use innovative control systems to drive strategic renewal”. Harvard Business School Press.
- 201.Sinde Cantorna Sandra (2018) “Cómo comprar innovación en el ámbito local empleando el diálogo competitivo” en Campos Acuña Concepción “La nueva contratación pública en el ámbito local”. *Claves para una contratación electrónica y transparente. El Consultor de los Ayuntamientos*.
- 202.Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, SELA, (2015). “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe”. Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe Quito, Ecuador 15 y 16 de julio.
- 203.Soria Collado Sandra (2013). “Reducción de cargas administrativas. La aprobación del modelo de declaración responsable por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa”. *Revista contratación Administrativa Práctica* nº 123. Editorial Wolters Kluwer.
- 204.Sourcesuite
- (2013a). “Procurement data collection & analysis”. December. EE.UU. www.sourcesuite.com.
 - (2013b). “Transparency in procurement”. November. EE.UU. www.sourcesuite.com.
- 205.Storkey Ian (2011). “Gestión del riesgo operacional y planificación de la continuidad de las operaciones para tesorerías estatales modernas”. Fondo Monetario Internacional.
- 206.Suárez Beltrán Gonzalo y Laguado Giraldo Roberto (2007). “Manual de contratación pública electrónica para América Latina”. CEPAL. Naciones Unidas.
- 207.Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía (2015). “Guía 2.0 para la compra pública de innovación”. España.
- 208.Subirats Humet Joan (2004). “¿Podemos utilizar los instrumentos de evaluación como palanca de gobierno del sector público?”. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, 2-5 Noviembre.
- 209.Snider Keith F. y Rendon Rene G (2012). “Public Procurement: Public Administration and Public Service Perspectives”. *Journal of Public Affairs Education*. Vol. 18, nº 2.
- 210.Talavera Pleguezuelos Clemente (1999). “Calidad Total en la Administración Pública”. CEMCI.
- 211.Tan Li Huang Joyce (2013). “An analysis of internal controls and procurement fraud deterrence”. Thesis. Naval Postgraduate School. Monterey, California.

212. Telles Pedro (2016). "Public Procurement Financial Thresholds in the EU and Their Relationship with the GPA". EPPPL, Vol. 11. Forthcoming. May.
213. Terry George R y Franklin Stephen G (1996). "Principios de Administración". Compañía Editorial. Continental, séptima edición. México.
214. Thompson Arthur y Strickland A (2004). "Administración estratégica. Textos y casos". Decimo tercera edición.
215. The Economist (2016). "Procurement spending. Rigging the bids". Recuperado el 22 de junio de 2017 en <http://www.economist.com/news/europe/21710315-government-contracting-growing-less-competitive-and-often-more-corrupt-rigging-bids>.
216. Tique Andrade Alfonso, Mendoza Castro Héctor y Estol Peixoto Rosina (2013). "Adquisiciones y eficiencia operativa Análisis de la ejecución de proyectos financiados por el BID". Banco Interamericano del Desarrollo, BID.
217. Tomé Muguruza, Baudilio (2013). "La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las Instituciones de control externo". Revista española de control externo nº 43, pp.73-101.
218. Transparencia Internacional.
- (2016). "Integrity Pacts: a how-to guide from practitioners". Co-funded by the European Commission.
 - (2017). "Integrity Pacts". Recuperado el 14 de septiembre de 2017 en https://www.transparency.org/whatwedo/tools/integrity_pacts/3/
219. Tribunal de Cuentas Español (2016). "Informe de fiscalización de la contratación de las entidades locales de las comunidades autónomas sin órgano de control externo propio, período 2013-2014", nº 1178.
220. Tribunal de Cuentas Europeo.
- (2014a). "Los dispositivos de rendición de cuentas y fiscalización de la UE: lagunas, redundancias y desafíos". Luxemburgo.
 - (2014b). "Mejorando la gestión financiera de la Unión Europea". Bélgica.
 - (2015). "Informe especial: 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". nº 10, Luxemburgo.
 - (2016). "Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública". Unión Europea. Luxemburgo.
221. Tribunales Administrativos de Contratación Pública (2016). "Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de

contratos del sector public”. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo, Observatorio Contratación Pública.

222.Unión Europea.

- (2010). “Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE”. Recuperado el 5 de marzo de 2016 en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0571>.
- (2011a). “Revision of EU procurement legislation Matters of concern for Local and Regional Authorities and potential subsidiarity issues”.
- (2011b). “EU Public Procurement Law. An Introduction”.
- (2014). “Public procurement -Study on administrative capacity in the EU. France Country Profile. Recuperado el 3 de mayo de 2017 en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/fr.pdf.
- (2015a). “Public procurement -Study on administrative capacity in the EU Spain Country Profile”. Recuperado el 4 de noviembre de 2016 en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/es.pdf.
- (2015b). “Public procurement-Study on administrative capacity in the EU Italy Country Profile”. Recuperado el 10 de noviembre de 2016 en http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/it.pdf.
- (2015c). “Contratación pública. Guía práctica sobre cómo evitar los errores más comunes en la contratación pública de proyectos financiados con cargo a los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos”.
- (2017). “Recomendación de la Comisión de 3.10.2017 sobre la profesionalización de la contratación pública construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. Nota de Transmisión. Bruselas, 5 de octubre.

223.Universidad de California, San Diego (2016). “Internal Control Practices: Purchasing”. Recuperado el 30 de agosto de 2016 en <http://blink.ucsd.edu/finance/accountability/controls/practices/purchasing.html>

224.Universidad de Lisboa (2014). “2da Conferencia Europea sobre e-Contratación Pública (ECP)” . www.opet.pt. 27 de Mayo, IST, Lisboa.

225.Utarra Elvira, Edler Jakob, Garcia-Estevez Javier, Georghiou Luke, Yeow Jillian (2014). “Barriers to Innovation through Public Procurement: A Supplier Perspective”. Technovation 34, nº 10.

226. Valcárcel Fernández, Patricia (2011). “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”. *Actualidad Jurídica Ambiental* nº 1.
227. Vázquez, Francisco (2016). “Opinión Diario el Mundo de España”. Recuperado el 30 de junio de 2016 en: <http://www.elmundo.es/economia/2016/04/19/571605d0ca4741c7118b4591.htm>.
228. Vaquer Caballeria M (2016). “Corrupción pública y ordenamiento jurídico”; España.
229. Villoria Mendieta Manuel.
- (2010). “La Administración Pública entre dos siglos”. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Primera edición.
 - (2017). “La corrupción en España”. Artículo Revista de Libros. RDL. Octubre.
230. Villoria M y Jiménez F.
- (2012a). “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”. *Reis* 138.
 - (2012). “¿Cuánta corrupción hay en España? los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*.
231. Vonortas Nicolas, Bhatia Pushmeet y Mayer Deborah (2011). “Public procurement and innovation in the United States”. Final Report. The George Washington University.
232. Wehrhch H, Koontz H, y Cannice M, (2012). “Administración una Perspectiva Global y Empresarial”. Mc. Graw Hill, Décimo cuarta edición. México.
233. Weber Martín y Witkos Bernard (2013). “Enfoque del Tribunal de Cuentas Europeo respecto de la auditoría de la contratación pública en el ámbito de los fondos estructurales y de cohesión”. *Revista Auditoría Pública* nº 60.
234. World Bank Group.
- (2015). “Benchmarking Public Procurement 2015. Pilot report assessing public procurement systems in 10 economies”.
 - (2016). “Benchmarking Public Procurement 2016: Assessing Public Procurement Systems in 77 Economies”. Washington, DC.
235. World Bank.
- (2016). “Procurement. Assessment of Country's Public Procurement System”.
 - (2017). “Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement”.
236. Yáñez Guillermo (2015). “Contratación Pública Electrónica”. Presentación para cursos y jornadas de contratación pública electrónica. Actualizada a octubre de 2015 para el Instituto de Administraciones Públicas Adolfo Posadas.
237. Zapico Goñi Eduardo y Mayne John (2000). “Seguimiento de los resultados de la gestión en el sector público: perspectivas desde la experiencia internacional”. Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales.

ANEXOS

ANEXO 1. DESGLOSE DE LAS PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y/O CARENCIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA

“DESGLOSE DE LAS PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y/O CARENCIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA”	
DESDE	PRINCIPALES PROBLEMÁTICAS Y/O CARENCIAS EN LAS COMPRAS PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS ESPECÍFICOS
POLÍTICA (GOBIERNO)	1. Escasa voluntad política para cambiar a la contratación electrónica ¹⁸²⁶ . 2. Falta de claridad y transparencia de los gobiernos en el país, situación que torna a ser una barrera adicional a la eficacia y a la participación de proveedores locales como internacionales ¹⁸²⁷ .
NORMATIVA	1. Escasa utilización de las vías establecidas para detectar desviaciones de la norma ¹⁸²⁸ . 2. Demasiadas normativas de contrataciones públicas (dispersión normativa) ¹⁸²⁹ . 3. Necesidad de normativa especial o más sencilla para Administraciones Locales ¹⁸³⁰ . 4. Incompleto cumplimiento de la normativa interna de contratación por las Comunidades Locales ¹⁸³¹ . 5. Falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes para la legislación sobre contrataciones (esta ausencia produce la aplicación incorrecta y desuniforme de la legislación en la materia) ¹⁸³² . 6. Demasiadas cargas administrativas para las PYMES ¹⁸³³ . 7. Falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país ¹⁸³⁴ . 8. Gran número y diversidad de órganos de contratación, provocando multiplicación de las normas y procedimientos de aplicación ¹⁸³⁵ .
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	1. Inexistencia de una política de coordinación entre Tribunales que favorezca la unidad doctrinal ¹⁸³⁶ .
SISTEMA GENERAL DE CONTRATACIONES	1. Carencia simultánea de una evaluación interna y externa del grado de cumplimiento de la eficiencia económica ¹⁸³⁷ . 2. Falta de trabajo en equipo de los entes controladores. Se percibe una insuficiencia de colaboración entre Tribunales de Cuentas Nacionales y Autonómicos. 3. Escasez de aplicación de un sistema electrónico “integral” de contratación (el uso de la contratación electrónica está todavía en gran parte limitada a la publicación electrónica de contratos, avisos y la facturación electrónica) ¹⁸³⁸ . 4. Inexistencia de un organismo externo especializado para evaluación ¹⁸³⁹ . 5. Necesidad de una mayor cooperación administrativa y escasa coordinación entre organismos públicos para realizar compras en conjunto ¹⁸⁴⁰ . 6. Falta de profesionalización del RR.HH en el área de las contrataciones ¹⁸⁴¹ . 7. Error por parte de las Administraciones Públicas al aplicar una estrategia de dentro hacia afuera. La realidad es que como el proceso es muy lento no se tiene en cuenta la opinión de los ciudadanos, por ello nunca se produce la ansiada apertura al

¹⁸²⁶ Almonacid en Galán et al (2013), op. cit., pp.48-50.

¹⁸²⁷ Unión Europea (2015a), op. cit., p.206-212.

¹⁸²⁸ CNMC (2015), op. cit., pp.26-27.

¹⁸²⁹ Santamaría (2012), op. cit., p.35; CNMC (2015), op. cit., p.23; Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p. 48; Vázquez Francisco (2016); Colás Tenas (2014), op. cit., p. 109.

¹⁸³⁰ Moreno Molina J.A. (2013), op. cit., p.50.

¹⁸³¹ Página web Tribunal de Cuentas Español. <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>. Recuperado el 15 de junio de 2016.

¹⁸³² Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5. En adición, recordamos también sobre este punto lo manifestado por Gamero y Fernández (2016), op. cit., pp. 64-65.

¹⁸³³ Diario el Mundo Financiero (2016). Entrevista realizada al Presidente de la Asociación Nacional de Empresas de Internet, Sr. Miguel Errasti el 21 de octubre de 2014; y, entrevista a subdirector de la Dirección General Pequeñas y Medianas Empresas del Ministerio de Economía en “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial La Ley, nº 149.

¹⁸³⁴ Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5.

¹⁸³⁵ Ibid, pp.211-212.

¹⁸³⁶ Gimeno (2015a), op. cit., p.154; Gimeno et al (2015), p.87; Gimeno (2015b), op. cit, pp.39-40.

¹⁸³⁷ CNMC (2015), op. cit., pp.26-27.

¹⁸³⁸ Página web Comisión Europea. Recuperado el 13 de abril de 2016; 90. Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212.

¹⁸³⁹ CNMC (2015), op. cit., pp.26-27.

¹⁸⁴⁰ Ibid, pp.19-20; Página web Comisión Europea. Recuperado el 13 de abril de 2016.

¹⁸⁴¹ Gimeno (2016a), op. cit., p.14; Bernal Blay (2013), op. cit., p.122; Almonacid en Galán et al (2013), op. cit., pp.50-52.

	<p>exterior. Se ha demostrado por las Administraciones consideradas líderes en esta práctica que la estrategia correcta es la inversa, de fuera a dentro (Outside In)¹⁸⁴².</p> <p>8. Ausencia de efectiva transparencia en el sistema y proceso de contratación (baja tasa de publicación de los anuncios de contratos)¹⁸⁴³.</p> <p>9. Pago de precios excesivamente elevados en compras de Obras Públicas. Se paga por ellas un precio que supera en casi un 50% de media el precio pagado en la Unión Europea¹⁸⁴⁴.</p> <p>10. Dispersión de la autoridad de contratación que crea una oportunidad para la experimentación¹⁸⁴⁵.</p>
PROCESO INTERNO DE CONTRATACIÓN	<p>1. Procedimientos de contratación pública internos largos y engorrosos¹⁸⁴⁶.</p> <p>2. Ruptura de contratos de gran tamaño en más pequeños para evitar requisitos de contratación pública¹⁸⁴⁷.</p> <p>3. No existe un control interno ni tampoco externo sobre la aplicación de sanciones y cobro de multas efectuadas a los proveedores por incumplimientos¹⁸⁴⁸.</p> <p>4. <i>Fase de solicitud de requerimiento:</i> -Deficiencias en lo que se refiere a la adecuada determinación de los presupuestos y del objeto de los contratos¹⁸⁴⁹. -Pliegos de condiciones a la medida para determinadas empresas, y criterios de selección o evaluación poco claros¹⁸⁵⁰. -No incorporación a diversos expedientes de los informes y justificativos de la necesidad de compra, y además de los objetivos de la contratación¹⁸⁵¹. -Insuficiente justificación de los fraccionamientos de los contratos (motivación)¹⁸⁵².</p> <p>5. <i>Fase selección mecanismo de contratación:</i> -Abuso de los procedimientos negociados¹⁸⁵³. -Mal uso de la tramitación de los expedientes por el procedimiento de urgencia¹⁸⁵⁴. -Necesidad de mayor control de contratos menores¹⁸⁵⁵.</p> <p>6. <i>Fase evaluación de las ofertas:</i> -Fijación de criterios de valoración de las ofertas no suficientemente claros y precisos¹⁸⁵⁶. -Conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas y licitación colusoria¹⁸⁵⁷.</p> <p>7. <i>Fase recibo de productos y/o servicios.</i> Demasiado tiempo en pagar a proveedores luego de recibir el producto/servicio¹⁸⁵⁸.</p> <p>8. <i>Fase seguimiento y monitoreo de la compra:</i> -Ausencia de rigor en la preparación y la adjudicación de las fases de los contratos públicos, además de una falta de control efectivo en su ejecución y sus modificaciones¹⁸⁵⁹. -Necesidad de una nueva filosofía en la gestión de contratos¹⁸⁶⁰. -Respecto de los contratos de obras y de gestión de servicios públicos, se aprecian deficiencias en demoras y ampliaciones no justificadas de los plazos de ejecución y en retrasos en los pagos¹⁸⁶¹. -Modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contratos¹⁸⁶².</p>

¹⁸⁴² Federación Española de Municipios y Provincias, FEMP (2011), op. cit., p.8.

¹⁸⁴³ Ibid; CNMC (2015), op. cit., pp. 9-11; también a este respecto hay que mencionar al artículo publicado en la revista The Economist (2016). "Procurement spending. Rigging the bids". Recuperado el 22 de junio de 2017 en <http://www.economist.com/news/europe/21710315-government-contracting-growing-less-competitive-and-often-more-corrupt-rigging-bids>.

¹⁸⁴⁴ De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁸⁴⁵ Unión Europea (2015a), op. cit., p.206.

¹⁸⁴⁶ CNMC (2015), op. cit., pp. 20-21; De la Morena López (2015b), op. cit., p.8.

¹⁸⁴⁷ Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212.

¹⁸⁴⁸ Esta debilidad es inferida de la investigación en curso.

¹⁸⁴⁹ Página web Tribunal de Cuentas Español. Recuperado el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88.

¹⁸⁵⁰ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24; Unión Europea (2015a), op. cit., pp.211-212.

¹⁸⁵¹ Página web Tribunal de Cuentas Español, op. cit., recuperado el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>.

¹⁸⁵² Ibid; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88.

¹⁸⁵³ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24; Comisión Europea (2016a), op. cit., p.5; Comisión Europea (2017a), op. cit., p.56.

¹⁸⁵⁴ Página web Tribunal de Cuentas Español. Recuperado el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>

¹⁸⁵⁵ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24.

¹⁸⁵⁶ Página web Tribunal de Cuentas Español; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88.

¹⁸⁵⁷ Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24.

¹⁸⁵⁸ World Bank Group (2016), op. cit., pp. 31-32.

¹⁸⁵⁹ CNMC (2015), op. cit., p.17; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88; Unión Europea (2015a), op. cit., p.211-212.

¹⁸⁶⁰ Gimeno Feliú (2015a), op. cit., p.153.

¹⁸⁶¹ Página web Tribunal de Cuentas Español. Recuperado el 15 de junio de 2016 en <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/sala-de-prensa/news/el-tribunal-de-cuentas-aprueba-el-informe-de-fiscalizacion-de-la-contratacion-de-las-entidades-locales-de-la-comunidad-autonoma-de-cantabria-2012/>; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88.

SISTEMA DE INFORMACIÓN Y DATOS	1. Necesidad de base de datos. Deficiencias de calidad en los reportes e información entregada sobre las licitaciones y procesos de compras ¹⁸⁶³ .
	2. Deficiente acceso a los datos de compras en los sistemas de contrataciones ¹⁸⁶⁴ .
	3. Necesidad de un mayor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información ¹⁸⁶⁵ .
	4. Multiplicidad de plataformas de contratación que generan una falta de uniformidad tanto en la información que se facilita, como en los servicios y las facilidades de búsqueda de oportunidades de negocio para las empresas. Esto ocasiona ineficiencias y duplicidad de costes ¹⁸⁶⁶ .
	5. Falta de interoperabilidad (intercambio de información) de los sistemas de información existentes en las instituciones públicas ¹⁸⁶⁷ .

Fuente. Elaboración propia en base a autores de esta investigación.

¹⁸⁶² Comisión Europea (2014a), op. cit., p.24; Tribunal de Cuentas Español (2016), op. cit., pp.14-88.

¹⁸⁶³ Página web Comisión Europea. Recuperado el 13 de abril de 2016; y “Crónica de la I Jornada sobre nuevos escenarios de la contratación pública”. El Consultor Contratación Administrativa, 9 de Mayo, Editorial La Ley. nº 149.

¹⁸⁶⁴ CNMC (2015), op. cit., p. 9-11.






¹⁸⁶⁵ Ibid, pp. 18-19.

¹⁸⁶⁶ Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, CORA (2013). “Grupo 1. Duplicidades Administrativas”. Publicación en una Plataforma única de todas las licitaciones tanto del Sector Público Estatal como las de las comunidades Autónomas.

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1_-PLACE_bf484bf6%232E%23pdf/chk.64ba9a93a77493301ba5e42d23bb7a32, p.133; Unión Europea (2015a), op. cit., p.206. El ideal es que al menos pueda existir una plataforma por Comunidad, pero que cada una del total de 17 se consoliden en una sola base de datos de compra nacional.

¹⁸⁶⁷ Ibid, pp.211-212; Directiva 2014/24/UE en su Considerando 53.

ANEXO 2. CONCEPTOS ERRONEOS Y CORRECTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

“CONCEPTOS ERRONEOS Y CORRECTOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”		
CONCEPTO ERRONEO		CONCEPTO CORRECTO
La contratación electrónica es ante todo un proyecto de TIC		La contratación electrónica es primeramente un proyecto sobre adquisiciones. El proyecto debe ser dirigido por la institución de contratación pública en lugar de autoridades o empresa de TIC. Un entendimiento común sobre las funciones del sistema y un equilibrio de los profesionales de compra y de TIC es importante.
La contratación electrónica es una réplica digital de la contratación tradicional		La contratación electrónica es un programa general de reforma de las adquisiciones. Aplicar la contratación electrónica requiere re-ingeniería de los procesos de adquisiciones para tener éxito. No es sólo una automatización de los procesos basados en papel.
La contratación electrónica erradicará la corrupción		La contratación electrónica puede aumentar significativamente la transparencia. Puede proporcionar trazabilidad para las auditorías, facilitar datos, análisis para detección de la corrupción, y mejorar la transparencia a través de la divulgación de los resultados de licitación. Si se aplica incorrectamente, puede dejar espacio para nuevas formas de corrupción y abusos.
La contratación electrónica requiere compleja legislación		La contratación electrónica no requiere complicada normativa. Iniciar una contratación electrónica puede no requerir una legislación. El marco legal se puede utilizar en combinación con las normas y directrices complementarias.
La instalación de un Portal único para la contratación electrónica requiere un sistema centralizado de compras		La instalación de un portal único para la contratación electrónica puede ser adoptado en países con sistemas de compras descentralizados. Un portal de adquisiciones con una sola ventana sólo requiere una entidad encargada del funcionamiento del sistema. Las agencias de contratación individuales pueden utilizar comúnmente el portal de ventanilla única, mientras que de forma individual se pueden realizar licitaciones.

Fuente. Cuadro adaptado por el autor a partir de los datos indicados en Naciones Unidas (2011).

ANEXO 3. USO DE FUNCIONALIDADES PROPORCIONADAS POR LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PAÍSES DE LA OCDE

	Obligado y proporcionado	No obligado pero proporcionado	No proporcionado
<input type="checkbox"/> Anuncio de ofertas	AUS, AUT, BEL, CAN, CHL, DNK, EST, FIN, FRA, DEU, GRC, HUN, IRL, ITA, KOR, LUX, MEX, NLD, NZL, NOR, POL, PRT, SVK, SVN, ESP, SWE, CHE, TUR, GBR, USA	ISL, JPN	
<input type="checkbox"/> Envío electrónico de ofertas (No incluyendo envío por email)	BEL, CHL, EST, FRA, GRC, ITA, MEX, PRT, USA	AUS, AUT, DNK, FIN, DEU, IRL, JPN, KOR, LUX, NLD, NZL, NOR, SVK, SVN, ESP, SWE, TUR, GBR	CAN, HUN, ISL, POL, CHE
<input type="checkbox"/> Ofertas electrónicas	BEL, CAN, CHL, EST, GRC, IRL, ITA, MEX, CHE, USA	AUT, DNK, FIN, FRA, DEU, JPN, KOR, NLD, NZL, NOR, PRT, SVK, SVN, ESP, SWE, TUR, GBR	AUS, HUN, ISL, LUX, POL
<input type="checkbox"/> Notificación del adjudicado	AUS, AUT, BEL, CAN, CHL, DNK, EST, FIN, DEU, GRC, HUN, IRL, KOR, MEX, NLD, NZL, NOR, POL, PRT, SVK, SVN, ESP, SWE, CHE, TUR, USA	FRA, ITA, JPN, GBR	ISL, LUX
<input type="checkbox"/> Facturación electrónica (No incluyendo envío por email)	AUT, DNK, FIN, ITA, NLD, ESP, SVN, SWE, CHE, USA	FRA, DEU, ISL, JPN, KOR, NZL, NOR, GBR	AUS, BEL, CAN, CHL, EST, GRC, HUN, IRL, LUX, MEX, POL, PRT, SVK, TUR
<input type="checkbox"/> Gestión de contratos ex post	CHE, TUR, USA	DNK, FIN, DEU, ITA, JPN, KOR, NZL, NOR, SVN, SWE	AUS, AUT, BEL, CAN, CHL, EST, FRA, GRC, HUN, ISL, IRL, LUX, MEX, NLD, POL, PRT, SVK, ESP, GBR

Fuente. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE (2015b), op. cit., p.141. Datos al 2014. España se muestra con la sigla: ESP.

Tales funcionalidades mencionadas, son aplicadas en plataformas electrónicas que los diferentes países seleccionan de acuerdo a sus realidades y presupuestos, pudiendo elegir entre las siguientes de acuerdo con sus ventajas y desventajas:

	Ventajas	Inconvenientes
Plataforma propia	<ol style="list-style-type: none"> 1) Pleno control de funciones. 2) Máxima personalización. 3) Posibilidad de reutilización. 4) Facilidad de integración. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Coste elevado. 2) Necesidad de personal especializado. 3) Tiempo elevado. 4) Necesidad de infraestructura física.
Plataforma externa licenciada	<ol style="list-style-type: none"> 1) Bajo coste. 2) Tiempo de implantación bajo. 3) Personal especializado externo. 4) Garantías de funcionamiento. 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Dependencia plena de un proveedor. 2) Dificultad de integración. 3) Necesidad de infraestructura física. 4) Imposibilidad de reutilización.
Plataforma externa prestada en modo servicio	<ol style="list-style-type: none"> 1) Servicio integral. 2) Muy bajo coste. 3) Fácil implantación. 4) Gran escalabilidad. 5) Tiempo muy corto 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Desubicación de información. 2) Dependencia absoluta de un proveedor externo. 3) Pérdida de control por parte de los responsables.

Fuente. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, INTECO (2011), op. cit., p.76.

ANEXO 4. DEFICIENCIAS DEL CONTROL EXTERNO EN ESPAÑA CON SUS RESPECTIVAS PROPUESTAS DE MEJORA

	DEFICIENCIA IDENTIFICADA	PROPUESTA
REQUERIMIENTOS A LOS PARLAMENTOS Miremos al Sistema (causas ajenas al sistema CE)	1. Configuración jurídica de la responsabilidad contable .	1.1. Reforma normativa de la jurisdicción contable. 1.2. Recurrir al orden penal por malversación en lugar de al contable.
	2. Politización	2.1. Actitud en el ejercicio profesional.
	3. Impacto estéril de los informes. Desatención de los Parlamentos a las recomendaciones	3.1. <i>Obligar</i> a que las recomendaciones que hacen las ICEX, de manera reiterada y cuyo coste-beneficio sea asumible, se cumplan.
	4. Utilidad y visión que tiene la sociedad de un ICEX en relación a otros agentes con funciones de control (fiscalía anticorrupción, UDEF, guardia civil)	4.1. No repetir año tras año controles estéticos y estériles. 4.2. Orientar los recursos a controles de alto impacto. 4.3. Depurar las responsabilidades , no difuminarlas. Valor disuasorio de las sanciones por infracciones.
	5. Normativa desajustada	5.1. Adelantar fechas de rendición, de entidades locales, por ejemplo.
	6. Dimensionar adecuadamente las ICEX	6.1. Hacer más y mejores trabajos, cercanos en el tiempo y que atiendan a las demandas de las sociedad.
	7. Creación de Instituciones Semejantes a las ICEX (infrautilizarlas)	7.1. No crear órganos "ad hoc" para realizar funciones similares a las que vienen realizando las ICEX o que podrían asumir.
ICEX, MEJOREMOS DENTRO: Miremos hacia dentro (Causas propias)	1. Dejemos de mirar para otro lado. Hagamos lo que tenemos que hacer.	1.1. No hacer auditorías financieras cuando se deben hacer auditorías de legalidad (por huida del derecho administrativo, por incompatibilidades o por cualquier otro alcance de legalidad)
	2. Escasa cercanía y actualidad. Desconexión con la sociedad	2.1. Responder a las demandas ciudadanas, realizando informes de interés social.
	3. Resistencia al cambio y al uso de las tic	3.1. Apostar por el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación. Fiscalizaciones 100% digital.
	4. Pedagogía sobre el control.	4.1. Fomentar que los jóvenes conozcan el trabajo que realizan las ICEX. 4.2. Impulsar la cultura de control y difundir el trabajo que realizan las ICEX.
	5. Escasa difusión de actividades y presencia en medios de comunicación <i>El informe es solo el principio. Conocimiento no comunicado no es conocimiento.</i>	5.1. Acercar y explicar el trabajo de fiscalización a los medios de comunicación. Difusión y presencia en los medios de manera ordinaria.
	6. Percepción del auditado sobre el ICEX <i>Estamos aquí para ayudar</i>	6.1. Concienciar a los cuentadantes de que la labor de las ICEX redundará en beneficio de su gestión.
	7. Fiscalizaciones de baja calidad	7.1. Incrementar los controles de calidad de los informes de fiscalización como elemento esencial para ganar en credibilidad y prestigio.
	8. Fiscalizaciones de impacto , No hagamos estudios estadísticos	8.1. Replantearse las fiscalizaciones de tipo horizontal , basadas única y exclusivamente en analizar datos remitidos por los entes sometidos a control.
	9. Coordinación, duplicidades Dejemos de malversar recursos y tiempo	9.1. Evitar realizar fiscalizaciones que hayan realizado otros. 9.2. Base de Datos Nacional de Fiscalizaciones.
	10. La salud democrática interna. La tensión entre el staff técnico y la dirección política.	10.1. Cumplimiento fiel de Programas de Control 10.2. Garantías frente a exigencia de Responsabilidades.
	11. Empleo de nuevas vías/competencias para depurar el daño a los fondos públicos con mayor efectividad	11.1. Ir por vía jurisdiccional penal (malversación) en lugar de la contable, dada la mayor complejidad de sustanciación procesal de esta última.

Fuente. García y Pérez (2016), op. cit., p.38

ANEXO 5. OBJETIVOS DE ORGANISMOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ORGANISMOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
ÓRGANOS ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL
(1) Tribunales de Cuentas	Controlar la función económica y financiera de la actividad pública.
(2) Parlamento o Congreso	Autoridades públicas elegidas popularmente, quienes -dentro de sus variadas funciones- deben controlar las acciones del gobierno de turno y su gestión pública.
(3) Tribunales Administrativos	Organismo jurídico con la función de resolver las problemáticas y controversias que se produzcan entre el sector público y los privados.
(4) Contralorías Generales	Son aquellos órganos públicos independientes encargados de examinar las cuentas y la legalidad de los gastos oficiales ¹⁸⁶⁸ .
(5) Ministerios	Es el órgano más elevado de la Administración Central, y el centro supremo de dirección y ordenación de cada una de las grandes unidades en que se desglosa la Administración del Estado ¹⁸⁶⁹ . En realidades como Latinoamérica, por lo general las unidades o áreas de compras están supeditadas a los lineamientos y supervisión de este Ministerio sobre la materia.
(6) Oficinas de Auditorías y Rendición de Cuentas	Agencia o servicios independientes, no partidistas, que trabajan para el Congreso o Parlamento, y que tiene por objeto examinar el gasto público e investigar cómo se está gastando el dinero de los contribuyentes ¹⁸⁷⁰ . Ayudan a mejorar la gestión de los servicios públicos.
(7) Servicios o Agencias creadas específicamente para compras	Entidades específicas para esta materia que actúan como órgano rector y superior en el tema (realidad actual en gran parte de países de Centro y Sudamérica).
(8) Ombudsman (Defensor del Pueblo/Mediador)	Órgano mediador entre la ciudadanía y el Estado.
(9) Organizaciones extra gubernamentales	Organismos y/o asociaciones formales e informales de proveedores, empresas o ciudadanos que actúan como parte de un control social sobre los procesos de compras nacionales.

Fuente. Elaboración propia

¹⁸⁶⁸ Diccionario de la RAE. Recuperado el 5 de septiembre de 2016 en <http://dle.rae.es/?id=AZzNfhE>

¹⁸⁶⁹ Interactive Terminology for Europe. Recuperado el 3 de octubre de 2016 en <http://iate.europa.eu/FindTermsByLilId.do?lilId=264783&langId=es>.

¹⁸⁷⁰ Página web Government Accountability Office, GAO. <http://www.gao.gov/about/>; Página web National Audit Office U.K., NAO. <https://www.nao.org.uk/about-us/>.

ANEXO 6. ESQUEMA DE LA AUDITORÍA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE COHESIÓN Y FONDOS ESTRUCTURALES



Fuente. Weber y Witkos (2013), op. cit., p.33.

ANEXO 7. ÓRGANOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

OBJETIVOS DE ÓRGANOS HABITUALES QUE CONTROLAN EXTERNAMENTE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA	
UNIDADES Y/U ÓRGANOS ESPECÍFICOS	OBJETIVO
(1) Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación	Órgano colegiado de los previstos en el artículo 19 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Esta Oficina actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional ¹⁸⁷¹ .
(2) Oficina Nacional de Evaluación	Órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios ¹⁸⁷² .
(3) Junta Consultiva de Contratación Administrativa	Organismo consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa. Está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, y su composición y régimen jurídico se establecen reglamentariamente ¹⁸⁷³ . Este organismo podrá promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos. Además, podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración ¹⁸⁷⁴ .
(4) Contralores a nivel estatal y regional	Son supervisores internos, comprobando que las instituciones bajo su jurisdicción respeten los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia ¹⁸⁷⁵ . Realizan el seguimiento y control de las compras específicas sobre Fondos Estructurales y Fondos de Inversión Europeos (ESI). Esto se lleva a cabo a nivel regional por los contralores regionales en coordinación con los órganos intermedios encargados de la Administración del programa ¹⁸⁷⁶ .
(5) Tribunal de Cuentas (en las Comunidades Autónomas: generalmente sindicaturas de cuentas)	Es el supremo órgano fiscalizador de cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. Su función fiscalizadora es el sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género ¹⁸⁷⁷ (Ver atribuciones de este Tribunal en artículo 136 de la Constitución Española). Controla la correcta aplicación económica de los presupuestos asignados a cada Departamento y en concreto a cada contrato ¹⁸⁷⁸ .

¹⁸⁷¹ Ver mayor detalle de este organismo, en artículo 332 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.

¹⁸⁷² Ver mayor detalle de este organismo, en artículo 333 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.

¹⁸⁷³ Es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas estatales en materia de contratación administrativa. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado podrá promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos. La Junta también podrá exponer directamente a los órganos de contratación o formular con carácter general las recomendaciones pertinentes, si de los estudios sobre contratación administrativa o de un contrato particular se dedujeran conclusiones de interés para la Administración. (artículo 324, N° 1,2 y 3 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). Ver órganos consultivos en materia de contratación de las Comunidades Autónomas en artículo 325 de la Ley antes mencionada.

¹⁸⁷⁴ Ibid.

¹⁸⁷⁵ Unión Europea (2015a), op. cit., p.208-209.

¹⁸⁷⁶ Grajal Caballero (2011), op. cit., pp.57-69.

¹⁸⁷⁷ Benítez Palma (2016), op. cit., p.8.

¹⁸⁷⁸ De la Morena López (2016), op. cit., p.4. Ver más detalle de este organismo y su control en Parada Vázquez (2017), op. cit., p.195.

(6) Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales	Es el único tribunal administrativo especializado en la contratación pública. Fue creado en 2010 para mejorar la supervisión de los órganos de contratación en todos los niveles. Al 2015, siete comunidades autónomas han creado su propio Tribunal administrativo de Recursos Contractuales, los cuales operan de forma independiente en el nivel regional y pueden proporcionar diferentes interpretaciones de la Ley ¹⁸⁷⁹ (Ver creación y otros aspectos de este órgano en Ley 34/2010 de 5 de Agosto, que modificó las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales). El control que realizan estos órganos sobre la contratación pública es un control revisor y de legalidad ¹⁸⁸⁰ .
(7) Cámara de Cuentas	Ejerce una función fiscalizadora de la actividad económica, presupuestaria, financiera y contable. Es un órgano de control externo de cada Comunidad Autónoma de España. Cuenta con autonomía organizativa y presupuestaria. Su actuación se basa en los principios de transparencia, independencia, objetividad y eficacia ¹⁸⁸¹ .
(8) Poder Judicial	Por medio de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, este organismo controla la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración ¹⁸⁸² . Es la estructura jurisdiccional de juzgados y tribunales donde la contratación pública puede resolver sus procesos en lo civil, penal, social, contencioso-administrativo y militar.
(9) Consejo de Estado	Es el supremo órgano consultivo del Gobierno ¹⁸⁸³ . Es un órgano con una naturaleza bifronte: órgano consultivo y órgano de control. Como órgano de control, velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Ejerce un control de legalidad, pero también valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines ¹⁸⁸⁴ . La función principal de este órgano es la de emitir dictámenes a petición de la autoridad consultante.
(10) Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas	En general, son órganos con funciones de staff exclusivamente, o que realizan estas tareas junto con otras decisoras en relación a competencias muy concretas ¹⁸⁸⁵ . Son órganos de naturaleza bifronte: órganos consultivos y órganos de control ¹⁸⁸⁶ . Son órganos institucionalizados; son órganos colegiados; se trata de cuerpos técnicos y no de tipo representativo-participativo ¹⁸⁸⁷ . Por ejemplo sobre nuestro tópico de estudio existe la Junta Consultiva de Contratación ¹⁸⁸⁸ .
(11) Defensor del Pueblo	Es el alto comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas. Puede recibir todo tipo de reclamaciones o quejas, inclusive desde los proveedores u oferentes del Estado, por motivo de malas prácticas, inconsistencias o vulnerabilidad de derechos, investigando tales denuncias. Puede también actuar de oficio ¹⁸⁸⁹ .
(12) Parlamento Autónomo	Es la organización institucional autónoma que gobierna cada autonomía, fundamentada en el art. 152 de la Constitución vigente. El control parlamentario sobre la contratación puede hacerse directamente sobre el accionar de las autoridades responsables, vigilando y solicitando cuentas de su actuar sobre los recursos públicos que manejan; y el o los procedimientos que han utilizado para ejecutarlo.

Fuente. Elaboración propia.

¹⁸⁷⁹ Unión Europea (2015a), op. cit., p.208-209.

¹⁸⁸⁰ Marín Albarrán (2013), op. cit., pp.502-507.

¹⁸⁸¹ Página web Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. Presentación de la Cámara de Cuentas. <http://www.camaradecuentasmadrid.org/>.

¹⁸⁸² BOE nº 167, de 14/07/1998. Exposición de motivos.

¹⁸⁸³ Página web Congreso Español. <http://www.congreso.es/>; ver mayor información sobre este órgano en Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.202.

¹⁸⁸⁴ Oliver Araujo (1997), p.31.

¹⁸⁸⁵ Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.201.

¹⁸⁸⁶ Oliver Araujo (1997), op. cit., p.73

¹⁸⁸⁷ Carlos Ruiz Miguel citado por Oliver Araujo (1997), op. cit., p.69.

¹⁸⁸⁸ Cosculluela Montaner (2015), op. cit., p.201.

¹⁸⁸⁹ Página web Defensor del Pueblo, España. <https://www.defensordelpueblo.es/el-defensor/que-es-el-defensor/>

ANEXO 8: RIESGOS IMPORTANTES EN EL PROCESO O CICLO DE VIDA DE UNA COMPRA

RIESGOS IMPORTANTES EN EL PROCESO O CICLO DE VIDA DE UNA COMPRA		
ETAPAS DEL PROCESO DE COMPRA (*)	SUB ETAPA INTERNA	RIESGO (S) (de no cumplir con la etapa respectiva óptimamente)
(1) SOLICITUD DE REQUERIMIENTO	Definición del producto/servicio/obra	Descripción inexacta de la necesidad de compra por quienes no tienen suficiente conocimiento sobre el bien a requerir. No haberse dado el tiempo suficiente para averiguar lo necesario del producto, servicio u obra a requerir. No hacer “consultas preliminares al mercado” sobre un bien a requerir cuando es sumamente necesario por su complejidad ¹⁸⁹⁰ . La definición de especificaciones de un bien puede ser ajustada para favorecer a un licitador en concreto ¹⁸⁹¹ .
	Elaboración de pliegos de licitación o términos de referencia	Realizar una redacción y descripción deficiente e incompleta de los pliegos de licitación. No detallar el lugar exacto de entrega del producto/servicio comprado, hora de apertura de oficina, y tampoco quien lo recibirá. No incorporar SLA (Acuerdo de Nivel de Servicio) sobre todo para contratación de servicios complejos y obras. Tramitar la solicitud de contratación en plazos muy largos, afectando la oportunidad de la compra (demasiados controles internos). Dar curso a la solicitud del requerimiento sin tener antes aprobado y comprobada la disponibilidad de recursos. En caso de que se realice un contrato al final del proceso de compra: no definir formalmente fechas de la elaboración y firma del contrato con el adjudicado.
	Creación de criterios de adjudicación	No establecer parámetros (criterios) de medición objetivos y cuantificables. Dar prioridad a criterios subjetivos. Redactar fórmulas de cálculo complejas y excesivamente largas. No comprobar mediante cálculos matemáticos si tales criterios elaborados cumplen con los objetivos (darse supuestos de ofertas y aplicar las fórmulas propuestas para saber si funcionan correctamente o no).
(2) SELECCIÓN MECANISMO DE CONTRATACIÓN	Elección de la modalidad de contratación	Elegir la modalidad de compra menos eficiente, aunque se esté respetando la Ley. Dividir el requerimiento en lotes, sin haber evaluado antes económicamente las alternativas. Elegir el procedimiento de licitación pública, siendo que el producto/servicio/obra es único, o está dentro de las excepciones para No licitar.
(3) LLAMADO PARA OFERTAR	Llamamiento para elegir proveedores que puedan ofertar (publicidad de ofertas)	Invitar sólo a un número reducido de proveedores sin ser un requerimiento excepcional. Elegir canales o vías de invitación a los proveedores poco masivas y escasamente conocidas. Que el aviso dirigido a los proveedores no llegue a su destino. Cambiar o modificar algún aspecto del requerimiento original luego de haberse publicado (cambiar reglas del juego).
(4) EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS	Recibo de ofertas	No recopilar toda la información enviada por cada oferente (extraviar o no considerar toda la información recibida). Contactarse con algún proveedor de los que han ofertado sin estar estipulado en los pliegos respectivos. Recibir las ofertas en algún documento incomprensible sea en papel o en formato electrónico. Aceptarse ofertas una vez finalizado el plazo de presentación ¹⁸⁹² .
	Comisión evaluadora	Evaluar las ofertas un mismo equipo de funcionarios de manera permanente, independiente de la naturaleza de la compra. Evaluar las ofertas sólo una persona. Realizar un procedimiento de evaluación complejo (dinámica del proceso) que escasamente sea posteriormente entendido por los oferentes y todo tipo de persona. No firmar el Acta o documento de evaluación por todos los involucrados. Evaluar las ofertas sólo un área o unidad de la institución, por ejemplo, sólo el área de compras, o el área legal, o el área económica, etc. Adjudicar a quien no obtenga el más alto puntaje en la evaluación. No hacer pública la información y adjuntos de la evaluación, o hacerlo en medios desconocidos y complejos de entender. Extralimitarse en el tiempo de la evaluación. Dejar afuera una oferta sin fundamentación objetiva. Explicar en el acta de evaluación o adjuntos sólo el detalle de quien fue adjudicado, sin especificar y detallar cuáles fueron los puntajes del resto de participantes.
(5) ADJUDICACIÓN DE LAS OFERTAS	Comunicación del adjudicado	Avisar luego de pasados varios días de la adjudicación al ganador del concurso. Avisar de la adjudicación sólo a quién se adjudicó sin hacerlo público.
	En caso de redactar un contrato	No exigir todas las garantías y resguardos estipulados en los pliegos de licitación antes de la firma. No designar una contraparte institucional que ejecute, monitoree y controle el contrato respectivo. No estipular cláusulas de multas o sanciones por incumplimientos posibles.
(6) RECIBO DE PRODUCTOS Y/O SERVICIOS	Área/Departamento/Unidad que recibe el producto/servicio/obra	Recibir algo parecido pero no igual a lo comprado. Pagar al adjudicado antes de recibir conforme el producto. Dejar el producto en la institución mientras el adjudicado vuelve con el producto correcto. Recibir el producto en una oficina o dependencia de la institución que no corresponde. Validar la compra recibida sin haberla revisado conforme al requerimiento inicial (firmar documento de recepción conforme sin verificar).

¹⁸⁹⁰ El sondeo y consulta del mercado permite testar los requisitos y solventar los problemas antes de solicitar ofertas (AEVAL, 2016, op. cit., p.158).

¹⁸⁹¹ Respuesta de Bélgica al Cuestionario de la OCDE, INAP (2009), op. cit., p.110.

¹⁸⁹² Ibid.

(7) SEGUIMIENTO Y MONITOREO DE LA COMPRA	Ejecución o desarrollo del contrato	<p>No supervisar y controlar el contrato mientras este se ejecuta.</p> <p>En caso de servicios, obras o proyectos: pagar al adjudicado sin haber entregado éste productos o informes parciales preestablecidos en los pliegos de licitación.</p> <p>No aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplimientos de SLA (Acuerdos de Nivel de Servicio), u otros tipos de incumplimientos.</p> <p>Contratar permanentemente con empresas que han incumplido tanto con nuestra institución, como con otras.</p> <p>No evaluar formalmente la satisfacción de quienes han usado el producto/servicio comprado para decidir sobre futuras compras con este mismo proveedor, o también sobre el mismo producto/servicio.</p> <p>Modificar el contrato para añadir un nuevo elemento.</p> <p>Renovar el contrato automáticamente sin previa evaluación escrita y formal preestablecida en los pliegos de licitación y/o contrato respectivo.</p>
(8) RETROALIMENTACIÓN DE INFORMACIÓN	Retroalimentarse de la información de las compras realizadas	<p>No saber que está ocurriendo con nuestro proceso de contratación (demoras en el proceso de compra, retrasos en los pagos a proveedores, compras no planificadas, gastos innecesarios, costes altos al tramitar una compra, exceso o falta de controles, disminución de proveedores que habitualmente nos ofertan, reclamos recurrentes, etc.).</p> <p>Pagar precios altos por lo comprado al no saber cuánto se ha pagado antes por el mismo producto (no tener datos históricos de compras registradas que puedan ser usados para definir precios y mejorar las condiciones del producto).</p>
	Retroalimentarse de los reclamos y denuncias	<p>No responder los reclamos de los proveedores o hacerlo a destiempo.</p> <p>No tener canales permanentes para escuchar a los proveedores y ciudadanía sobre las disfunciones que posee el sistema; así como no tabular, analizar, enmendar y finalmente establecer procedimientos formales y oportunos de control sobre los problemas y errores del sistema en su conjunto.</p>

Fuente. Elaboración propia. (*) clasificación de etapas propuestas por el autor.

ANEXO 9. PRINCIPALES MECANISMOS Y/O ACTIVIDADES DE CONTROL PROPUESTOS POR ORGANISMOS INTERNACIONALES

MECANISMOS Y/O ACTIVIDADES DE CONTROL PROPUESTOS POR ORGANISMOS INTERNACIONALES			
MECANISMO UTILIZADO Y QUIÉN LO HA EJECUTADO	OBJETIVO	¿QUÉ MIDE O CONTROLA?	MÉTODO USADO
(1) Evaluación de las compras públicas Informe de País (CPAR. Country Procurement Assessment. Banco Mundial) ¹⁸⁹³ .	Se utiliza para desarrollar y establecer un plan de acción para mejorar el sistema de un país sobre las compras de bienes, obras y servicios de consultoría.	Todo el sistema de contratación en general.	1) Análisis exhaustivo del marco jurídico vigente, las responsabilidades de organización y funciones de control y supervisión, procedimientos y praxis actuales, y qué tan bien funciona en la práctica; 2) Evaluación general de los riesgos institucionales, organizativas y de otro tipo relacionados con el proceso de adquisición; 3) Desarrollo de un plan de acción prioritario para lograr mejoras institucionales, y 4) Evaluación de la competitividad y el rendimiento de la industria privada local con respecto a la participación en la contratación pública.
(2) Aplicación de indicadores al sistema de contratación pública (Banco Mundial) ¹⁸⁹⁴ .	Conocer cómo el sector privado hace negocios con el gobierno.	La medición se sustenta en dos segmentos de la contratación: <ul style="list-style-type: none"> • Ciclo de vida de la contratación¹⁸⁹⁵. • Mecanismo de quejas y denuncias¹⁸⁹⁶. 	Se realizó una evaluación comparativa de la contratación pública entre 77 países mediante la implementación de indicadores de gestión, comenzando con identificar las necesidades de compra hasta la ejecución del contrato, ya sea para la entrega de un bien adquirido, proporcionando un servicio, o la realización de trabajos de construcción.
(3) Methodology for Assessing Procurement Systems – MAPS (OCDE/DAC) ¹⁸⁹⁷ .	Proporciona una herramienta común que los países en desarrollo y los donantes, pueden utilizar para evaluar la calidad y eficacia de los sistemas nacionales de adquisición.	Todo el sistema de contratación en general.	Se basa en controlar y evaluar cuatro pilares de la contratación: <ul style="list-style-type: none"> *Pilar I: marco legislativo y regulatorio *Pilar II: marco institucional y las capacidades de gestión. *Pilar III: las operaciones de adquisición y las prácticas de mercado. *Pilar IV: integridad del sistema en términos de transparencia y controles anticorrupción. Los Pilares se analizan mediante 12 indicadores y 54 sub-indicadores específicos, asociados a los distintos aspectos incluidos para cada uno de los indicadores.

¹⁸⁹³ Ver en <http://gateway.transparency.org/tools/detail/42>, último acceso 25 de abril de 2016.

¹⁸⁹⁴ World Bank Group (2016), op. cit., pp.13-14.

¹⁸⁹⁵ Este indicador refleja los elementos que son importantes para los proveedores a lo largo de las cuatro fases de la contratación pública que van desde la preparación, presentación y evaluación de las ofertas, hasta los sistemas de gestión de contratos. Las áreas que mide este indicador son: preparación de las ofertas; la presentación de las ofertas; evaluación de las ofertas; y, adjudicación y ejecución de contratos.

¹⁸⁹⁶ Mide la facilidad de impugnar un proceso de licitación pública a través de un sistema de quejas y denuncias, faltas de conducta y conflictos de intereses. Las áreas que controla este indicador son: disponibilidad de quejas y presentación de informes; proceso de revisión de primer nivel; y proceso de revisión de segundo nivel.

¹⁸⁹⁷ Página web OCDE. Último acceso 12 de abril de 2016 en <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/commonbenchmarkingandassessmentmethodologyforpublicprocurementsystemsversion4.htm>.

<p>(4) Herramienta informática de alerta de fraude denominada «Arachne» (Comisión Europea)¹⁸⁹⁸.</p>	<p>Entró en funcionamiento en 2013. Su objetivo es analizar las relaciones y conexiones existentes entre los diferentes agentes económicos participantes en proyectos; facilita enlaces a otras bases de datos externas de carácter público; y proporciona a sus usuarios indicadores de riesgos de fraude respecto de empresas concretas.</p>	<p>Alerta sobre fraudes.</p>	<p>Uso de Sistema informático (herramienta web) que almacena datos clave sobre los proyectos financiados con cargo al FEDER, al FC y al FSE, por ejemplo sobre empresas y planes.</p>
<p>(5) Auditoría del Tribunal de Cuentas de la UE (Tribunal de Cuentas de la UE)¹⁸⁹⁹.</p>	<p>Se basa en un procedimiento normalizado que abarca: el ciclo completo del gasto, la selección de proyectos, el cálculo y registro correctos de las operaciones, la existencia física del proyecto y el cumplimiento de las normas nacionales y de la UE en materia de subvencionabilidad, y otras (como las normas sobre ayudas de Estado y contratación pública).</p>	<p>Mide tres fases del proceso de compra: la fase previa a la licitación (o de planificación), la fase de licitación (o de ejecución) y la fase posterior a la adjudicación (o de gestión del contrato). En cada una de ellas la auditoría se centra especialmente en los aspectos del procedimiento que puedan incidir en la legalidad y en la regularidad de la licitación.</p>	<p>Se sostiene en la ejecución de una auditoría. El principal alcance de tal auditoría en cada fase puede resumirse en lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> •En la fase previa a la licitación, la auditoría examina si se ha seleccionado el tipo de procedimiento apropiado. •En la fase de licitación, la auditoría verifica el desarrollo del procedimiento de licitación, y si se han cumplido los requisitos de transparencia más esenciales y si la evaluación se ha llevado a cabo de manera no discriminatoria. •En la fase posterior a la adjudicación, la auditoría comprueba si el contrato se ha ejecutado conforme a lo expuesto en la oferta, también por lo que se refiere a cualquier modificación contractual que pueda haber afectado a las condiciones subyacentes a la decisión de adjudicación inicial.
<p>(6) Medición de áreas claves del sistema de compras (OCDE)¹⁹⁰⁰.</p>	<p>Aplicar indicadores a áreas identificadas como claves.</p>	<p>Todo el sistema de contratación en general.</p>	<p>Se identifican cuatro áreas para aplicar indicadores de desempeño, definiendo además sub-niveles que hay que medir:</p> <p>a) La eficiencia del ciclo de contratación pública:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Uso de mecanismos de contratación. 2. Adopción de la contratación electrónica. 3. Uso de la contratación electrónica de acuerdo con mecanismos de contratación o por bajo/alto valor de las compras. 4. Ahorros. 5. Ahorro utilizando acuerdos marco en la segunda etapa de competición. 6. Eficiencia de la unidad de contratación pública.

¹⁸⁹⁸ Tribunal de Cuentas Europeo (2015), op. cit., p.41.

¹⁸⁹⁹ Weber y Witkos (2013), op. cit., pp.30-32.

¹⁹⁰⁰ Magina Paulo (2014), op. cit.

			<p>7. Nivel de los procesos de contratación pública sin éxito.</p> <p>8. Razones de los procesos de contratación pública sin éxito.</p> <p>9. Tiempo de adjudicación de la contratación pública.</p> <p>b) La apertura y la transparencia del ciclo de contratación pública:</p> <p>1. Promoción de la competencia: procedimiento de contratación.</p> <p>2. Promoción de la competencia: número de ofertas.</p> <p>3. Aumento de la base de proveedores.</p> <p>4. Transparencia de la información pública de adquisición.</p> <p>c) El profesionalismo de la fuerza de trabajo:</p> <p>1. Número de funcionarios de contratación pública de acuerdo con el valor y número de contratos y procesos fallidos.</p> <p>2. Nivel de capacitación de funcionarios de contratación pública</p> <p>d) Desempeño de la gestión de contratos.</p> <p>1. ¿Están los proveedores entregando lo correcto?</p> <p>2. ¿Están los proveedores entregando en el momento oportuno?</p> <p>3. ¿Hay retrasos en el pago?</p>
(7) Indicadores RICG¹⁹⁰¹.	Propuesta de indicadores obtenidos de primer encuentro del grupo de trabajo sobre indicadores del sistema de contratación Pública al año 2013.	Todo el sistema de contratación en general.	Propuesta de aplicación de 6 clases de indicadores según las temáticas de: <p>1. Eficiencia: Uso de 6 sub-indicadores</p> <p>2. Transparencia: Uso de 6 sub-indicadores</p> <p>3. Competencia: Uso de 2 sub-indicadores</p> <p>4. Eficacia: Uso de 4 sub-indicadores</p> <p>5. Desarrollo: Uso de 4 sub-indicadores</p> <p>6. Sostenibilidad: Uso de 2 sub-indicadores</p>
(8) Medición de Desempeño y Business Intelligence (Banco Interamericano del Desarrollo (BID)¹⁹⁰².	Medición de desempeño y Business Intelligence de las compras financiadas por el BID.	Medir el mercado y el desempeño del proceso de adquisición a través de sus objetivos estratégicos.	Aplicación de indicadores de mercado e indicadores de desempeño en compras predeterminados ¹⁹⁰³ .

¹⁹⁰¹ RICG (2013), op. cit., p.13.

¹⁹⁰² Ver en www.ricg.org.presentaciones

¹⁹⁰³ Banco Interamericano del Desarrollo, BID (2013). “Indicadores de desempeño y Business Intelligence en adquisiciones financiadas por el BID”. Presentación María Eugenia Roca, ppt 7-8.

<p>(9) Auditorías generales para contratación pública. Organismo de apoyo para la mejora y gestión de los Gobiernos financiado por la UE (SIGMA)¹⁹⁰⁴.</p>	<p>Auditar la contratación pública dividiendo el proceso de compra en partes.</p>	<p>Todo el proceso de contratación en general.</p>	<p>Dividir las auditorías que se desarrollan sobre contratación pública en tres partes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Definición de las necesidades 2) Procedimiento de adjudicación del contrato 3) Gestión del contrato hasta su finalización <p>La auditoría podrá ponerse en marcha cuando el procedimiento de contratación esté más o menos avanzado o una vez que se haya completado. La auditoría de los procedimientos de contratación implica tanto la auditoría de cumplimiento y desempeño en la mayoría de los casos. Los criterios de cumplimiento, contra los cuales el proceso debe evaluarse, se amparan en el marco legal aplicable en el contexto particular del país.</p>
<p>(10) Medición del desempeño. The Institute for Public Procurement (NIGP)¹⁹⁰⁵ U.S.A.</p>	<p>Medir el progreso del sistema de contratación hacia el cumplimiento del plan estratégico de compras (se debe poseer un plan estratégico de compras previamente).</p>	<p>Mide el desempeño de los objetivos del Plan Estratégico de compras.</p>	<p>Establece diferentes «métodos y focos» (qué medir) donde hay que evaluar el desempeño de los objetivos establecidos en el plan de compras. Ejemplos de métodos para medir el desempeño de tales objetivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Examinar el desempeño para compartir las mejores medidas sobre logros y áreas para el mejoramiento. • Reuniones regulares con el personal para compartir las medidas de desempeño y progresos. • Evaluación comparativa (Benchmarking). • Aplicar indicadores de desempeño. • Medición de metas. • Aplicar herramientas de gestión de calidad.
<p>(11) Monitoreo del sistema de compras. The Institute for Public Procurement (NIGP) U.S.A¹⁹⁰⁶.</p>	<p>Áreas y temas específicos que se deben monitorizar como mínimo en un sistema de contratación.</p>	<p>Todo el sistema de contratación en general.</p>	<p>Las áreas y puntos específicos a medir son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Ahorro de costes/evitar costes 2) Desarrollo de proveedores e industria 3) Rendimiento de proveedores 4) Sistemas y procesos de contratación interna eficientes 5) Desarrollo profesional de compradores y retención del empleo (incentivos)
<p>(12) Separación organizativa y de funciones en los sistemas de compras (Instituto Nacional de</p>	<p>Separar las funciones y responsables en un sistema de contratación pública con el fin de evitar fraude, robo o irregularidades.</p>	<p>Todo el sistema de contratación en general.</p>	<p>Separar sub organizaciones, funciones y responsables entre las sub áreas de compras. Existen normas usadas en los países que garantizan la separación entre Departamentos y Autoridades, en particular entre:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Entidades: existe una separación entre entidades administrativas que requieren bienes y

¹⁹⁰⁴ SIGMA (2013), op. cit., pp.2-3.

¹⁹⁰⁵ Fundado en 1944. Ver mayor detalle en <http://www.nigp.org/home/about-nigp>; Institute for Public procurement (2012), op. cit. pp.1-2.

¹⁹⁰⁶ Ibid, p.2.

<p>Administración Pública, INAP). España¹⁹⁰⁷.</p>			<p>servicios, así como entidades de contratación (en países tales como Austria y Alemania).</p> <p>2) Funciones: la planificación estratégica, los programas de presupuesto y actuación, de contabilidad e información, y las funciones internas de control están claramente separadas (por ejemplo, en Turquía).</p> <p>3) Fases del proceso de compra: la aprobación del gasto, de las fases clave de la contratación pública, las recomendaciones de adjudicación y el pago deberían ser realizados separadamente (como por ejemplo en los Estados Unidos).</p> <p>4) Actividades técnicas y comerciales: estas evaluaciones se realizan independientemente y se remite información separada desde ambas instancias a otro organismo que informa con independencia y recomienda la adjudicación (por ejemplo en Reino Unido).</p> <p>5) Actividades financieras: el control ex-ante en la unidad de servicios financieros y el proceso de transacción financiera deberían ser realizados por separado, los deberes de los funcionarios dedicados a la autorización y la rendición de cuentas no deben estar combinados en una persona (por ejemplo en Irlanda, Luxemburgo y Turquía).</p>
---	--	--	--

Fuente. Elaboración propia.

¹⁹⁰⁷ INAP (2009), op. cit., pp.79-82.

ANEXO 10: DETALLE DE MECANISMOS DE CONTROL INTERNO UTILIZADOS EN PAÍSES DE LA UE, ENTRE OTROS DESTACADOS

MECANISMOS DE CONTROL INTERNO UTILIZADOS EN PAÍSES DE LA UE, ENTRE OTROS DESTACADOS				
HERRAMIENTA Y/O SISTEMA UTILIZADO	OBJETIVO	¿QUÉ CONTROLA Y EN QUÉ PARTE DEL SISTEMA?	MÉTODO USADO ¿CÓMO SE HIZO?	ALGUNOS PAÍSES QUE LA HAN USADO
(1) Análisis integral del proceso de contratación ¹⁹⁰⁸ .	Examinar cómo el proceso de contratación puede ser acelerado, con el fin de hacer negocios de forma más rápida y económica, tanto para el comprador como proveedor.	Mide la eficiencia, eficacia y transparencia de todo el proceso de contratación.	Análisis de datos de compras, proceso y sistema en conjunto.	Reino Unido
(2) Sistema de reclamaciones, denuncias y/o entrega de información (servicio al cliente) ¹⁹⁰⁹ .	Gestionar denuncias sobre malas prácticas en compras y/o entregar información.	Mide los reclamos, denuncias e información entregada sobre el sistema.	Creación de un sistema institucional que recibe las reclamaciones, denuncias y/o información, dando soporte a los interesados.	Reino Unido, Corea del Sur
(3) Obligación cumplimiento de código ético o de conducta ¹⁹¹⁰ .	Cumplir las directrices que establece el código ético para las adquisiciones.	Busca controlar las conductas y deseos de los funcionarios públicos en relación a las compras pública.	Socialización de tales lineamientos mediante instructivos internos, intranet institucional, y sobre todo, a través de reuniones con las máximas autoridades de la institución, sus jefaturas y mandos medios.	Reino Unido, Italia, Austria
(4) Control sobre los conflictos de intereses de quienes participan en contratación ¹⁹¹¹ .	Controlar las relaciones de quienes participan y toman decisiones en compras.	Busca controlar las relaciones o transacciones entre participantes del proceso de contratación.	Se realiza una descripción detallada de los estándares de conducta que se espera de ellos, en particular, las prohibiciones y restricciones específicas sobre compras. Algunas acciones para medir este aspecto podrían ser a través de la capacitación de principios éticos, o firma de declaraciones juradas de los funcionarios en compras de no tener conflictos de intereses con su labor.	Reino Unido
(5) Base de datos integral ¹⁹¹² .	Crear una base de datos sobre todas las compras públicas	Registra datos sobre compras públicas (transacciones).	Creación de base de datos mediante un sistema informático que sea libre de acceso e interoperable.	Reino Unido, Portugal, Corea del Sur

¹⁹⁰⁸ Cabinet Office (2011), op. cit., p.8.

¹⁹⁰⁹ Government Procurement Service UK (2014), op. cit., p.13 (Reino Unido) INAP, 2009, op. cit., pp.117-118 (Corea del Sur).

¹⁹¹⁰ Government Procurement Service UK (2014), op. cit., p.33 (Reino Unido); INAP, 2009, op. cit., p.87 (Italia); OCDE (2014b), op. cit., pp.20-21(Austria).

¹⁹¹¹ Government Procurement Service UK (2014), op. cit., p.21.

¹⁹¹² Ver mayor detalle en: <https://data.gov.uk/dataset/public-sector-procurement-spend> (Reino Unido); Ver detalle de base de datos en <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Homepage> (Portugal); Public Procurement Service. <https://www.pps.go.kr/eng/jsp/koneps/overview.eng> (Corea del Sur).

(6) Encuestas de autoevaluación ¹⁹¹³ .	Conocer las percepciones de cómo funciona el sistema acerca de su eficiencia y eficacia.	Mide todo el sistema de compras.	No se aprecia evidencia sobre cómo se aplicó esta encuesta, sin embargo, las buenas prácticas nos indican que: si no son una gran cantidad de funcionarios se puede hacer una encuesta presencial, por lo contrario, un encuesta aleatoria. También, se puede realizar una por email o vía telefónica.	Reino Unido
(7) Programa de formación permanente ¹⁹¹⁴ .	Entregar herramientas legales, éticas y técnicas para gestionar la contratación institucional.	Controla (autocontrola) conductas y gestión interna de los procesos de compras.	Impartir cursos gubernamentales permanentes, seminarios y clases académicas sobre esta materia.	Reino Unido, Francia, Alemania, Corea del Sur, Australia
(8) Gestión visual de los procesos de contratación ¹⁹¹⁵ .	Observar detenidamente los procesos de contratación para mejorarlos.	Mide la eficiencia, eficacia y transparencia de todo el proceso de contratación.	Realización de talleres con los funcionarios de compras donde se elabora un mapa o cadena de valor de las actividades (mapa de procesos principales de compras), para representar el proceso de adquisición ideal. Luego, este mapa se utiliza como punto de comparación con los otros procesos actuales, con el fin último de aunar una sola propuesta de cómo debe funcionar el sistema en su conjunto.	Reino Unido
(9) Identificación y evaluación de riesgos ¹⁹¹⁶ .	Identificación de riesgos en corrupción sobre procesos claves mediante aplicación de indicadores de actuación (gestión).	Mide los riesgos inherentes del sistema.	El método en líneas generales es el siguiente: descripción del proceso de contratación institucional; reuniones entre las áreas vinculadas; descripción de los riesgos inherentes; clasificación de los riesgos, y propuestas de planes de mitigación según tal clasificación.	Reino Unido, Francia, Alemania, Bélgica
(10) Encuestas de satisfacción a quienes usan las compras ¹⁹¹⁷ .	Mejorar la eficacia de la contratación y servicio brindado.	Mide la satisfacción de quienes usan el sistema de compras (clientes finales).	Caso de un hospital: realización de una encuesta de satisfacción a sus pacientes sobre los insumos y servicios usados (que fueron comprados por el hospital), analizando posteriormente los datos por edad, origen étnico y género. Además, también se evaluó el servicio de comidas a los pacientes.	Reino Unido (Irlanda del Norte)

¹⁹¹³ Government Procurement Service UK (2014), op. cit., p.33.

¹⁹¹⁴ INAP (2009), op. cit., pp.91-92 (Reino Unido); Unión Europea (2014), p.77 (Francia); Bosch Gerhard et al (2012), op. cit., pp.86-87 (Alemania); Public Procurement Service (2014), p.55 (Corea del Sur); Gobierno de Australia, Departamento de Finanzas. <https://www.finance.gov.au/procurement/Training.html> (Australia).

¹⁹¹⁵ Cabinet Office (2011), op. cit., p.4.

¹⁹¹⁶ Government Procurement Service UK (2014), op. cit., p.35 (Reino Unido); OCDE (2014b), p.27 (Francia); INAP (2009), op. cit., p.110 (Bélgica); Bosch Gerhard et al (2012), op. cit., pp.86-87 (Alemania).

¹⁹¹⁷ Comisión Europea (2010). “Buying Social. A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement”, p.48.

(11) Base de datos parcial¹⁹¹⁸.	Registrar y gestionar datos de compras parciales, y no de todos quienes transan en el aparato público.	Registra datos sobre compras (transacciones).	Creación de base de datos mediante un sistema informático abierto e interoperativo.	Francia, Alemania, Italia, Australia
(12) Monitoreo cualitativo de la contratación pública¹⁹¹⁹.	Adaptar mejor el sistema de compras a las necesidades de sus localidades.	Mide aspectos característicos del proceso de compra (no cuantitativos).	Seguimiento cualitativo de las compras realizadas, caracterizando sus aspectos más importantes que puedan generar errores o malas prácticas (relaciones, funciones críticas, etc.).	Francia
(13) Controles aleatorios de procesos de licitación¹⁹²⁰.	Monitorizar aleatoriamente procesos de licitación.	Controla conductas de funcionarios y aspectos de gestión interna.	Inspecciones aleatorias y periódicas sobre los procesos de licitación, además de controles basados en sospechas o avisos de posibles corrupciones.	Alemania
(14) Establecimiento de un funcionario expresamente dedicado a la prevención de la corrupción¹⁹²¹.	Fomentar la integridad entre el personal de la contratación pública.	Controla las malas praxis en compras por medio de la prevención.	Designación de un funcionario capacitado para esta labor al interior del órgano público.	Alemania
(15) Rotación de funcionarios¹⁹²².	Evitar por parte del funcionario de contratación un contacto prolongado con los proveedores.	Controla el tiempo de contacto con proveedores.	Rotación del personal después de un período de cinco a ocho años de forma que se evite un contacto prolongado con los suministradores, al tiempo que se mejora la motivación y se hacen más atractivos los puestos de trabajo.	Reino Unido, Alemania, Austria
(16) Talleres de prevención de la corrupción y ética a funcionarios que entran a trabajar en contratación pública¹⁹²³.	Prevenir la corrupción en compras.	Previene la corrupción.	Obligatoriedad que los nuevos funcionarios de compras participen en un taller encaminado a la prevención de la corrupción.	Francia, Alemania, Austria

¹⁹¹⁸ La existencia de una “Base de datos parcial” se refiere a países que todavía no tienen un sistema de datos e información en la gran mayoría de sus procesos de compra y complementos, disponiendo de información sobre sólo algunas materias de compras sin tener una visión nacional y tabulada de las adquisiciones a nivel país. Unión Europea (2014), op. cit., p.81 (Francia); Federal Procurement Agency, Germany, citado por OCDE (2014b), op. cit., p.26 (Alemania); OCDE (2016a), op. cit., (Italia); OCDE (2014b), op. cit., p.5 (Australia).

¹⁹¹⁹ OCDE (2014b), op. cit., pp.24-25.

¹⁹²⁰ Bosch Gerhard et al (2012), op. cit., pp.86-87.

¹⁹²¹ Ibid.

¹⁹²² INAP (2009), op. cit., p.84 (Reino Unido); Federal Procurement Agency, Germany, citado por OCDE (2014b), op. cit., p.24 (Alemania); OCDE (2014a), op. cit., pp.20-21 (Austria).

¹⁹²³ OCDE (2014b), op. cit., pp.24-25 (Francia); INAP (2009), op. cit., pp.91-92 (Alemania); OCDE (2014b), op. cit., pp.20-21 (Austria).

(17) Envío de informe a licitadores para sus apreciaciones del proceso antes de adjudicar (control social)¹⁹²⁴.	Transparentar el proceso de evaluación.	Controla las deficiencias del proceso de evaluación de ofertas por medio de la participación.	Remitir a todos los licitadores un informe en el que se establece la intención de adjudicar tras la evaluación por el comité de contratación, de forma que quienes se presentan puedan poner en cuestión este resultado, y reclamar contra todas estas acciones en los cinco días siguientes.	Portugal
(18) Declaración de integridad para evitar actos corruptos¹⁹²⁵.	Certificar mediante una declaración firmada con el contratista aspectos que eviten malas prácticas y actos de corrupción.	Controlar actos de corrupción.	Adopción de una declaración de integridad que exige que se certifique que no se han planteado objeciones contra el contratista de que se trate, fundamentadas en una investigación sobre su anterior conducta.	Holanda
(19) Aplicación de sistema de contratación electrónica integral¹⁹²⁶.	Disponer de los procesos de contratación más importantes y sus sistemas de apoyo en una sola estructura electrónica.	Permite controlar y hacer seguimiento ágilmente de los patrones de compra de las organizaciones públicas y de sus funcionarios, entre otras tareas.	Se licitó la compra de una plataforma electrónica integral (sistema de información) que permitiera cubrir las necesidades más relevantes en compras, implementando mejoras en ella permanentemente.	Corea del Sur
(20) Auditorías ex post¹⁹²⁷.	Fiscalizar legalidad, eficiencia, eficacia, economía y transparencia del proceso de contratación.	Mide los aspectos mencionados en el objetivo para todo el sistema de compras.	Inspecciones que se focalizan en áreas específicas de trabajo que tienden especialmente a la corrupción, y que son localizadas a través de una investigación interna sobre el nivel de integridad.	Corea del Sur
(21) Mecanismos de denuncias funcionarias¹⁹²⁸.	Denunciar por parte de los funcionarios irregularidades o malas prácticas en compras	Controla las irregularidades presentadas en el sistema de compras.	Establecer en la institución canales o vías de denuncia anónima y expedita para que los funcionarios en cualquier momento puedan realizar tales acciones sobre la materia.	Corea del Sur, Australia
(22) Oficina de Gestión de la calidad para Compras¹⁹²⁹.	Gestionar la calidad de los bienes adquiridos.	Mide la calidad de los bienes comprados.	Creación de una unidad al interior del área de compras, la cual mida la calidad de los productos, servicios u obras contratadas.	Corea del Sur
(23) Aplicación principio de cuadro ojos¹⁹³⁰.	Permite contrarrestar el poder discrecional de un único funcionario al evaluar algún proceso o factor crítico en una adquisición.	Controla y evalúa un proceso o factor crítico de un sistema de compra.	Revisión por medio de comités o grupos de expertos, sobre algún proceso o factor crítico en una adquisición de forma de tener varias opiniones.	Alemania, Austria, Corea del Sur

¹⁹²⁴ INAP (2009), op. cit., p.118.

¹⁹²⁵ OCDE (2014b), op. cit., pp.24-25. También ha sido aplicado en varios otros países como: Argentina, Alemania, India, Indonesia, Italia, Corea del Sur, México, Reino Unido, entre otros (OCDE (2014a), op. cit., pp.21-22).

¹⁹²⁶ OCDE (2014b), op. cit., p.11 y Public Procurement Service Korea. <https://www.pps.go.kr/eng/jsp/koneps/overview.eng> (Corea del Sur).

¹⁹²⁷ INAP (2009), op. cit., pp.109-110.

¹⁹²⁸ Ibid, pp. 117-118 (Corea del Sur); Ibid, pp.109-113 (Australia).

¹⁹²⁹ Ibid, pp.53-54

¹⁹³⁰ Ibid, pp.99-101 (Alemania); OCDE (2014b), op. cit., pp.20-21 (Austria); INAP (2009), op. cit., p.84 (Corea del Sur).

(24) Establecimiento de sistema informático de gestión de contratos ¹⁹³¹ .	Gestionar los puntos críticos de los contratos luego de su firma.	Controla el cumplimiento del contrato.	Creación de un sistema informático de gestión de contratos (el cual esté inmerso en la estructura electrónica de compras a nivel nacional).	Corea del Sur
(25) Aprobaciones y control mayor sobre grandes compras ¹⁹³² .	Establecer mayores medidas de control para compras de grandes valores.	Controla las compras de altas cuantías.	Insertar en instructivos internos, manuales o procedimientos, las disposiciones relativas a este mayor control sobre compras relevantes.	Rusia
(26) Auditores o auditorías de probidad ¹⁹³³ .	Auditar conductas de los funcionarios relacionadas con adquisiciones.	Mide las conductas en trabajos relacionados con compras públicas.	Auditorías externas a la contratación pública en situación de riesgo por causa de su complejidad, alto valor económico, o por ser un asunto delicado para la institución o gobierno.	Australia
(27) Planificación Anual de Compras ¹⁹³⁴ .	Programar la ejecución de las compras más importantes de la institución.	Programa y posteriormente mide la ejecución de las compras más relevantes del año.	Reuniones interinstitucionales en donde se definen los objetivos estratégicos, planes de acción y metas, obteniendo de esta información el insumo para saber qué recursos importantes hay que comprar para el año siguiente.	Australia
(28) Recurso especial como control preventivo (control de legalidad) ¹⁹³⁵ .	Control preventivo sobre la legalidad del proceso de contratación pública.	Controla que el proceso de compra se adecúe a la legislación vigente.	Proceso de control preestablecido legalmente que mide si el desarrollo de la compra realizada se ajusta a su normativa.	España
(29) Foro de debate para grandes compras ¹⁹³⁶ .	Debatir públicamente las grandes compras que se realizarán con el fin de enriquecer el requerimiento y transparentar el proceso.	Controla las grandes compras o compras importantes.	Publicar mediante un foro de acceso público las grandes compras que se van a realizar.	Rusia
(30) División de funciones ¹⁹³⁷ .	Separar funciones de quien compra, quien supervisa, y quien aprueba.	Controla la separación de responsabilidades en el proceso de compra.	Establecer un procedimiento interno claro que precise las funciones y responsabilidades de los cargos internos en compras, separando la aprobación de la compra entre comprador y supervisor.	Reino Unido, Austria
(31) Declaraciones juradas contra malas prácticas y no aceptación de dádivas o regalos ¹⁹³⁸ .	Firmar declaraciones que prohíben malas praxis y aceptación de regalos.	Controla responsabilidades y conductas en compras.	Insertar en los documentos de contratos de los funcionarios una declaración que permita informar sobre las malas prácticas que no se deben realizar en el trabajo, debiendo firmar tal documento y respetarlo.	Austria

¹⁹³¹ Public Procurement Service (2014), op. cit., p.55.

¹⁹³² International Business Leaders Forum (2012). "Improvement of public procurement procedure. Moscow", pp.5-11.

¹⁹³³ INAP (2009), op. cit., pp.109-113.

¹⁹³⁴ OCDE (2014b), op. cit., p.62.

¹⁹³⁵ Santiago Fernández María José (2015). "Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro". Revista Auditoría Pública n° 66, p.108.

¹⁹³⁶ OCDE (2014b), op. cit., p.10.

¹⁹³⁷ INAP (2009), op. cit., pp.79-82 (Reino Unido); OCDE (2014b), op. cit., pp.20-21 (Austria).

¹⁹³⁸ OCDE (2014b), op. cit., pp.20-21.

(32) Custodia estricta de materiales ¹⁹³⁹ .	Custodia estricta tanto de materiales como de archivos, en relación con almacenes, dinero efectivo, propiedades, cheques, garantías, órdenes de pago, información confidencial y computadoras.	Mide la eficiencia de los recursos usados en todo el proceso de compra.	Supervisar el control de materiales y documentos en todo el proceso de compra a través de monitorizar lo entregado con lo utilizado.	Reino Unido
(33) Impedir acumulación de trabajo ¹⁹⁴⁰ .	Impedir que se acumule o atrase la carga de trabajo en adquisiciones.	Controla las sobrecargas de trabajo en todo el proceso de compra (controla la eficiencia).	Establecer estándares de cantidad y tiempos que deben durar los trabajos monitoreando que estos cumplan con sus plazos. De no ser así, se adoptan medidas para corregir su acumulación.	Reino Unido
(34) Pactos de Integridad ¹⁹⁴¹ .	Comprometerse a través de la firma de un documento (Acuerdo) entre una autoridad contratante y los licitadores a cumplir con las mejores prácticas y la máxima transparencia.	Todo el sistema de compra y su proceso posterior.	Implica los siguientes pasos genéricos: (1) evaluar la aplicabilidad de un Pacto Piloto; (2) obligaciones y compromisos, las posibles sanciones, el sistema de monitoreo y los mecanismos de solución de controversias y participación de actores relevantes; (3) suscribir el Pacto Piloto por la “Autoridad/organismo contratante” y por cada oferente; y (4) monitorizar el Pacto: El grupo monitor examina los documentos e informes, coordina audiencia(s) pública(s), revisa los documentos, recaba información sobre denuncias tras la contratación, hace inspecciones, pide explicaciones, etc., verificando por tanto que los compromisos se cumplan ¹⁹⁴² .	Italia (además de Portugal, Polonia, Bulgaria, Grecia, República Checa, Rumanía, entre otros) ¹⁹⁴³
ALGUNAS ACCIONES O MECANISMOS DE CONTROL EXTERNO APLICADOS EN COMPRAS PÚBLICAS				
(1) Unión o fusión de organismos de contratación ¹⁹⁴⁴ .	Aunar esfuerzos y funciones en compras.	Busca controlar la dispersión de recursos organizacionales y mejorar la eficacia de las políticas de compras en el país.	Fusión de varios organismos de compras en uno sólo (aunar y potenciar funciones y recursos).	Suecia
(2) Creación de Asociaciones para la integridad de la contratación público-privado ¹⁹⁴⁵ .	Intercambio de información y datos importantes para participar y realizar un eficiente proceso de compra.	Intercambio de información entre órganos	Actividades de coordinación mediante reuniones de trabajo entre organismos públicos y privados.	Dinamarca

¹⁹³⁹ INAP (2009), op. cit., pp.79-82 (Reino Unido);

¹⁹⁴⁰ Ibid (Reino Unido);

¹⁹⁴¹ Comisión Europea. Integrity Pacts. Último acceso 6 de octubre de 2017 en http://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/

¹⁹⁴² Arribas Reyes (2016), op. cit., p.5.

¹⁹⁴³ Ver detalle de países en Comisión Europea. Integrity Pacts. Último acceso 6 octubre de 2017 en http://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/

¹⁹⁴⁴ Desde el año 2014, la Autoridad Sueca de la Competencia Konkurrensverket (KKV) ha asumido las labores de control ex ante como ex post de contratación pública, desarrolladas anteriormente por diferentes agencias y organismos administrativos (CNMC, 2015, op. cit., pp.13-18).

(3) Creación de organismo de gobierno que lidera las instituciones públicas.	Liderar, establecer directrices, y evaluar el desempeño de las organizaciones públicas en compras, otorgando premios a los mejores resultados.	Mide la gestión interna de las instituciones públicas en lo referente a contratación pública.	Creación de órgano público con autoridad y atribuciones para liderar, controlar y evaluar las compras públicas en el país.	Corea del Sur ¹⁹⁴⁶ , Reino Unido ¹⁹⁴⁷
(4) Establecimiento de un único punto de consultas y reclamos¹⁹⁴⁸.	Proporcionar una organización independiente, servicio imparcial y confidencial para los proveedores del sector público en el país, además de dar asesoramiento a órganos públicos.	Mide los reclamos y entrega asesoramiento sobre las normas de contratación que deben ser seguidas, e informa sobre cómo los contratos se anuncian y adjudican.	Creación al interior de la Administración de Gobierno de una sola área o unidad que aglutina todas las consultas, quejas y observaciones, sobre el sistema de contratación pública.	Escocia, Reino Unido

Fuente. Elaboración propia.

¹⁹⁴⁵ Una medida que ayuda al control, sobre todo al intercambio de información y datos importantes para participar y realizar un eficiente proceso de compra, es la coordinación entre organismos públicos y privados. Algunos gobiernos han creado asociaciones para la integridad con empresas y organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en Dinamarca una asociación público-privada conjuntamente con Transparency International y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, se unieron para la creación de un Portal Anticorrupción Empresarial que ofrece a compañías de pequeño y medio tamaño que posean los conocimientos y herramientas necesarias, invertir en mercados emergentes incluyendo información detallada de sus prácticas de integridad en la contratación pública (INAP, 2009, op. cit., pp.93-96).

¹⁹⁴⁶ Un instrumento muy importante a nombrar que propicia el control, es el trabajo del Servicio de Compras Públicas de Corea del Sur (PPS), organismo que: lidera y establece las directrices para las compras del país y evalúa el desempeño de las organizaciones gubernamentales en la compra de sus bienes cada año, otorgando premios a las instituciones del territorio que obtengan excelentes resultados (Public Procurement Service (2014), op. cit., p.37).

¹⁹⁴⁷ La oficina o institución que lidera las compras a nivel de gobierno central (Servicio Comercial de la Corona), permite entre sus funciones, realizar seguimiento de las compras y entregar información sobre ellas para adoptar mejores decisiones, y con ello, focalizar políticas y planes donde se necesita, actuando en base a los principios de liderazgo y control (INAP, 2009, op. cit., p.154).

¹⁹⁴⁸ Mckenna Cameron CMS (2014), op. cit., p.18.

ANEXO 11. PROPUESTA DE ACCIONES DE CONTROL INTERNO QUE UNA AUDITORÍA PUEDE EJECUTAR PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ACCIONES DE CONTROL INTERNO QUE UNA AUDITORÍA PUEDE EJECUTAR PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
COMPONENTES COSO	ACCIONES DE CONTROL INTERNO DIRECTAS
(1) AMBIENTE DE CONTROL	<ul style="list-style-type: none"> • Comenzar a instaurar una cultura de control al interior de toda la institución por medio de charlas comunicacionales, informativos y capacitaciones internas. Crear un equipo de trabajo que lidere esta tarea. • Generar reuniones planificadas con todas las áreas de la institución, con la finalidad de conversar y realizar planes de control sobre las actividades críticas que los relacionan con contrataciones. Elaborar un Acta firmada por todos quienes participan con los compromisos, plazos y responsables directos de cada tarea. • Comunicarse con otras instituciones públicas y crear colaboraciones y seminarios o cursos conjuntos sobre la importancia del control en la contratación. Promover estas iniciativas desde las direcciones de los organismos.
(2) EVALUACIÓN DE RIESGOS	<ul style="list-style-type: none"> • Analizar y describir el proceso interno de contratación institucional y los subprocesos más relevantes de compras, para luego observar sus puntos críticos, plazos y controles que pueden afectar alcanzar el objetivo final, con el fin de proponer acciones concretas que disminuyan o idealmente eliminen las barreras de una buena compra. Buscar estándares sobre puntos críticos, plazos y cantidad de controles en estudios de buenas prácticas aplicadas al país, al igual que en otros organismos públicos vecinos. • Solicitar a las áreas de auditoría interna “calendarios de programaciones sobre evaluación de riesgos en contrataciones públicas”.
(3) ACTIVIDADES DE CONTROL	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer un “programa de auditorías” para los procesos sustantivos durante el año. • Disponer de un “Plan de compras anual” (compras más importantes a realizar en el año venidero), el cual esté publicado dentro del primer mes de cada año en la intranet institucional, u otro medio institucional masivo. • Creación de un manual de compras institucional en el cual se encuentren descritos los principales procedimientos de contratación, junto con otros tópicos de relevancia para realizar una contratación eficiente, eficaz y transparente. • Realizar auditorías sorpresa a las áreas de compras y las demás relacionadas con contrataciones. • Crear al interior de las áreas de capacitación y/o formación de las instituciones, programas de entrenamiento anuales para los funcionarios de contrataciones, con la finalidad que mejoren y actualicen su conocimiento y práctica en la legalidad y gestión de su cometido. Si no existen los recursos para efectuar cursos o seminarios externos, los funcionarios más capacitados dentro de la institución pueden entregar esta formación.
(4) INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Informar habitualmente vía reuniones, comunicados internos o mediante intranet, los resultados de los controles y evaluaciones llevadas a cabo en compras, además de las propuestas de mejora si existiesen. • Comunicar y publicar el manual de contrataciones institucional. Recordarlo y actualizarlo cada cierto tiempo. • Comunicar e informar sobre buenas praxis en contrataciones realizadas por otras instituciones públicas, al igual que en otros países si es posible.
(5) MONITOREO (SUPERVISIÓN)	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar junto al área de auditoría interna o quien haga su función, un plan de supervisión del proceso de contratación institucional que revise el proceso de compra ex ante, durante y ex post. • Reunirse con las áreas de datos e informática en la institución, y evaluar la posibilidad -de acuerdo a la información que tenga disponible la institución y de manera oportuna- de crear un “cuadro de mando integral para contrataciones”, el cual por medio de sus indicadores nos muestre como está funcionando nuestro sistema de compras cada cierto tiempo, y con esta información podamos tomar acciones correctivas y/o de mejora oportunamente.

Fuente. Elaboración propia. Adaptación de autor desde metodología COSO (2013), Integration of Internal Control and Procurement Process; Tan Li Huang (2013).