

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen I

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA



Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO "IN VIGILANDO".

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017.

D^a. Patricia Valcárcel Fernández 729

LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS.

D. José Manuel Martínez Fernández 753

LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA.

D. Javier Mendoza Jiménez 783

LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D^a. Estela Vázquez Lacunza 799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO.

D. Ángel José Cervantes Martín 819

BASES DE PUBLICACIÓN 839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desacertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha





BLOQUE I:
COMPRA PÚBLICA Y VALORES

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.

Concepción Campos Acuña

Doctora en Derecho y Secretaria de Administración
Local, categoría Superior

RESUMEN: Una de las claves del nuevo modelo de contratación pública impuesto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es la apuesta por la integridad en la contratación como una herramienta de mejora integral. Para implantar una adecuada política de integridad resulta necesario llevar a cabo una política de gestión de riesgos en la contratación, mediante su análisis, identificación y adopción de medidas preventivas, procedimientos de escasa implantación en el ámbito del sector público y para los cuales resulta de utilidad el recurso a las técnicas de Compliance como se verá en el presente análisis.

ABSTRACT: One of the keys to the new public procurement model imposed by Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts is the commitment to integrity in hiring as a tool for integral improvement. In order to implement an adequate integrity policy, it is necessary to carry out a policy of risk management in hiring, through its analysis, identification and adoption of preventive measures, procedures of scarce implantation in the public sector

and for which it is useful the resources to the Compliance techniques, as will be seen in the present analysis.

PALABRAS CLAVE: Contratación, riesgos, compliance, denuncias.

KEYWORDS: Hiring, risks, compliance, complaints.

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN: MAPA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2.- IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FASES Y FACTORES. 3.- RIESGOS CONSTANTES REQUERIDOS DE ESPECIAL GESTIÓN EN CONTRATACIÓN. 3.1.- Conflicto de intereses como riesgo constante. 3.2.- Inexistencia de un sistema de denuncias internos y canales de denuncia. 4.- CONCLUSIONES: LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN COMO PREMISA DE INTEGRIDAD. 5.- RECOMENDACIONES PARA LA MEJORA DE LA INTEGRIDAD A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE RIESGOS. BIBLIOGRAFÍA

1.- INTRODUCCIÓN: MAPA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La integridad constituye una de las ideas fuerza de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y que se traslada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) como eje vertebral del nuevo modelo de contratación.



En dicha línea, la LCSP recoge en su Exposición de Motivos que el primer objetivo que inspira su regulación es lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y, en segundo lugar, el de conseguir una mejor relación calidad-precio, al tiempo que, en su art. 1 contempla entre los principios a los cuales ha de ajustarse la actividad de la contratación pública el principio de integridad, que se suma así a los tradicionales de publicidad, igualdad y libre concurrencia.

Para preservar y garantizar la integridad en la contratación pública resulta fundamental desarrollar una actividad orientada hacia la prevención, y en dicho contexto, en particular, para la gestión de los riesgos inherentes a este ámbito material de la gestión pública, entendiendo como tal, cualquier riesgo de irregularidad, fraude y corrupción, así como cualquier conducta impropia que, sin vulnerar directamente ninguna norma, se pongan en riesgo los principios rectores de la contratación. Y para ello, la identificación de los riesgos presentes en un proceso de contratación a través de la elaboración del correspondiente mapa de riesgos constituye el primer paso para afrontar una gestión integral de riesgos y tiene como finalidad buscar, describir, categorizar, así como priorizar el conjunto de riesgos que la institución tendrá que gestionar.

Porque un mapa de riesgos se configura como una herramienta de prevención de irregularidades que permite detectar las posibles debilidades y amenazas para el correcto cumplimiento normativo en la gestión pública, sobre la base de la información disponible. Se trata de una técnica muy extendida en el sector privado pero con la que la administración pública no está familiarizada con carácter general, salvo en algunos sectores como el de la protección de datos personales,



recientemente impuesto por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Sin embargo, en la gestión pública, y sin perjuicio de las peculiaridades de los ámbitos materiales de cada administración, en materia de contratación, podría realizarse, y sería de gran utilidad en el marco también de las técnicas de Compliance aplicadas a la contratación, una aproximación a un mapa de riesgos, sobre el cual desarrollar las acciones de prevención para garantizar la integridad institucional, en la línea propuesta por la OCDE para la gestión del marco de integridad (*integrity frameworks*), pero no sólo como herramienta para prevenir la corrupción, sino también de mejora de la administración con una gestión pública más eficiente y eficaz y para lograr unos servicios públicos de mayor calidad.

2.- IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: FASES Y FACTORES

“La actividad de los gobiernos más vulnerable a la corrupción es la contratación pública”. Con estas palabras se abre el libro de la OCDE “La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z”, más que elocuentes del papel que la integridad está llamada a desempeñar en este ámbito material, a través de la adecuada delimitación de los procedimientos de contratación pública, que se han demostrado, en su configuración actual, como insuficientes para prevenir la corrupción.

En este escenario, la entrada en vigor de la LCSP ha obligado al conjunto de Administraciones Públicas a adoptar múltiples decisiones y a efectuar numerosos cambios en la organización y procedimientos de contratación y entre ellos, en una posición destacada, las prescripciones establecidas en el art. 64 relativo a la «Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses» en coherencia con la apuesta del legislador por la integridad en la contratación. Este precepto se divide en dos partes, una primera, en la que impone una obligación de hacer al órgano de contratación, al atribuirle el deber de:

- Tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción.
- Prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación.

Obligación que se configura con la finalidad de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Y una segunda parte, relativa a la configuración del conflicto de intereses y que será objeto de examen en otro apartado del presente análisis.

De este modo, la definición de un mapa de riesgos como elemento de integridad ofrece la posibilidad de identificar tanto las medidas preventivas y como las de contingencia en función de dicho riesgo, fijándose como objetivo, localizar, describir, categorizar, así como y priorizar, en función de su gravedad y probabilidad, el conjunto de riesgos que la institución tendrá que gestionar.

Riesgos que, en función de su naturaleza, pueden ser comunes a las distintas fases en las que se estructura el



procedimiento de licitación, o propias de cada una de ellas. A continuación, y siguiendo el análisis de riesgos elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña, podemos identificar los riesgos en función de la fase de tramitación en la que se encuentre el procedimiento de contratación, distinguiendo entre preparación, licitación y ejecución, sin perjuicio de aclarar ya que se trata de una agrupación genérica que requeriría de un desglose particular para cada uno de ellos.

I.- Preparación
1. Impulsar y preparar contratos innecesarios o perjudiciales
2. Preparar contratos que limiten indebidamente la concurrencia o libre competencia
3. Filtrar información privilegiada
4. Adjudicar directamente a un operador al margen del procedimiento de contratación
II.- Licitación
1. No evitar prácticas anticompetitivas
2. Admitir o excluir empresas licitadoras de forma sesgada
3. Valorar de forma sesgada las ofertas
4. Resolver la adjudicación o formalizar irregularmente los contratos
III.- Ejecución
1. Obtener una prestación diferente a la contratada
2. Modificar injustificadamente el contrato
3. Autorizar pagos injustificados o irregulares
4. No exigir responsabilidades por incumplimientos

3.- RIESGOS CONSTANTES REQUERIDOS DE ESPECIAL GESTIÓN EN CONTRATACIÓN

Al margen de los riesgos apuntados y de la concreción que puede llevarse a cabo a través de un estudio de la

casuística existente, pueden identificarse, en el contexto actual, dos riesgos requeridos de una especial actividad de gestión por la trascendencia e impacto que tienen en la contratación pública, y que son, por un lado, los conflictos de intereses, y, por otro, la deficitaria regulación de los canales de denuncia y del estatuto de protección del denunciante de buena fe.

3.1.- Conflicto de intereses como riesgo constante

El art. 64 LCSP incorpora una definición del conflicto de intereses, tributaria de la recogida en el art. 24 de la Directiva², señalando que abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que *podiera parecer que compromete* su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Es decir, siguiendo la sistematización apuntada en el apartado anterior, la LCSP apuesta por todo el rango de riesgo, incluyendo la mera apariencia.

Ante las dificultades para concretar esa definición conceptual del conflicto de intereses, en función del ámbito material en el que se produzca el hipotético conflicto, puede suceder que se ofrezca una respuesta diferente con la consiguiente inseguridad jurídica, por lo que sería conveniente disponer de una definición básica,

² Si bien la Directiva presenta algunas diferencias en relación con la definición del conflicto de intereses, especialmente relevantes desde el punto de vista de la gestión de riesgos, por un lado, la concreción del sujeto que puede verse afectado por estas situaciones de conflicto y, por otro, la expresión del momento en que se pueden producir.



definición que debería abarcar tanto situaciones de conflicto de interés real como potencial o aparente, dibujando, en consecuencia, tres escenarios:

- Riesgo efectivo: cuando ya debe emitirse el juicio profesional.
- Riesgo futuro: cuando se tenga que tomar una decisión o emitir un juicio profesional.
- Apariencia de riesgo: cuando no existe interés particular.

Y es precisamente la parquedad regulatoria la que exige la adopción de medidas concretas para la gestión del riesgo derivado de los conflictos de intereses, que se presenta como un riesgo constante en cualquiera de las fases del procedimiento de licitación, y para ellos resulta necesario discriminar las siguientes acciones:

- *Prevención*

La prevención de los conflictos de intereses exige disponer de mecanismos previos que, a modo de filtro, garanticen la adopción de medidas preventivas, y, a dichos efectos, la más frecuente es la formulación de una declaración relativa a los conflictos de intereses por parte de aquéllos que intervengan en los expedientes de contratación.

- *Detección*

En esta fase hay que establecer cómo detectar el conflicto de intereses, Para ello sería preciso realizar labores de seguimiento y actualización de la información manifestada que permitan en todo caso su ajuste a la realidad, sin olvidar que, *a priori*, resulta difícil dicha prevención total pues es imposibles conocer quiénes serán licitadores en el respectivo expediente. A efectos de corregir esta distorsión, resulta conveniente articular medidas que



permitan ofrecer concreción en relación con los licitadores en el mismo.

- *Gestión*

La parquedad con que la LCSP regula el conflicto de intereses deja amplias lagunas, entre ellas cómo actuar cuándo se detecta el conflicto de intereses, cuál debe ser el procedimiento a seguir, procedimiento que, en todo caso, debe ser contradictorio para garantizar los derechos de todos los actores en presencia.

- *Sanción*

En el ámbito sancionador, también ante la ausencia de definición legal de cómo actuar en la LCSP, sería necesario distinguir si el conflicto de intereses afecta a un empleado público o a un representante político, pues en uno y otro caso, resultará de aplicación diferente régimen. En el caso de los primeros, la vía de aplicación será el régimen disciplinario, en tanto que en el caso de los segundos será la normativa reguladora de su estatuto, cuando exista, y, en última instancia, la normativa en materia de transparencia, todo ello, sin perjuicio de las cuestiones que se puedan suscitar de orden penal.

3.2.- Inexistencia de un sistema de denuncias internos y canales de denuncia

Como una herramienta vertebral de gestión de riesgos en la contratación pública debemos tener presente la adecuada configuración de los canales de denuncias, como instrumento clave para articular las nuevas obligaciones legales, ante la inexistencia de un marco básico normativo, explorando las principales características para la configuración del modelo y la conveniente asignación de un estatuto de protección al denunciante de buena fe.

Si bien en el ámbito internacional son numerosas las referencias a la necesidad de articular canales de denuncia y medidas de protección al denunciante como parte de una estrategia integral de prevención y lucha contra la corrupción, entre las que podemos citar, los artículos 8.4, 32 y 33 Convención Naciones Unidas contra la Corrupción; artículo 9 Convenio Civil del Consejo de Europa contra la corrupción y el artículo 22.a) Convenio Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción y Resolución 1729/2010 y Recomendación 1916/2010, de protección de los denunciantes, entre otros, España es uno de los pocos países de nuestro entorno que carecen de regulación básica en esta materia pues la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG) nada regula al respecto³. Sin embargo, esta carencia regulatoria no exime a la administración pública de adoptar medidas en dicho sentido.

La inexistencia, por una parte, de una regulación estatal básica de los canales de denuncia y del marco común aplicable a los denunciantes de buena fe en la normativa

³ En el ámbito autonómico, se puede destacar la existencia de algunas iniciativas normativas que prestan especial atención a esta problemática. Por un lado, la Ley 5/2015, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecerán las garantías de los denunciantes, de Castilla y León, o la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana, y la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares.



básica sobre transparencia, junto con la existencia, por otro, de una obligación legal de denuncia en materia de conflictos de intereses que afecten a la contratación, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 64 LCSP, exige que los órganos de contratación establezcan las bases para el cumplimiento de este deber, como parte, actuación que encaja a la perfección en el marco de una estrategia de cumplimiento normativo (compliance)⁴.

4.- CONCLUSIONES: LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN COMO PREMISA DE INTEGRIDAD

La incorporación del principio de integridad al articulado de la LCSP aconseja plantearse qué debemos entender por tal y para ofrecer una definición de integridad podemos acudir a la Recomendación de la OCDE sobre integridad pública, define la integridad pública como *"el posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como el conjunto de principios y*

⁴ En este sentido las últimas novedades normativas apuestan por configurar explícitamente los canales de denuncias, como ha sucedido con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en cuyo art. 24 recoge la regulación del sistema de información de denuncias internas, señalando que los principios recogidos en el mismo serán aplicables a los sistemas de denuncias internas que pudieran crearse en las Administraciones Públicas. Ya en el 2007, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) dedicó un informe legal 2007/0128 de 12 páginas a una consulta sobre la [*Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas \(mecanismos de whistleblowing\)*](#).

normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados”⁵.

A pesar de lo expuesto en relación con la apuesta por la integridad en el nuevo modelo de contratación pública y su máxima concreción en el art. 64 LCSP, no puede dejar de advertirse que esta regulación ofrece un marco demasiado abierto en cuanto a su ejecución, ya que se presenta como una norma de resultado, permitiendo, en consecuencia, diversas interpretaciones y asimétricas soluciones y medidas en garantía del principio de integridad. En positivo, no obstante, destacar que mediante otras formulaciones de soft law, en este caso, se puede recoger un mandato claro de adopción de dichas medidas y, en consecuencia, una posición activa del órgano de contratación, posición que puede materializarse mediante la aprobación de programas de compliance en contratación pública.

Porque tal y como señalaba la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) en febrero 2015, se podía cifrar en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España, apuntando una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia, que hoy deben verse todavía aumentadas dada la mejora experimentada por el marco legal de aplicación⁶.

La generalización de la percepción de impunidad ante este tipo de situaciones, incluso de que no se detectan, unidos a la falta de gestión de una cultura ética

⁵ <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

⁶ “PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia”

organizativa, la existencia de una regulación extensa, con cambios frecuentes, requerida de interpretación, el infradimensionamiento del mapa local, así como la existencia de un sistema de control externo que requiere mayor eficacia, son algunos de los factores a tener en cuenta para la adopción de una adecuada política de gestión de riesgos y en la elaboración del correspondiente mapa, como herramienta de integridad.

5.- RECOMENDACIONES PARA LA MEJORA DE LA INTEGRIDAD A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE RIESGOS

La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en su considerando 16, señala que: *«los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses»*.

Para ello, es recomendable desarrollar una política de gestión de riesgos, perfectamente incardinada en la utilización de las técnicas de Compliance, comenzando por un análisis de riesgo conforme a los siguientes factores y efectos sobre los riesgos identificados

PRIORIDAD
<ul style="list-style-type: none">- Probabilidad- Gravedad
ANÁLISIS DE LOS FACTORES
<ul style="list-style-type: none">- Factores de riesgo- Incidencia- Acciones preventivas- Consecuencias
ANÁLISIS DE LOS EFECTOS



- Consecuencias
- Probabilidad
- Gravedad
- Acciones contingentes
- Alertas

Asimismo, tal y como se ha expuesto sería recomendable la adopción de otras medidas:

- Profundizar en la configuración legal de los conflictos de intereses, dando el salto de la conceptualización teórica que nos ofrece la LCSP, a la concreción de la gestión, estableciendo, asimismo, el ciclo completo de gestión: prevención, detección, solución y sanción.
- Articulación del canal de denuncias en su más amplia definición, es decir, abierto a las denuncias de cualquier persona, sin exigir la condición de empleado público, y sobre cualquier riesgo, no sólo en materia de conflictos de intereses⁷.

En esta misma línea de recomendaciones y propuestas de mejora debe incidirse en la profesionalización de la contratación pública, siguiendo la *"Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública"*, resolviendo el déficit de especialización existente que incrementa la probabilidad de errores o irregularidades durante el impulso, la preparación, la licitación, la ejecución y la extinción o resolución de los contratos.

⁷ La [circular 1/2016](#) del 22 de enero de 2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige "la existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa", porque "es uno de los elementos clave de los modelos de prevención.

Y para su adopción existe una herramienta que puede servir para vertebrar las diferentes dimensiones de la integridad en la contratación pública y contribuir a implantar una política de gestión de riesgos, como es la utilización de un programa de cumplimiento normativo, de un programa de Compliance de contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS ACUÑA, M^a C.
 - (2017) *Compliance en la Administración Pública: dificultades y propuestas*. CEMCI
 - (2018). "La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación", *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 6, Junio 2018, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 3834/2018
 - (2019). "Compliance en la LCSP. Una visión de los canales de denuncia para prevenir la corrupción en la contratación". *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 159, Enero-Febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 15661/2018
- CERRILO i MARTÍNEZ, A. (2018). *El principio de Integridad en la Contratación Pública*. Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2018). "Los principios generales de la contratación pública". En GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES (Eds), *Tratado de Contratos del Sector Pública*. Valencia. Tirant lo Blanch



OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

- COMISIÓN EUROPEA (2014). *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea*. Bruselas, 3 de febrero de 2014 [COM(2014) 38].
- CNMC (2015). *Guía contra el fraude en la contratación*. Madrid, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- OFICINA ANTIFRAU DE CATALUÑA (2016). *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*. Barcelona, Oficina Antifrau de Cataluña