

RIESGOS Y DESAFÍOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

EN UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA COMO LA DANA



Joan A. Llinares Gómez

Jurista. Primer director de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción (2017-2024)

Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los licitadores¹.



EL CONTEXTO

La catástrofe acaecida el pasado 29 de octubre en Valencia, y en concreto en las comarcas de Requena-Utiel, Hoya de Buñol-Chiva, l'Horta Sud y la Ribera, por los desbordamientos del barranco del Poio y los ríos Turia y Magro, ha puesto a prueba la fortaleza de nuestras administraciones públicas para hacer frente a una calamidad pública como la DANA y ha dejado patente, además de una generalizada manifiesta debilidad organizativa y funcional, la importancia de tener al frente de los órganos decisivos a personas responsables y con conocimientos profesionales para actuar con eficacia y determinación. Aunque inevitables no se puede afirmar que fenómenos como este no fuesen previsibles, la riadas, como la de 1957 en Valencia, la del Júcar en 1982 y 1987 o la del Segura en 2019, son sucesos que se repiten cada cierto periodo de tiempo. En este caso, 224 personas fallecidas más tres que siguen desaparecidas en el momento de escribir estas líneas, son de por sí, además de una gran desgracia, un indicador del tremendo fracaso en prevención de desastres naturales ocu-

rrido con esta DANA, la cual, gracias a las tecnologías hoy existentes, se venía anunciando desde cinco días antes por los servicios meteorológicos españoles y europeos. Hubo unas instituciones que actuaron correctamente y muchas otras que lo hicieron muy mal.

Trágicamente mal. Con la misma información disponible la Universidad de Valencia suspendió clases y actividad el día antes. Municipios como Alzira, Carcaixent y Algemesí también las suspendieron con bandos de sus alcaldías avisando del riesgo que se avecinaba.

La Diputación de Valencia suspendió el trabajo presencial y envió a sus funcionarios a casa. Hasta los ciudadanos de nacionalidad japonesa residentes en Valencia recibieron de su embajada un aviso para que tomaran medidas ante un riesgo meteorológico extremo.

En cualquier caso, las responsabilidades administrativas y, en su caso, penales derivadas de esta inactividad ya se determinarán por los tribunales de justicia a los que han comenzado a llegar ya las primeras denuncias y querellas.

También será necesario reflexionar sobre si la reconstrucción consiste en volver a hacer lo mismo o si se atenderá a la realidad que desde hace siglos está documentada² y que expresa cómo funcionan las cuencas de los ríos y barrancos de nuestra geografía, que ahora se ve agravada en intensidad y frecuencia³, por el sobrecalentamiento del propio mar Mediterráneo cuyas aguas han sobrepasado los 31°C durante los cuatro últimos veranos, una persistencia desconocida desde que hay datos.

¹Art. 64 Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público

²"Su profundo y ancho cauce siempre está seco salvo en las avenidas cuando recibe tantas aguas y corre tan furiosamente, que destruye cuanto encuentra. En 1775 causó muchísimas desgracias en Chiva, sorprendiendo a medianoche sus vecinos; asoló un número considerable de edificios, esparciendo por más de dos leguas los tristes despojos y los cadáveres de los pobres que no pudieron evitar la muerte". Referencia al barranco del Poio por el botánico Antonio José Cavanilles en su obra Observaciones sobre la historia natural, geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia Madrid, 1795.

³La última DANA en la Comunitat Valenciana se produjo en 2019 afectando en esta ocasión a la cuenca del río Segura. En los años 80, el río Júcar provocó tres inundaciones importantes, una de ellas, la de 1982, provocó la rotura de la presa de Tous.

LAS TAREAS URGENTES DE RECONSTRUIR Y PALIAR LOS DAÑOS Y SUS RIESGOS

La inmensa labor de reconstrucción de infraestructuras y restablecimiento de servicios básicos necesarios para garantizar la vuelta a la normalidad en el día a día de los ciudadanos y de las empresas entraña riesgos para el interés general. Para hacer frente a tanta necesidad todas las administraciones públicas, la local, la autonómica y la estatal están movilizando ingentes recursos materiales y económicos. Una buena parte de estos recursos se obtienen a través de la contratación pública gestionando los procedimientos de emergencia que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien es cierto que la contratación de emergencia es una herramienta legítima en contextos como el que ha dejado la DANA y que recoge la Ley de Contratos del Sector Público LCSP (art. 120), no es menos cierto que esta modalidad contractual creada para cuando se dan circunstancias excepcionales y que le otorga una gran discrecionalidad al órgano de contratación, puede convertirse también en un terreno fértil para la corrupción si no se gestiona desde la integridad pública con la debida transparencia, rendición de cuentas, autorregulación ética, buena gobernanza, respeto a la legalidad y por supuesto a los órganos de control jurídico y financiero que deberían ver respetada su obligación de actuar con independencia de los demás órganos administrativos así como del poder político.

En este sentido, en otra situación de emergencia pública relativamente reciente como lo fue la pandemia de la Covid19, fueron numerosas las recomendaciones emitidas desde la Agencia Valenciana Antifraude-AVAF, en la época en que fui su director, y por lo que me remito a mi Resolución 77/2020, de 27 de marzo de 2020, titulada "Reflexiones de la Agencia Valenciana Antifraude en el estado de alarma declarado ante la pandemia de la COVID19"⁴ y a otra más genérica la "Recomendación general para la ejecución de contratos en clave de integridad pública"⁵, de febrero de 2022, en cuyo apartado 4 se hace una referencia específica a los contratos de emergencia. Tras la Covid19 las investigaciones realizadas por la AVAF sobre las compras de emergencia de material sanitario afloraron multitud de irregularidades y costes injustificados.



ANTECEDENTES. ESTADO DE CORRUPCIÓN GENERALIZADA

El riesgo de corrupción, malas prácticas y despilfarro no es algo ajeno a la realidad de la Comunitat Valenciana cuya reputación ha estado arrastrada por el barro durante demasiados años por múltiples causas judiciales. Aquí hemos tenido casos como Gürtel, Brugal, Blasco-Cooperación, Taula, Imelsa, Emar-sa, Terra mítica, IVAM, Canal 9, Fabra, Castellanos-Trama del Fuego, VAERSA, Noos, Oswaldo... entre otros muchos. O el caso Formula 1 cuya acción penal se archivó con la lacónica declaración del Ministerio Fiscal de que "el despilfarro no es delito". Este despilfarro costó a los valencianos más de 100 millones de €, el equivalente a lo que cuesta un hospital de 120 camas bien equipado.

Aunque mayor despilfarro se produjo en el caso del parque de atracciones Terra Mítica que con un coste superior a los 400 millones de € y en que la Generalitat, que fue la promotora, tan solo recuperó poco más de 60 cuando privatizó el parque ante su insostenibilidad. Si usamos la misma equivalencia anterior, podríamos afirmar que la ocurrencia de

Terra Mítica costó a todos tres hospitales de 120 camas cada uno. En este caso, hubo condena penal con livianas condenas e insignificante recuperación de activos.

Entre tantos e innumerables casos cabe destacar el caso Erial, sentenciado recientemente y que ha condenado a 10 años de cárcel con multa de 22 millones de € y una responsabilidad patrimonial de 16 millones, a un expresidente de la Generalitat Valenciana y ex ministro portavoz del gobierno de España, Eduardo Zaplana, con otras condenas para sus cómplices, rebajadas por haber confesado, entre los que cabe destacar el que fue su poderoso jefe de gabinete Juan Francisco García y los empresarios beneficiarios miembros de la familia de Juan Cotino, quien fuera director general de policía del gobierno de España y presidente de Les Corts quien, también imputado en este caso y en otra de las piezas de Gürtel, falleció antes de celebrarse los juicios.

⁴ https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/12/recomendacion-general-covid-19_publicacion-cast.pdf

⁵ https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2022/09/08_220927_recomendacion_ejecucion_contratos.pdf

En la actualidad continua la instrucción de otro asunto no menos grave, el conocido como caso Azud que viene a ser una síntesis de todos los demás y una especie de "tangentopoli"⁶ a la valenciana pues afecta por igual a cargos de los dos grandes partidos de gobierno. Así es que presidentes autonómicos y de Les Corts, consellers, presidentes de diputaciones provinciales, alcaldes, concejales, asesores, tesoreros de partido, gerentes y directores de empresas públicas, entes públicos diversos, etc. han sido enjuiciados y condenados por corrupción durante los últimos veinte años. Y sin que haya existido una verdadera catarsis⁷ por todo lo ocurrido que tantos miles de millones ha costado. Este es el escenario desolador que nos encontramos cuando ha llegado la DANA.

Esta carga reputacional que se arrastra y que tanta vergüenza produce, la ha retratado con solo una frase el profesor José Luís Villacañas, "la corrupción nos roba dinero y dignidad a partes iguales", en nuestro caso, la dignidad de todos los valencianos.

LA OPERATIVA DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción la podemos representar gráficamente con la figura geométrica de un triángulo. En uno de los lados encontramos al político corrupto, en el otro al empresario corruptor y en el tercero el funcionario o técnico que da forma de apariencia de legalidad al acuerdo corrupto. Al corrupto siempre le ha preocupado que el expediente de contratación estuviese perfecto e impoluto, con sus preceptivos pliegos, informes y registros. Se ha profundizado muy poco o nada en la responsabilidad de ese tercer lado del triángulo, es decir, los técnicos y funcionarios cuya intervención es necesaria para que los objetivos de corrupto y corruptor tengan éxito. En paralelo, tampoco se ha protegido a los servidores públicos cuando se han enfrentado a situaciones como las descritas y se han quedado solos y marginados ante el sistema corrupto. Ha habido servidores públicos ejemplares que aún hoy siguen sufriendo las consecuencias perversas por haber denunciado prácticas corruptas de las que han sido testigos o investigadores. Por esta causa siempre he considerado que la protección de las personas que denuncian corrupción y, en particular, a los funcionarios íntegros, es la piedra angular de cualquier estrategia de lucha contra la corrupción. Estrategia que en España no existe a diferencia de otros Estados de la UE como Francia, Alemania, Austria o Italia, por citar a los

más próximos.

En buena parte de los casos de corrupción enumerados en el apartado anterior, el saqueo de las arcas públicas se ha producido a través de procesos de contratación pública y, en menor medida, subvirtiendo programas de subvenciones y ayudas a personas o colectivos necesitados. Y todo ello ocurría en situaciones de normalidad donde se suponía que debían funcionar los órganos de control internos y externos. La estrategia de la corrupción durante todos estos casos ha tenido con frecuencia un denominador común: se ha utilizado profusamente estructuras organizativas extra administrativas del llamado sector público para eludir con más facilidad los controles financieros y de legalidad.

Entidades mercantiles públicas, fundaciones y entes de todo tipo han representado fielmente esa huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho Mercantil y Civil que tanto se ha prodigado entre nuestras administraciones públicas justificándolo en la supuesta agilidad y eficacia que se le atribuye al derecho privado. Este hecho no ha impedido que en ocasiones se hayan sentido tan impunes que hayan llegado a malversar desde dentro de las mismas estructuras administrativas públicas (casos Zaplana y Blasco).

Con la llegada de la DANA llueve sobre mojado, y ahora, con los contratos de emergencia, podríamos volver al pasado o mucho peor. La situación de extrema necesidad en la que se encuentra una extensa zona de la provincia de Valencia de gran densidad poblacional (cerca de 300.000 personas están afectadas), decenas de miles de viviendas dañadas y una concentración industrial que representa el 19% del PIB valenciano (más de 50.000 empresas de todos los tamaños) con daños en infraestructuras de más de ochenta municipios constituye un escenario abonado para las prácticas corruptas.

LA EMERGENCIA NO EXIME DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Como decía anteriormente, cuando se dan situaciones excepcionales que exigen una actuación inmediata para proteger la seguridad de las personas y los patrimonios públicos y particulares, la ley permite a las administraciones públicas adjudicar contratos sin obligación de seguir los procedimientos ordinarios con el principal objetivo de dar respuestas rápidas para restaurar servicios bási-

cos lo antes posible. Esta flexibilidad, que permite una enorme simplificación, y llega hasta la posibilidad de concertar contratos verbales y gran discrecionalidad a la hora de elegir a las empresas, es evidente que entraña riesgos evidentes de corrupción. El estado de emergencia puede prescindir de la publicidad y de la licitación, por consiguiente, desaparece la presión concurrencial y sin competencia los precios se distorsionan y pueden dispararse generando sobrecostes y lucros escandalosos. Ya se vivió durante la pandemia del Covid19 como perfectamente se puede conocer a través del documento de mayo de 2024 "Las irregularidades en la contratación pública y las investigaciones de la AVAF"⁸ de Gustavo Segura, interventor de administración local, que fue director de investigación de la agencia valenciana hasta la llegada de la nueva dirección nombrada sin consenso por el partido gobernante y su socio⁹.

Cuando se actúa en situaciones de plena emergencia, en muchas ocasiones, es cierto que no se dispone por la administración siquiera de una correcta determinación del precio del encargo o contrato. En esta situación la administración queda a expensas de las facturaciones de las empresas contratadas; por otra parte, la falta de definición detallada del objeto del contrato, agravada en casos de obras y servicios, que en situaciones de normalidad estaría precedida de la redacción de proyectos técnicos y pliegos de prescripciones con requerimientos muy detallados en cuanto a condiciones, cuadros de precios y cronogramas, de los que declarada la emergencia se puede prescindir en la fase de adjudicación, aunque a posteriori se deba concretar.



⁶ Del vocablo italiano "tangent" que significa soborno. Una serie de investigaciones judiciales y de la fiscalía que a principios de los años 90 reveló un sistema político profundamente corrupto en Italia que se llevó por delante partidos políticos tanto de derechas como de izquierdas.

⁷ Como muestra, el ayuntamiento de Benidorm se ha negado a cambiar el nombre de la avenida dedicada a Eduardo Zaplana tras la reciente sentencia condenatoria, con la excusa de que todavía no es firme, cuando cualquier persona que sabe algo de derecho reconoce que los hechos en la primera sentencia ya no son cuestionables.

⁸ <https://inclusio.gva.es/documentos/610460/388083184/1LAS-K9V.pdf?dae80ccc-2f18-12bb-30bc-b933ef4b5e5d?t=1732625010874>

⁹ La ley de la AVAF exige que la dirección se nombre por 2/3 de los diputados de las Corts lo que obliga a encontrar profesionales que tengan el consenso de una mayoría cualificada, pero con los cambios introducidos en la ley se permite una segunda vuelta en la que es suficiente la mayoría.

Lo mismo ocurre respecto a la formalización por escrito de los propios contratos que, aunque se hayan adjudicado de forma verbal, deberán formalizarse por escrito lo antes posible pues el contrato no escrito es nulo en la administración pública. En otras palabras, el expediente de contratación deberá completarse en cuanto sea posible y a lo largo de la ejecución para cumplir los requisitos exigidos por la ley. En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la Agencia Valenciana Antifraude según los informe y recomendaciones ya citados y el Tribunal de Cuentas¹⁰ que han establecido los criterios que han de garantizar los principios establecidos por la LCSP: transparencia, eficacia y legalidad en el uso de recursos públicos. De los pronunciamientos de ambos órganos de control externo deducimos las siguientes conclusiones:

- ☑ **Justificación.** Es esencial que la situación de emergencia esté debidamente justificada tanto en términos legales como fácticos. La contratación por la vía de emergencia debe responder a una necesidad inaplazable, derivada de situaciones imprevistas o de fuerza mayor que imposibilitan la tramitación ordinaria.
- ☑ Debe acreditarse que no hay alternativas viables o que el procedimiento ordinario no es factible dentro del plazo requerido.
- ☑ Está permitida la adjudicación directa de los contratos, pero esto no exime del cumplimiento en la medida de lo posible de principios básicos de publicidad, igualdad, transparencia y no discriminación. Debe acreditarse la capacidad y solvencia de la empresa seleccionada.
- ☑ El órgano de contratación debe de documentar adecuadamente las razones por las que elige al contratista, las condiciones pactadas y la imposibilidad de que concurren otros contratistas.
- ☑ El objeto del contrato debe limitarse estrictamente a satisfacer la necesidad urgente. No se permite incluir trabajos, suministros o servicios que no estén directamente relacionados con la emergencia.
- ☑ El control presupuestario y de precios. Se deben justificar los precios pactados con el contratista que deben ser razonables y acordes al mercado.
- ☑ Se debe garantizar la disponibilidad presupuestaria siguiendo las reglas de control económico y financiero.
- ☑ Los contratos de emergencia tienen un carácter temporal y deben estar limitados al tiempo necesario para solucionar la emergencia. En cuanto las condiciones lo permitan se deben tramitar los procedimientos ordinarios de contratación.
- ☑ La fiscalización interna debe ejercerse tan pronto las condiciones lo permitan incluyendo la auditoría de legalidad y de cumplimiento. Además, la documentación deberá completarse, registrarse y los expedientes estar listos para poner a disposición de los órganos de control externos.
- ☑ La publicidad y transparencia. Aunque la adjudicación se haya realizado sin publicidad, tan pronto como sea posible, se debe publicar información del contrato en los registros oficiales y plataformas electrónicas incluyendo los datos esenciales del contrato: objeto, precio, nombre de la empresa adjudicataria, plazos, etc.

En una época como la actual, con los medios electrónicos y digitales disponibles, la interconexión entre plataformas que no conocen límites geográficos y el uso de la inteligencia artificial es cada vez más difícil justificar que no se ha podido contactar con un número suficiente de empresas, obtener diferentes ofertas, calcular precios y garantizar que se contrata empresas solventes y capaces, a precios de mercado y respetando en lo básico los principios de concurrencia y competencia.

PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EMPRESAS CONDENADAS POR CORRUPCIÓN

No podemos olvidar el artículo 71 de la LCSP que establece la prohibición de contratar con empresas condenadas por delitos relacionados con la corrupción.

Esta prohibición también se extiende a las empresas sucesoras o derivadas de la empresa que incurrió en los delitos de corrupción. Esta prohibición se incorporó al ordenamiento jurídico español en la Ley de Contratos de 1995 pero se ha aplicado muy poco, bien porque sorprendentemente no forma parte de la petición de condenas, o bien, porque muchas empresas involucradas en casos de corrupción alcanzan acuerdos de conformidad para reducir las penas

entre ella la inhabilitación para contratar.

Por ese motivo, cuando se ha denunciado que la emergencia derivada de esta DANA se estaba contratando empresas, o sus sucesoras, condenadas por casos de corrupción el argumento justificativo empleado ha sido que en las condenas no se incluyó la pena accesoria de prohibición para contratar con la administración y su sector público. Lo que siendo cierto no impide otra reflexión en clave de integridad: si el ordenamiento jurídico otorga una gran discrecionalidad a la hora de adjudicar contratos de emergencia, ¿no sería lo lógico aprovechar el poder de discrecionalidad para contratar a empresas que no se han visto involucradas en casos de corrupción? Si, por el contrario, esa discrecionalidad se aprovecha para contratar con empresas con un pasado corrupto, ¿no nos estamos alejando de los principios que la LCSP establece en sus artículos 64 y 71 en cuanto que las administraciones públicas deben luchar contra la corrupción? Sería una gran oportunidad para proclamar que se está procediendo a la necesaria higiene en la contratación pública.



¹⁰ Informes 1489/2022 y 1542/2023 del Tribunal de Cuentas referidos a la fiscalización de los contratos del Área de Administración Económica del Estado y sus organismos autónomos para gestionar la crisis sanitaria del COVID-19



CONCLUSIONES

Para finalizar, sería razonable que ahora más que nunca se activaran los comités antifraude donde no funcionen, que vigilaran la correcta aplicación del ordenamiento jurídico y el uso eficiente de los ingentes recursos públicos que se van a invertir en la reconstrucción de los servicios e infraestructuras afectadas por la DANA. Una acción decidida que pueda prevenir, detectar, corregir y perseguir los casos de fraude y corrupción que con toda seguridad se van a producir. En definitiva, un sistema preventivo basado en los principios de buen gobierno que no son otros que garantizar:

- ☑ **Transparencia.** Las paredes de la administración y los bolsillos de quienes administran deberían ser de cristal. La ciudadanía tiene derecho a saber hasta el último detalle dónde van a para sus impuestos
- ☑ **Rendición de cuentas.** Los gobernantes que no rinden cuentas desprecian a la ciudadanía y se deslizan hacia el abuso de poder y la arbitrariedad.
- ☑ **Códigos éticos y de conducta** con un sistema de gobernanza que los haga eficaces incluyendo Comités de ética independientes con capacidad para sancionar.
- ☑ **Controles internos y externos** eficientes e independientes sin interferencias políticas que fiscalicen de forma profesional.
- ☑ **Canales de denuncia seguros** a cargo de funcionarios honestos que investiguen lo denunciado trasladando a la fiscalía, en su caso, las infracciones penales y al Tribunal de Cuentas las infracciones con perjuicios patrimoniales y dando publicidad detallada de las irregularidades para que la sociedad conozca qué se hace con los recursos públicos y quienes se aprovechan de su cargo y posición pública.
- ☑ **Un sistema sólido y eficaz** que proteja y ayude a las personas que denuncian conductas corruptas con capacidad sancionadora contra los represaliadores.
- ☑ **Y por supuesto, fomentar y respetar** la participación ciudadana a través de la sociedad civil organizada que exige integridad pública y que viene denunciando las insuficiencias e incumplimientos de la legalidad por parte de los poderes públicos y de los controles colonizados por los partidos políticos; vigilantes y ejerciendo si es menester la acción popular que contempla nuestro sistema legal tal y como han venido haciendo entidades como el Observatori contra la Corrupció, Acció Cívica contra la Corrupció, Fundació per la Justícia o la Fundació Hay Derecho. La sociedad civil activa y organizada es en estos momentos el muro más sólido que tenemos para seguir la lucha contra la corrupción.

