

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE AGENCIA A LA PREVENCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO LA DIRECTIVA 2014/24

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

University of Bristol Law School

El desarrollo de la actividad del sector público requiere, de forma inherente e inevitable, la adquisición de determinados suministros, servicios y obras (1). El redimensionamiento o minimización de la actividad productiva del Estado resultante de los modelos de economía mixta acrecienta la dependencia del sector público en suministros y servicios procedentes

del sector privado y, a su vez, acentúa la tendencia al uso regulatorio de la contratación pública como instrumento de gobernanza pública e intervención económica (2). El estudio de estos fenómenos es sobradamente conocido y ha dado lugar a discusiones inacabadas (e inacabables) acerca de la utilización instrumental de la contratación pública como instrumento de política económica (3), industrial, (4) medioambiental o hasta social (5). También son bien conocidos los resultados de la aplicación del análisis económico del derecho a los sistemas de incentivos creados por las subastas y concursos públicos (6), así como por los contratos que resultan de las mismas (7). Igualmente, el análisis económico del derecho ha facilitado importantes avances en la formalización de estudios relacionados con la colusión y la corrupción en escenarios sujetos a estrictas normas de transparencia y a rígidos ejercicios de planificación de la demanda (8).

Este artículo no se fija en ninguna de estas facetas, que han sido objeto de mucho y mejor debate académico (9), sino en la menos desarrollada aplicación de la teoría de agencia a las actividades del comprador público (10). Basándose principalmente en las contribuciones de Trepte (11) y Yukins (12) a la extensión de la

teoría de agencia a este campo, el artículo explora las varias dimensiones en que la contratación pública se ve afectada por problemas de agencia, así como algunas de las soluciones que el Derecho comunitario ha desarrollado para tratar de remediarlas, con especial énfasis en los desarrollos incluidos en la nueva Directiva de 2014 (13) en torno a la prevención y sanción de conflictos de interés y comportamientos interesados de los proveedores de la Administración Pública como agentes. Las conclusiones resumen la aplicación de la teoría de agencia en este ámbito.

TEORÍA DE AGENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GENERAL †

En su formulación clásica (14), y en cuanto es útil para este artículo, la teoría de agencia enfatiza que toda situación en que los intereses económicos de un operador (principal) son administrados por otro operador económico (agente) se ve inevitablemente afectada por la existencia de conflictos de interés que crecen o disminuyen en importancia en la medida en que los objetivos, incentivos, recompensas y sanciones aplicables a cada uno de estos operadores no estén perfec-

tamente alineados. El problema del conflicto de interés se ve complicado por asimetrías informativas entre el principal y el agente (15), así como cuestiones de selección adversa y riesgo moral, o comportamiento interesado del agente (16). Por tanto, simplícidamente, la teoría de agencia aboga por el establecimiento de mecanismos de prevención, control y sanción de conflictos de interés que alineen los intereses del agente con los de su principal, y que eliminen cualquier inmunidad del agente respecto a los efectos económicos y reputacionales de la actividad que lleve a cabo para su principal (17). Estos dos elementos (mecanismos de prevención y mecanismos de sanción) constituyen el núcleo del análisis en este artículo.

La teoría de agencia ofrece un marco analítico bien ajustado a una conceptualización estilizada del fenómeno de la contratación pública (18), en tanto que mecanismo por el cual el sector público se provee de los bienes, servicios y obras necesarios para el desarrollo de actividades propias del ejercicio de prerrogativas públicas o la prestación de servicios vinculados al Estado de bienestar (19). En el marco de la contratación pública, la teoría de agencia ayuda a poner en valor los distintos niveles de contraposición de intereses y funciones, así como las redes de potenciales conflictos de interés que afectan a los agentes involucrados en esta actividad económica del sector público (20). Efectivamente, es importante enfatizar que, en el ámbito de la contratación pública, no existe una única relación de agencia (21) y, por tanto, en este ámbito, la teoría de agencia sirve para destacar y analizar los distintos aspectos de las complejas y múltiples relaciones de agencia implícitas en la compra pública (22).

En primer lugar, existe una relación de agencia entre el Gobierno (como agente) y los ciudadanos o electorado (como principal). En este plano, el comprador público desarrolla sus actividades para satisfacer el interés público y debe permanecer susceptible a la exigencia de responsabilidades conforme a los mecanismos democráticos generales; esto es, en este primer plano de análisis, la actividad del comprador público no se distingue de forma singular del resto de actividades desarrolladas por el sector público en general (23). El análisis de esta primera relación de agencia es útil en relación con determinados aspectos de legitimidad y responsabilidad de las decisiones del comprador público, particularmente en lo relativo a la utilización de la compra pública como mecanismo de priorización de necesidades públicas y como instrumento de inversión pública.

En segundo lugar, existe una relación de agencia entre el comprador público en concreto (esto es, el funcionario o la unidad administrativa encargada específicamente del desarrollo de la actividad de contratación, que actúa como agente) y el usuario público de los bienes, servicios u obras objeto de contratación (generalmente, otra unidad administrativa dentro del sector público, que actúa como principal en este ámbito). El marco de este segundo tipo de relación de agencia inter-administrativa es particularmente útil para el análisis de cuestiones relativas a la transparencia y eficiencia de la función

de compra pública, así como a la creciente consideración de 'clientes internos' en el ámbito de la administración pública, y ayuda a comprender mejor aspectos de la normativa de contratación como herramienta sectorial de regulación de la actividad administrativa (24). Dada la tendencia a la centralización, agregación o cooperación en la compra pública, este tipo de relación de agencia será particularmente interesante para el análisis de las relaciones inter-administrativas derivadas del uso de centrales de compra o mecanismos de compra cooperativa o colaborativa en el sector público (25).

En tercer y último lugar, y quizá de forma más obvia, existe una relación adicional de agencia entre el comprador público (como principal) y el contratista o suministrador de la administración pública (como agente). Este tercer tipo de relación de agencia está íntimamente vinculada a la teoría económica relativa al diseño de contratos públicos y los correspondientes sistemas de incentivos para el contratista público. De manera complementaria a esos desarrollos, este tercer plano de aplicación de la teoría de agencia a la contratación pública resulta particularmente relevante en el caso de los aspectos no-contractualizables de las actividades de contratación (tales como exigencias de calidad) (26). Esta tercera relación de agencia es la que permite analizar la contratación pública como herramienta de funcionamiento del sector público, como instrumento de interacción entre el sector público y el sector privado en relaciones estrictamente comerciales, y a la que este artículo presta mayor atención.

La teoría económica en el ámbito de la contratación pública se ha centrado principalmente en el diseño de mecanismos que palién o atenúen las dificultades derivadas de la tercera relación de agencia entre el comprador público (como principal) y el contratista público (como agente), fundamentalmente a través de sistemas de incentivos creados por los contratos públicos (27). Por su parte, el análisis jurídico en este ámbito se ha centrado en la segunda relación de agencia entre el comprador público en concreto (como agente) y el sector público en términos amplios (como principal), con una dedicación especial a cuestiones de prevención y lucha contra la corrupción (28). Ambas líneas de investigación relativa a la aplicación de la teoría de agencia a la contratación pública ofrecen importantes lecciones para una mejor comprensión del entorno en que se desarrolla esta actividad económica del sector público, así como interesantes explicaciones de las raíces y orígenes de algunas de las importantes distorsiones que la normativa de contratación pública puede generar en el ámbito competitivo de mercados en que la presencia (ie demanda) del sector público es particularmente relevante (29); y, en especial, algunas explicaciones relevantes para cuestiones relativas a la transparencia de prácticamente todas las fases del proceso de contratación pública a pesar de la clara evidencia de que dicha transparencia incentiva y facilita la creación y mantenimiento de cárteles de proveedores que, en última instancia, dañan el mismo interés público (eficiencia de la compra pública) que la normativa de contratación trata de promover (30).

Dejando esas cuestiones aparte, este artículo adopta una perspectiva principalmente jurídica y se centra fundamentalmente en la tercera relación de agencia y los problemas de conflicto de interés que pueden surgir entre el comprador público y sus proveedores y contratistas. Para ello, el artículo analiza algunas de las soluciones que el Derecho comunitario ha desarrollado para tratar de remediarlos, con especial énfasis en las novedades incluidas en la Directiva de 2014 en torno a la prevención y sanción de conflictos de interés y comportamientos interesados de los proveedores de la Administración Pública como agentes. El análisis pretende poner de manifiesto que existe un importante elenco de mecanismos a disposición de la Administración Pública para proteger sus intereses respecto a los riesgos de agencia implícitos en la contratación pública y que, sin embargo, estos instrumentos no recogen necesariamente las enseñanzas derivadas de la teoría de agencia. Por tanto, el artículo pretende contribuir a un mejor uso de las enseñanzas derivadas de la teoría de agencia en lo relativo a la interpretación deseable de estas normas y su aplicación práctica.

Antes de proceder al análisis detallado de estas normas, conviene resaltar que el entrelazamiento de los tres tipos de relación de agencia descritos en esta sección dificulta el diseño de normas jurídicas claras y fácilmente ejecutables. En este sentido, las reglas relativas a relaciones de agencia de tercer tipo (esto es proveedor-comprador público) deben analizarse teniendo en cuenta los posibles conflictos de interés que afectan al comprador público en concreto (esto es, relaciones inter-administrativas de agencia, o de segundo tipo). En la medida en que este solapamiento de conflictos de interés no se tenga debidamente en cuenta, el diseño de reglas de prevención y sanción de conflictos de interés de un tipo concreto (eg de tercer tipo) puede quedar completamente vaciado de cualquier efectividad por problemas de agencia de otro tipo (segundo, principalmente). En este sentido, hay que tener en cuenta el *conflicto de intereses estructural* que deriva de la doble condición de agente (respecto al resto del sector público) y principal (respecto al proveedor o a posibles proveedores) que caracteriza al comprador público en concreto (esto es, al funcionario o la unidad administrativa encargada específicamente del desarrollo de la actividad de contratación) (31). Como se verá en las próximas secciones, no parece que los mecanismos desarrollados por la Directiva 2014/24 capturen adecuadamente esta cuestión, sobre la que volveremos en las conclusiones.

PREVENCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN LA DIRECTIVA 2014/24 †

El legislador comunitario ha ido ganando progresiva conciencia de la necesidad de prevenir conflictos de interés en el ámbito de la contratación pública. La previa generación de reglas comunitarias sobre contratación pública, todavía vigentes indirectamente en España por el retraso en la transposición de las nuevas reglas (32), no hacía ninguna referencia a la necesidad de prevenir

y atajar conflictos de interés (33). Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria se venía ocupando en repetidas ocasiones de situaciones de conflicto de interés que requerían soluciones creativas en ausencia de normas expresas (34), y que ponían de manifiesto la necesidad de crear un marco jurídico claro para su tratamiento (35). Estas necesidades derivadas de la práctica llevaron a la Comisión Europea a incluir nuevas reglas relativas a la prevención de conflictos de interés en su propuesta para una nueva directiva en materia de contratación pública en 2011 (36). Tales propuestas fueron significativamente modificadas en a lo largo del proceso legislativo, pero acabaron cuajando en varios aspectos de la Directiva 2014/24, que prevé un régimen específico de prevención de conflictos de interés que los Estados miembros deben complementar en su normativa nacional que trasponga la Directiva (37). Conforme a lo previsto en el considerando 16 de la Directiva 2014/24, la prevención de conflictos de interés es un elemento de gran importancia para esta nueva generación de normas comunitarias de contratación pública: «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». De forma más específica, el artículo 24 prevé que:

«Los Estados miembros velarán 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 a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

El concepto de conflicto de intereses comprenderá 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 indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación».

Desde el punto de vista de la teoría de agencia, conviene destacar unos cuantos elementos de este tratamiento del conflicto de interés. Por una parte, esta regulación debe ser bienvenida porque la cláusula general del artículo 24 de la Directiva 2014/24 incorpora algunos de los elementos claves de la teoría de agencia y abre la puerta al desarrollo de normas legales y precedentes jurisprudenciales susceptibles de estar debidamente alineados con las enseñanzas de esta teoría económica. Por otra parte, es conveniente encuadrar estas normas en el marco general esbozado previamente. En este sentido, las reglas del artículo 24 de la Directiva 2014/24 corresponden a una situación híbrida entre la segunda y la tercera relaciones de agencia descritas. Por una parte, se debe encuadrar en la segunda relación de agen-

cia inter-administrativa (unidad contratante-unidad usuaria, dentro del sector público) en la medida en que el foco de interés de la definición de *minimos* en el segundo párrafo del artículo 24 está en la existencia de un conflicto de interés que afecte al comprador público en concreto (o a cualquier entidad a la que haya encargado o subcontratado la adjudicación de contratos públicos). En este sentido, la norma podría parecer orientada al conflicto de interés estructural derivado de la doble condición de agente y principal del comprador público en concreto a que se ha hecho alusión (más arriba, 2 *in fine*). Sin embargo, por otra parte, en la medida en que los efectos del conflicto de interés se concretan en la posibilidad de influir el resultado del procedimiento de contratación, las reglas se encuadran en la tercera relación de agencia y, en concreto, en la fase de selección del agente al que adjudicar el contrato público, que estrictamente, es una fase preparatoria del establecimiento de dicha relación de agencia de tercer tipo.

Desde esta perspectiva, parece claro que este incipiente régimen de prevención de conflictos de interés adolece de algunas deficiencias. Por una parte, sólo se centra (directamente) en el conflicto de interés que afecta al (futuro) principal en la relación de suministro, servicio u obra, obviando la posibilidad de que sea el (futuro) agente el afectado por un conflicto de interés. Por otra parte, la Directiva no establece criterios funcionales para el establecimiento de mecanismos para la evitación del conflicto de intereses o la atenuación de las consecuencias derivadas de la existencia de un conflicto de interés contrario su artículo 24, de modo que las distintas reglas existentes en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros pueden generar un escenario de gran diversidad de soluciones que acabe poniendo de manifiesto la necesidad de armonizar o, cuanto menos, coordinar las reglas aplicables a nivel comunitario en el futuro. No obstante, la Directiva sí prevé las consecuencias jurídicas de la existencia de un conflicto de interés (irresuelto) en contra de la cláusula general de su artículo 24, que se concretan en la causa potestativa de exclusión de su artículo 57.4 (e) que se analiza más adelante.

En todo caso, el régimen orientado a la prevención de conflictos de interés en la Directiva 2014/24 no se agota en la anterior regla y la posibilidad de que sea el (futuro) agente el que se vea afectado por un conflicto de interés es objeto de regulación adicional en el artículo 41 de la propia norma. No obstante, el artículo 41 de la Directiva no se concentra necesaria o exclusivamente en la posible existencia de conflictos de interés y, en cualquier caso, sólo cubre situaciones de previa participación en la preparación del proceso de contratación—de modo que la insuficiencia regulatoria identificada en relación con el artículo 24 sólo se subsanada de forma parcial (esto es, situaciones de conflicto de interés del agente por distintas razones permanecen huérfanas de regulación). Conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Directiva,

«Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesora-

do al poder adjudicador... o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia.»

Por tanto, el único tipo de conflicto de interés capturado por la regla del artículo 41 de la Directiva 2014/24 es el que deriva de la doble condición de asesor y potencial proveedor del comprador público y, en realidad, más que una situación de conflicto de interés del operador económico en la fase de adjudicación del contrato o su ejecución, se trata de una norma orientada a prevenir el *anterior* conflicto de interés del agente en su actuación como asesor, dado que el conocimiento de su posibilidad de subsiguiente licitación por el contrato que contribuye a diseñar puede claramente influenciar el asesoramiento que ofrece al comprador público a efecto de incrementar las posibilidades de obtener la adjudicación (38). Indirectamente, pues, el artículo 41 captura parte del conflicto de interés de segundo tipo que puede afectar al comprador público que ya conoce al operador económico y que puede estar capturado por el agente que lo ha asesorado en el diseño del contrato y que subsiguientemente licita por su adjudicación. No obstante, en ese caso, parece difícil de entender la necesidad de una segunda norma que cubra un supuesto claramente encuadrable en la amplia definición de conflicto de interés contenida en la cláusula general del primer párrafo del artículo 24 de la Directiva 2014/24.

En definitiva, pues, del conjunto de normas resultantes de los artículos 24 y 41 de la Directiva 2014/24, parece claro que los mecanismos previstos para la detección (y ¿minimización?) de conflictos de interés en este ámbito de la contratación pública se ajustan a la necesidad de controlar al comprador público en concreto en tanto que agente de otras unidades dentro del sector público (*ie* conflicto de agencia inter-administrativa o de segundo tipo), mientras que su capacidad para controlar conflictos de interés de tercer tipo (esto es, los que afectan al comprador como principal y al proveedor como agente) es mucho más limitada y sólo se extiende al supuesto (limitado) de previa participación en el diseño del contrato objeto de licitación.

En este sentido, parecería preferible incluir una regla de prevención de conflictos de interés más general y que pudiera capturar un mayor número de situaciones en que el proveedor o contratista público, en tanto que agente, pueda verse afectado por una situación de conflicto de interés. No obstante, bien entendida, la regla del artículo 24 puede ser susceptible de minimizar de forma efectiva el conflicto de interés estructural en que se encuentra el comprador público en concreto a través de mecanismos de control de sus decisiones sujetos a una cláusula general en contra de conflictos de interés que, para él (pero no necesariamente para su agente o potenciales agentes) es de carácter prácticamente universal.

MECANISMOS PUNITIVOS DE CONFLICTOS DE INTERÉS O COMPORTAMIENTOS INTERESADOS DEL AGENTE EN LA DIRECTIVA 2014/24

Adicionalmente a las normas orientadas a la prevención de conflictos de interés en la Directiva 2014/24, conviene fijarse en los mecanismos punitivos de conflictos de interés o comportamientos interesados del agente en la propia norma. Como se ha mencionado más arriba, una vez puesto de manifiesto un conflicto de interés cubierto por el artículo 24 de la Directiva 2014/24, su artículo 57.4 (e) prevé la posibilidad de excluir al licitador afectado por el conflicto de interés. Concretamente, esta última norma prevé que «Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (e) cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24». Del mismo modo, y de forma un tanto reiterativa de lo previsto en el artículo 41 en relación con licitadores previamente involucrados en el asesoramiento del comprador público, el artículo 57.4 (f) prevé que la misma exclusión potestativa procederá «cuando no pueda remediarse por medios menos restrictivos un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación, tal como se define en el artículo 41(39)».

Ambas normas parecen crear una solución efectiva (exclusión del operador afectado) para situaciones de conflicto de intereses irresueltos o irresolubles a través de medidas menos restrictivas. No obstante, desde la perspectiva de la teoría de agencia y, en concreto, del conflicto de intereses estructural en que se encuentra el comprador público en concreto (más arriba, en el apartado anterior), estas soluciones son muy problemáticas y probablemente inefectivas (40). Así, hay que enfatizar que la mera posibilidad de optar por la exclusión de operadores económicos respecto a los que el comprador público se encuentra en conflicto de interés no es garantía suficiente de la supresión de dichas situaciones de conflicto en la práctica. La insuficiencia de estos mecanismos deriva del simple hecho de que es el propio principal en conflicto de interés el que debe aplicar el me-

canismo punitivo orientado a la (drástica) eliminación del conflicto de interés mediante la exclusión del (futuro) agente. Un simple análisis de los incentivos aplicables al comprador público en concreto, que es el afectado por el conflicto de interés, demuestra que este no es un operador situado en una buena posición para juzgar ni la existencia del conflicto de intereses en sí mismo ni, mucho menos, la existencia de medios más o menos drásticos para su resolución— fundamentalmente, porque cualquier decisión al respecto afecta su posición jurídica y económica al encontrarse (de forma circular) él mismo en conflicto de interés.

Por tanto, en este contexto, salvo que la inaplicación de las cláusulas de exclusión potestativa del artículo 57(4) de la Directiva 2014/24 acarree consecuencias jurídicas ajenas a la propia Directiva (derivadas, fundamentalmente, de normas generales de derecho administrativo basadas, en última instancia, en el deber de comportamiento diligente y buena administración) (38), resulta palmario que el comprador público en concreto carece de todo incentivo para auto-aplicarse las normas orientadas a la supresión del conflicto de interés mediante la exclusión del operador económico (sea potencial agente, o agente en otras relaciones contractuales). Es más, es previsible que en gran número de ocasiones, bastará que el comprador público niegue la existencia del conflicto de interés o considere que hay medidas alternativas menos drásticas que lo resuelven para excluir la virtualidad de una exclusión basada en las situaciones previstas en el artículo 57.4 (e) y (f) de la Directiva 2014/24.

En este sentido, la teoría de agencia justifica ampliamente la conversión de estas cláusulas de exclusión potestativa en cláusulas de exclusión obligatoria (algo que los Estados Miembros pueden y, por lo aquí expuesto, deben hacer), en cuyo caso los mecanismos existentes para la revisión de las decisiones de adjudicación en vía administrativa o judicial permitirían una aplicación mucho más efectiva de este mecanismo punitivo de la existencia de conflictos de interés irresueltos o de imposible resolución por la vía de forzar la exclusión del agente en conflicto de interés a pesar de la inactividad o bloqueo del comprador público en concreto afectado por el conflicto de interés. Así, en relación con estos mecanismos, no puede dejar de subrayarse que su diseño no ha tenido en cuenta el conflicto de interés estructural del comprador público en concreto al que nos habíamos referido.

Al contrario, y quizá de forma inadvertida, el artículo 57.4 (g) de la Directiva 2014/24 establece un mecanismo de punición de comportamientos estratégicos o interesados del agente que puede resultar bastante efectivo si se desarrollan sistemas de información capaces de registrar importantes aspectos de la ejecución de otros contratos por parte del agente (42). En este sentido, conviene destacar que la misma posibilidad de excluir a un operador económico del ámbito de la licitación de un determinado contrato público existe para supuestos en que «el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el

cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables».

La funcionalidad de esta cláusula de exclusión potestativa como mecanismo punitivo del comportamiento oportunista del agente deriva de la posibilidad de utilizar información relativa a situaciones previas de cumplimiento defectuoso o falta de cumplimiento para evitar la selección de «malos» agentes o de agentes tendentes a actuar de forma interesada en perjuicio de los intereses del comprador público. En definitiva, es un primer paso hacia el desarrollo de mecanismos reputacionales (en términos bastante amplios) por los que, cuanto menos, sea posible sancionar a agentes que no han sido fieles y no han satisfecho adecuadamente los intereses de su comprador público principal (44). En este caso, el problema del conflicto de interés estructural del comprador público en concreto no se da, por el simple hecho de que la relación de agencia en la que se identifica el abuso del agente oportunista bien no le concierne (*eg en caso de contratos o concesiones con otras entidades adjudicadoras*) o le afecta en un sentido negativo, de modo que cualquier potencial conflicto de interés que hubiera podido afectar a la adjudicación de contratos anteriores (incluso en vulneración de la cláusula general del artículo 24 de la Directiva 2014/24, más arriba, en el apartado anterior) debería haberse visto completamente eliminado o, cuanto menos, significativamente erosionado por el incumplimiento o cumplimiento deficiente que da lugar a la causa de exclusión potestativa. Por tanto, en este caso, la norma no necesariamente prevista para la punición de comportamientos integrales a la relación de agencia acaba siendo un potencial mecanismo sancionador con una gran virtualidad práctica.

CONCLUSIONES

Este artículo ha puesto de manifiesto que la aplicación de la teoría de agencia en el ámbito de la contratación pública puede contribuir de manera productiva al diseño de mejores normas para regular el comportamiento del comprador público y de sus proveedores, particularmente por su flexibilidad en la identificación de relaciones de agencia interconectadas (2). En el caso concreto de los mecanismos de prevención y sanción de conflictos de interés en la Directiva 2014/24, la aplicación de las enseñanzas derivadas de la teoría de agencia ha puesto de relieve algunas insuficiencias y algunos aspectos positivos no deseados derivados de las nuevas normas.

Por una parte, las reglas de los artículos 24 y 41 de la Directiva 2014/24 tienen un claro sesgo administrativo y no capturan (directamente) todas las posibles situaciones de conflicto de interés que pueden afectar al

proveedor público como agente. Por tanto, será necesaria una interpretación amplia de la cláusula general del artículo 24 de la Directiva 2014/24 a efectos de cubrir todas las situaciones en que un conflicto de interés de parte del agente puede resultar en comportamiento interesado o abusivo tras la adjudicación del contrato público.

Por otra parte, las cláusulas de exclusión potestativa del artículo 57 de la Directiva 2014/24 basadas en la existencia de conflictos de interés irresueltos o irresolubles mediante medidas menos drásticas no tienen adecuadamente en cuenta el conflicto de intereses estructural que deriva de la doble condición de agente (del sector público en el ámbito inter-administrativo) y principal (respecto al proveedor público) que ostenta el comprador público en concreto. En este sentido, los estados miembros deberían modificar las cláusulas y hacer obligatoria la exclusión de los operadores económicos afectados por el conflicto de interés. Al contrario, y probablemente de forma inadvertida, el mantenimiento del carácter potestativo de las cláusulas de exclusión basadas en deficiente cumplimiento o incumplimiento de previos contratos públicos no plantea problemas porque el comprador público no se ve, en esas circunstancias, afectado negativamente por un conflicto de intereses estructural que le impida auto-aplicarse las medidas de prevención y sanción.

En definitiva, este artículo ha utilizado las normas de prevención y sanción de conflictos de interés creados por la Directiva 2014/24 como ejemplo del modo en que la aplicación de la teoría de agencia a la contratación pública puede contribuir de manera productiva al diseño de mejores normas. Sin duda, como puso de manifiesto Yukins al considerar la teoría de agencia *prisma versátil* para el análisis de la normativa de contratación pública, sus aplicaciones son múltiples y su incorporación rutinaria a este ámbito de actividad económica del sector público puede reportar significativos avances en término de mejora regulatoria.

NOTAS

- [1] Para una discusión general, véanse C Turpin, *Government Procurement and Contracts* (Essex, Longman, 1989); DF Kettl, *Sharing Power. Public Governance and Private Markets* (Washington, Brookings Institution, 1993) y S Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and the UK*, vol. 1, 3rd edn (London, Sweet & Maxwell, 2014) p. 1-10.
- [2] S Arrowsmith, «Government Contracts and Public Law» (1990) *Legal Studies* 10, p. 231 y PJ Cooper, *Governing by Contract. Challenges and Opportunities for Public Managers* (Washington, CQ Press, 2003).
- [3] C Jeanrenaud, «Public Procurement and Economic Policy» (1984) *Annals of Public and Cooperative Economics*, 55, p. 151.
- [4] PA Geroski, «Procurement Policy as a Tool of Industrial Policy» (1990). *International Review of Applied Economics* 4, p. 182.
- [5] S Arrowsmith y P Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009).
- [6] PD Klempere. *Auctions: Theory and Practice* (Princeton, Princeton University Press, 2004).

- [7] RP McAfee y J McMillan, *Incentives in Government Contracting* (Toronto, Toronto University Press, 1987); y JJ Laffont y J Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation* (Cambridge, MIT Press, 1993).
- [8] Eg SE Weishaar, *Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, New Horizons in Competition Law and Economics series (Cheltenham, Edward Elgar, 2013).
- [9] Eg la colección de artículos incluidos en G Piga y S Treumer (eds), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, vol. 16. The Economics of Legal Relationships (New York, Routledge, 2013).
- [10] En general, sobre la teoría de agencia, véanse los trabajos semanales de EF Fama y MC Jensen, «Separation of Ownership and Control» (1983). *Journal of Law and Economics*, 26, p. 301; e *ibid.*, «Agency Problems and Residual Claims» (1983), *Journal of Law and Economics*, 26, p. 327; así como SJ Grossman and OD Hart, «An Analysis of the Principal-Agent Problem» (1983) *Econometrica*, 51, p. 7. Véase también GM MacDonald, «New Directions in the Economic Theory of Agency» (1984). *Canadian Journal of Economics*, 17, p. 415. Para un resumen reciente de las principales aportaciones de esta teoría, SP Shapiro, «Agency Theory» (2005) *Annual Review of Sociology*, 31, p. 263.
- [11] PA Treppe, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford, Oxford University Press, 2004).
- [12] CR Yukins, «A Versatile Prism: Assessing Procurement Law through the Principal-Agent Model» (2010), 40 (1) *Public Contract Law Journal*, p. 63.
- [13] Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DO L 94 de 28.3.2014, p. 65-242.
- [14] Para una visión general, véase O Weinstein, «Firm, Property and Governance: From Berle and Means to the Agency Theory, and Beyond» (2012). 2 (2) *Accounting, Economics, and Law* p. 1-57. El trabajo seminal que dio lugar a la teoría de agencia es, sin duda, AA Berle y G Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932).
- [15] G Bamberg y K Spremann (eds), *Agency Theory, Information, and Incentives* (Berlin, Springer, 1989).
- [16] SA Ross, «The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem» (1973) 63(2) *American Economic Review* 134-139, con referencia al análisis implícito de problemas de agencia afectados por riesgo moral en los trabajos de Arrow; en general, KJ Arrow, *Aspects of the Theory of Risk-Bearing* (Helsinki, Yrjö Jahnssonin Säätiö, 1965).
- [17] Para una interesante discusión de los efectos indeseados de estos sistemas de incentivos, véase AH Kunz y D Pfaff, «Agency Theory, Performance Evaluation, and the Hypothetical Construct of Intrinsic Motivation» (2002). 27(3) *Accounting, Organizations and Society*, p. 275-295.
- [18] Treppe (n 12), p. 70-110 y Yukins (n 13), p. 64-66. En la misma línea, G Attila, «Agency Problems in Public Sector» (2012). 1 *Annals of the University of Oradea. Economic Sciences*, p. 708.
- [19] En general, la teoría de agencia constituye un buen modelo para el análisis de prácticamente cualquier aspecto del funcionamiento del sector público; S Gailmard, «Accountability and Principal-Agent Theory», en M Bovens, RE Goodin y T Schillemans (eds), *The Oxford Handbook of Public Accountability* (Oxford, Oxford University Press, 2014), p. 90-105.
- [20] Para un análisis pormenorizado de la aplicación de la teoría de agencia en este ámbito, véase Yukins (n 13). Para una discusión más detallada, con énfasis en las asimetrías de información y los costes de transacción implícitos en la actividad de compra pública, véase Kettl (n 2) p. 21 y ss; así como RP McAfee y J McMillan, «Bidding for Contracts: A Principal-Agent Analysis» (1986). *RAND Journal of Economics*, 17, p. 326. Para una visión crítica de la adecuación de las normas de contratación pública para corregir los problemas de agencia en este ámbito, MD McCubbins *et al.*, «Administrative Procedures as Instruments of Political Control» (1987). *Journal of Law, Economics and Organization*, 3, p. 243; y SM Greenstein, «Procedural Rules and Procurement Regulations: Complexity Creates Trade-Offs» (1993). *Journal of Law, Economics and Organization*, 9, p. 159. Para una visión general de la literatura relativa a la teoría de agencia en la contratación pública, véase TL Brown *et al.*, «Managing Public Service Contracts: Aligning Values, Institutions, and Markets» (2006). *Public Administration Review*, 66, p. 323.
- [21] ES Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships* (New York, Chatham House, 2000) p. 176; y, en términos similares, PA Treppe, «Transparency Requirements», en R Nielsen y S Treumer (eds), *New EU Public Procurement Directives* (Copenhagen, DJØF Publishing, 2005), p. 49, 51 y ss.
- [22] Poner el foco de análisis en la contratación pública viene a complicar la superposición de las relaciones de agencia que tradicionalmente se presenta en dos niveles (electorado/políticos/gestores y relación inter-administrativa) al incluir el tercer nivel de interacción de la administración con el sector privado; IM García Sánchez, «La nueva gestión pública: evolución y tendencias» (2007). *Presupuesto y Gasto Público*, 47, 37, p. 41-44.
- [23] En general, B Dan Wood, «Agency Theory and the Bureaucracy», en RF Durant, *The Oxford Handbook of American Bureaucracy* (Oxford, Oxford University Press, 2010) p. 181-206. Para una aproximación crítica, véase RW Waterman y KJ Meier, «Principal-Agent Models: An Expansion?» (1998). 8 (2) *Journal of Public Administration Research and Theory*, p. 173-202.
- [24] O Soudry, «A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement», en G Piga y KV Thai (eds), *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing* (Boca Raton, PrAcademics, 2007), p. 432-450.
- [25] C McCue y E Prier, «Using Agency Theory to Model Cooperative Public Purchasing», en G Piga y KV Thai (eds), *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing* (Boca Raton, PrAcademics, 2007), p. 45-70.
- [26] O Hart *et al.*, «The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons» (1997) 112 *Quarterly Journal of Economics*, p. 1127; DM Van Slyke, «Agents or Stewards: Using Theory to Understand the Government-Nonprofit Social Service Contracting Relationship» (2006), 17 (2) *Journal of Public Administration Research and Theory*, p. 157-187. Véase también K Eggleston y R Zeckhauser, «Government Contracting for Healthcare» en JD Donahue y JS Nye Jr (eds), *Market-Based Governance: Supply Side, Demand Side, Upside and Downside* (Washington, Brookings Institution Press, 2002) 29, 36; y P Frumkin, «Service Contracting with Non-Profit and For-Profit Providers: On Preserving a Mixed Organizational Ecology» en JD Donahue and JS Nye Jr (eds) *idem* 66. En definitiva, es el clásico problema derivado de asimetrías de información identificado por GA Akerlof, «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism» (1970), 84 (3) *Quarterly Journal of Economics*, p. 488-500.
- [27] Principalmente, McAfee y McMillan (n 8) y Laffont y Tirole (n 8).
- [28] Véase Treppe (n 12) p. 70-111; e *ibid.* (n 22) p. 53-58.
- [29] A Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd edn (Oxford, Hart, 2015) 56-58.
- [30] A Sanchez-Graells, «Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement», en GM Racca y CR Yukins (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts* (Brussels, Bruylant, 2014), p. 137.
- [31] En el mismo sentido, Yukins (n 13) *in totum*.
- [32] 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. BOE núm. 276 de 16 de Noviembre de 2011.
- [33] Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedi-

- mientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DO L 134 de 30.4.2004 p. 114-240. La situación fue duramente criticada por H-J Prieß, «Distortions of Competition in Tender Proceedings: How to Deal with Conflicts of Interest (Family Ties, Business Links and Cross-Representation of Contracting Authority Officials and Bidders) and the Involvement of Project Consultants» (2002), 11, *Public Procurement Law Review*, p. 153 y S Treumer, «Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment-Dealing with Conflicts of Interest after Fabricom» (2007), 16, *Public Procurement Law Review*, p. 99. Véase también A Sanchez-Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 1st edn (Oxford, Hart, 2011) 305-309.
- [34] Destacadamente, en el caso *Fabricom*, asuntos acumulados C-21/03 and C-34/03, EU:C:2005:127.
- [35] Véanse las cuestiones tratadas en *Communicaid Group contra Comisión*, T-4/13, EU:T:2014:431; o en *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166.
- [36] Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública, 20.12.2011, COM(2011) 896 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:Es:PDF>. La propuesta contenía un artículo 21 en el que se detallaban en mayor detalle las consecuencias de la existencia de un conflicto de interés que en el definitivo artículo 24. De manera destacada, el artículo 21(3) de la propuesta contenía una lista de posibles soluciones para remediar la existencia de un conflicto de interés, tales como la denegación de la participación del miembro el personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o la resignación de sus funciones y responsabilidades. En todo caso, esa norma preveía expresamente que el licitador afectado por un conflicto de interés (del comprador público) solo sería excluido del procedimiento cuando el conflicto de intereses no pudiera solucionarse de manera eficaz por otros medios. Esta previsión se reubicó en el artículo 57(4)(e) de la directiva de 2014 [véase comentario en (4), más abajo].
- [37] Borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015, disponible en: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/Normativa/Doctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%BAblico-%2017%20abril%202015.pdf>.
- [38] El fenómeno se ha descrito como *technical steering* en la literatura relativa a la contratación pública. Véase S Treumer, «Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment to Tenderers» (1999), 8 (3), *Public Procurement Law Review*, p. 147, 154.
- [39] Para un primer comentario de estas reglas de exclusión, véanse H-J Prieß, «The Rules on Exclusion and Self-Cleaning under the 2014 Public Procurement Directive» (2014) 23(3) *Public Procurement Law Review* 112; y Arowsmith (n 2) 1186 y ss.
- [40] Para una primera crítica del carácter potestativo de estas cláusulas de exclusión, véase A Sanchez-Graells, «Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing», en F Lichère, R Caranta & S Treumer (eds), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, vol. 6 *European Procurement Law Series* (Copenhagen, DJØF, 2014) 97.
- [41] En general, véanse P Craig, «Article 41 – Right to Good Administration» in S Peers, T Hervey, J Kenner and A Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Hart, 2014) 1069-1098; y J Dutheil de la Rochère, «The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration» in A Arnulf, P Eeckhout and T Tridimas (eds), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (Oxford University Press, 2008), p.157.
- [42] Sanchez-Graells (n 30), p. 291-294.
- [43] *Ibid*, 308-310.
- [44] En general, sobre el desarrollo de mecanismos reputacionales para atajar el problema de agencia en el ámbito de la contratación pública, véase C Dellarocas, F Dini y G Spagnolo, «Designing reputation mechanisms», en N Dimitri, G Piga y G Spagnolo (eds), *Handbook of Procurement* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006) p. 446-482; así como G Spagnolo, 'Reputation, Competition, and Entry in Procurement' (2012) 30(3) *International Journal of Industrial Organization*, p. 291-296; y JV Butleret et al, «Reputation and Entry in Procurement» (2013) CEPR Discussion Paper No. DP9651, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2326515>. También L Picci, *Reputation-Based Governance* (Stanford, Stanford University Press, 2011), p. 132-135; N Doni, «The Importance of Reputation in Awarding Public Contracts» (2006), 77 (4) *Annals of Public and Cooperative Economics*, p. 401-429; y A Banerjee y E Duflo, «Reputation Effects and the Limits of Contracting: A Study of the Indian Software Industry» (2000), 115 (3), *Quarterly Journal of Economics*, p. 989-1017.