

GOBERNANZA. DERECHO DE EJERCICIO DE ACCIÓN PÚBLICA COMO MEDIDA DE CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

Governance. right of public action as a control measure in public procurement

POR: SUSANA SOUTO MARTÍN

*Doctoranda en Creatividade e Innovación Social e Sostible
Universidade de Vigo*

ssouto@uvigo.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7546-0533>

RESUMEN: Uno de los pilares básicos de la Gobernanza lo constituye la participación ciudadana. Para que esta sea efectiva es necesario que se garantice tanto el ejercicio del derecho de acceso a la información como la posibilidad real del ejercicio de acción pública. En este trabajo pretendemos demostrar la necesidad de dar un mayor alcance al ejercicio de la acción pública en materia de contratación como una medida imprescindible de control de la corrupción.

PALABRAS CLAVE: Acción pública; Control; Contratación pública; Participación ciudadana; Corrupción

ABSTRACT: Citizen participation is one of the basic pillars of governance. For this to be effective, it is necessary to guarantee both the exercise of the right of access to information and the real possibility of the exercise of public action. In this paper we intend to demonstrate the need to give greater scope to the exercise of public action in the area of contracting as an essential measure to control corruption.

KEYWORDS: Public action; Control; Public Procurement; Citizen participation; Corruption

SUMARIO: I.- LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MEDIDA DE CONTROL. II.- DERECHO DE ACCESO. III.- EL EJERCICIO DE ACCIÓN PÚBLICA. IV.- ACCIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN. 1.- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 2.- JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. V.- CONCLUSIONES. VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I.- LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MEDIDA DE CONTROL

¹ * Este trabajo se presentó y fue aceptado como comunicación en el Congreso internacional: “Temas clave de la contratación pública”, celebrado en la Universidad de Vigo los días 4 y 5 de octubre de 2021.

La participación ciudadana como elemento sustancial de la infraestructura ética contra la corrupción ha sido objeto de estudio desde hace décadas dentro de la Ciencia Política. El principio de participación se integra, en el actual modelo de gobernanza, en el sistema de controles internos y externos del correcto funcionamiento de lo público.

En una sociedad democrática los actores sociales deben “estar alerta y denunciar cualquier conducta incorrecta” sin que su participación en la vida pública pueda reducirse al momento de participación política.²

II.- DERECHO DE ACCESO

Parece evidente que, para poder ejercitar plenamente el derecho de acción pública es necesario previamente poder tener acceso a la información. Es importante resaltar, como señala la profesora VALCÁRCEL³ el importante valor que los Principios tienen dada su función de guía constante en los distintos sistemas jurídicos a la hora de resolver controversias e informar la conducta de los poderes públicos. El de transparencia está connaturalmente ligado con el modo de actuar del poder público, reconduciendo la atención al ámbito propio del Derecho Administrativo, al actuar del sector público en sentido amplio.

Como señala GUICHOT⁴, el derecho de acceso no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante⁵. La transparencia no se menciona expresamente en nuestra Constitución, pero esta contiene un buen número de preceptos en los que aparece de forma implícita.

² VILLORIA MENDIETA, M. (2000): *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000. pp. 157-158.

³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2014); “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, *Por el Derecho y la Libertad, (Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor)*, Iustel, Madrid, págs 1902 y 1904 y más recientemente, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2019): “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del *big data*”, en *Observatorio de contratos públicos 2018*, (Dir: Por José María Gimeno Feliu), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 93-129.

⁴ GUICHOT REINA, E. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, pp. 118 y 119.

⁵ Véase, en relación con el Principio de Transparencia: FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis (2014): “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la UE. Conflicto de interés, incidencia sobre la regulación de prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* Nº 2, 2014; MORENO MOLINA, J.A. (2012) “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández)*, tomo II; Thomson-Civitas, Cizur Menor, págs. 3429 y ss

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, incluye el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

La Ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) formula en su Exposición de Motivos toda una declaración de intenciones al declarar que uno de sus objetivos principales es conseguir una “mayor transparencia” de la contratación, consagrando en su artículo 1, entre los principios rectores de la contratación pública, los de publicidad y transparencia. Principios que se manifiestan a lo largo de su articulado en diversos aspectos, destacando en una similitud con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTGB), la publicidad activa a través del perfil de contratante, y la regulación en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información.

La LTGB regula en el capítulo III del título I el derecho de acceso a la información pública. En general mantiene un régimen de incompatibilidades bastante limitado en relación a la contratación pública, pese a ser el cauce normal de conductas irregulares. El núcleo de la norma se centra en el derecho de acceso a la información como pilar fundamental de la actuación pública transparente⁶.

Así, se reconoce el acceso a la información como derecho subjetivo vinculado al artículo 105 b) CE y no como derecho fundamental vinculado al derecho a la información, como se recoge en el ámbito supranacional tanto por la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Se configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho sólo se limitará en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño del interés que se salvaguarda y del interés público en la divulgación y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad. Asimismo, dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios.

En este sentido los artículos 14 y 16 establecen que, advertido el potencial daño que pudiera ocasionarse con el acceso a la información solicitada, la resolución del conflicto se llevará a cabo mediante un ejercicio de ponderación en el que se tendrán en cuenta, por

⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2013): “La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información”, *Revista Española de Derecho Administrativo* número 158/2013 pág. 26. Y, en el mismo sentido MORETÓN TOQUERO, A. (2014): “Los límites del derecho de acceso a la información pública” *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33; RAMS RAMOS, L. (2013): “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas-Thomson Reuters, núm. 160, 2013.

un lado, el interés público en la divulgación de la información y, por otro, los derechos e intereses protegidos por la lista de materias indicada, para decidir cuál deba ser finalmente objeto de protección o, en su caso, como solución intermedia, optar por reconocer un acceso parcial como vía para conciliar ambos intereses:

“Artículo 14. Límites al derecho de acceso.2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.”

“Artículo 16. Acceso parcial.

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida.”

Como señala DE LA NUEZ⁷ esta regulación, que se fundamenta en un análisis del perjuicio que la divulgación causaría a intereses públicos o privados, sigue la línea marcada en el Reglamento (CE) 1049/2001 en el que se establece cual ha de ser dicha ponderación:

Mientras en el art. 4.1 señala que :”1. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de a) el interés público, por lo que respecta a la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro b) la intimidad y la seguridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales”

El art. 4.2 dispone que: “Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior”

En cuanto a la posibilidad de que el derecho de acceso total o parcial pudiese afectar a intereses de terceros el art. 19.3 de la LTBG establece que”si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.”

⁷ DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASADO, E., y C. TARÍN QUIRÓS (Coords) (2014): *Transparencia y buen gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. La Ley, Madrid, págs. 246-247

En este sentido MESEGUER considera que, siguiendo lo recogido en el Estudio de la Oficina Antifraude de Cataluña sobre el Derecho de acceso a la información pública y transparencia, sería recomendable que, antes de resolver una eventual desestimación de la solicitud, la autoridad pública adopte medidas como, por ejemplo, consultar con el titular de los intereses protegidos por la limitación aplicable, para intentar conseguir su consentimiento, o estudiar las posibles alternativas a la denegación total, la posibilidad de que esta fuese parcial, y, en última instancia, explicar en detalle los motivos de la denegación.⁸

No obstante, es importante precisar que esta ley no establece la obligación de informar de los motivos que fundamentan el acto de adjudicación de un contrato público. El art 8.a) indica que los sujetos definidos en su art 2 deberán informar de *“todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.”*

Así, la ley solo exige la publicidad de una incidencia en la ejecución de los contratos, la modificación y posiblemente no tanto por su implicación en el control de la fase de ejecución sino por la posibilidad de que encubra una adjudicación ilegal.

Esta publicidad activa no requiere de ninguna petición o acto de exigencia por parte de los ciudadanos. Son las Administraciones Públicas (y demás entes del sector público) las directamente obligadas a su cumplimiento....”.

III.- EL EJERCICIO DE ACCIÓN PÚBLICA

El art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que *“toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial.”*

Por otra parte, el artículo 125 de la Constitución Española (CE) establece que: *“Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”*

La acción pública supone la atribución de legitimación activa para que un ciudadano pueda personarse en un proceso sin necesidad de invocar la lesión de un interés propio,

⁸ MESEGUER YEBRA, J. (2013): *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona, págs. 21-22

sino en defensa de la legalidad. Se trata, por tanto, de una manifestación del derecho público subjetivo al libre acceso a los Tribunales siempre que las pretensiones que se mantengan sean de interés público. Por tanto, la acción popular se enmarca dentro del más amplio espacio del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

La acción popular, reconocida con rango constitucional en el artículo 125 para el proceso penal, se ha extendido a la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) en su artículo 19.1.h dispone que está legitimado ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo *“cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes”*, a lo que añadir la previsión constitucional del artículo 24.1, según el cual *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

La LJCA establece el centro de la cuestión no en el tradicional proceso del acto administrativo, sino en la pretensión del recurrente. Pretensión que puede reducirse a la mera anulación de la actuación administrativa, y también, de acuerdo con el artículo 31.1 de esta Ley, al restablecimiento de una situación jurídica individualizada y a la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización por los daños y perjuicios, cuando proceda.

En cuanto a las medidas cautelares, recogidas en el artículo 129.1 LJCA, al establecer que *“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”*, facultan a quien litiga a través de la acción popular para que solicite las disposiciones adecuadas para que se adopten medidas para garantizar la efectividad de la sentencia.

Por otra parte, si tras el fallo se realizaran actuaciones administrativas que lo contraviniesen, también podrá quien ejercita la acción pública seguir el contenido del artículo 108.2 LJCA, para instar al juez o tribunal a que proceda a reponer la situación al estado exigido por el fallo, determinando los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento.

Existen límites al ejercicio de la acción pública a la luz del contenido del artículo 25.1 LJCA, que determina que *“El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, lo que implica que mediante la acción pública no podrán recurrirse actos de trámite que no decidan el fondo del asunto o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento. Y por estar prevista solo para los interesados, tampoco se podrá pedir que los efectos de una sentencia se extiendan a terceros (artículo 110 LJCA), ni recurrir la inactividad administrativa ni la vía de hecho por tener un interesado determinado, por disponer el artículo 29.1 LJCA que *“Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de*

aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, estos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”; y el artículo 30 LJCA, que, “En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo”.

IV.- ACCIÓN PÚBLICA Y CONTRATACIÓN

El legislador español ha dejado la puerta abierta a dos vías de recurso en el ámbito de la contratación pública. Estas además no son ni excluyentes ni preceptivas. El recurso especial en materia de contratación (en adelante REC) es un recurso potestativo de naturaleza administrativa que puede interponerse contra actos concretos del procedimiento de contratación pública.⁹ Al ser un recurso de carácter potestativo resulta no preceptiva su interposición, otorgando a la parte interesada la facultad de poder entablar directamente recurso contencioso-administrativo. Es decir, cabe la posibilidad de acudir directamente a la vía contencioso-administrativa sin que sea necesario haber presentado previamente el recurso especial en materia de contratación.

Como veremos esto es lo que posibilita la acción pública puesto que en este recurso especial no tiene cabida y, de ser este preceptivo imposibilitaría dicha acción en el orden jurisdiccional contencioso administrativo¹⁰.

1.- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

El artículo 48 de la LCSP establece que podrá interponer el recurso especial en materia de contratación¹¹ cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos,

⁹ GÓMEZ FARIÑAS, B. (2016): “El recurso especial en materia de contratación pública” *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobeas.edu.mx/> Nº 10, junio 2016, págs. 79-135

¹⁰ Algunas consideraciones sobre la acción pública en el marco de la contratación del sector público se encuentran en el trabajo de RUIZ CENICEROS, M. (2014); “Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, nº 7, pp. 33-108.

¹¹ Existe una importante bibliografía referida al estudio de este recurso. Destacaremos entre ella y por lo que aquí nos interesa: BERNAL BLAY, M.A. (2016): “Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública” y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016): VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.(2016): “El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración”, *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA-INAP, Madrid, 2016, pp. 303-367 y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2020): “La especialización o profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español”, *Contratación pública global: visiones comparadas*, (Coord: Enrique Díaz Bravo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 587-615.

individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

Se refiere, como vemos, a legitimación, por lo que es conveniente diferenciar entre la acción popular y la legitimación administrativa. La articulación en nuestro ordenamiento de la legitimación amplia del REC sustentada en la defensa del interés legítimo puede alcanzar a los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado, pero no a cualquier persona interesada en la salvaguarda genérica de la legalidad o de los recursos públicos, porque no existe una acción pública en materia contractual reconocida en nuestro derecho.¹²

Los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (en adelante TARC) han sentenciado reiteradamente en este sentido incidiendo en si el acto recurrido daña de algún modo al recurrente o le puede proporcionar algún tipo de ventaja específica, siempre que ésta se concrete de manera precisa y conste al tribunal y negando la legitimación a aquellas personas que, o bien no concretan repercusión de la resolución impugnada en sus intereses, o bien se limitan a actuar en defensa de la legalidad.¹³

Sirvan como ejemplos la resolución de 1 de junio de 2011 del TARC de Madrid que rechaza la legitimación de los usuarios del servicio objeto del contrato, y la resolución 211/2012 del TARC que niega la legitimación a quien no acredita representación de los trabajadores a quien dice defender y apela a un interés general.

No obstante, teniendo en cuenta la corriente actual comunitaria de control en la contratación pública, se ha abierto una vía doctrinal que sostiene la necesidad de incorporar la previsión de una acción pública para la interposición del REC.

Así lo han manifestado autores como GIMENO FELÍU entendiendo que la nueva Ley de Contratos del Sector Público a pesar de haberse presentado como toda una “*ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública*”, ha perdido toda una oportunidad para sancionar una auténtica dimensión amplia de la legitimación mediante la atribución de una acción popular para el

¹² VICENTE DAVILA, F. (2017): “La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública: Una apreciación casuística” *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobeas.edu.mx/> N° 13, diciembre 2017, págs. 105-146 ISSN 2007-3798

¹³ GÓMEZ FARIÑAS, B. (*Op. cit.*)

REC, y así materializar de forma inescindible un vínculo entre este medio de impugnación y la efectiva realización del derecho a una buena administración contractual.¹⁴

En este sentido es especialmente significativa la propuesta de modificación del proyecto de la nueva ley de contratos del sector público elaborada por reputados miembros del Observatorio de Contratación Pública, si bien el texto final aprobado ha obviado la ocasión de modificar este aspecto.

En el punto 2.11 de esta se propone modificar el artículo 48 en coherencia con la consideración general 1.3 para ampliar al máximo la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación:

“Artículo 48. Acción Pública

Será pública la acción para interponer el recurso especial en materia de contratación así como para el posterior recurso contencioso-administrativo en esta materia.”¹⁵

2.- JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La segunda posibilidad planteada para el ejercicio de acción pública en materia de contratación nos lleva a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es lo que se denomina “acción popular” en el artículo 19.1.h) de la LJCA, y que la mayor parte de nuestras leyes sectoriales tradicionalmente denominan “acción pública”. Tal es el caso del urbanismo, patrimonio histórico, costas o en determinados ámbitos del medio ambiente.

Como hemos señalado anteriormente, la acción pública, sólo es posible en los campos en los que legalmente se abre de forma expresa esta posibilidad. Debe por tanto sustentarla una norma con rango de Ley. En el ámbito de la Contratación Pública, pese a que lo deseable sería haber aprovechado la oportunidad que la redacción de la LCSP brindaba en su momento, el ejercicio de la acción pública no es por lo tanto imposible, aunque sí especialmente dificultosa. Deberá esta fundamentarse en la legislación sectorial que tiene relación con el objeto del contrato y que contemple en su articulado su ejercicio. Por ejemplo:

- La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio

¹⁴ GIMENO FELIU, J.M. (2017): "La nueva ley de contratos del sector público: Una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública." *Observatorio Contratación Pública*.

¹⁵ Cfr. “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público...”, documento elaborado por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, pág. 1. Publicado el 30 de enero de 2017, en el blog del Observatorio de la Contratación Pública

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.282/relmenu.3/chk.7616e54145ba897955b6>

ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), reconoce en los artículos 22 y 23 el ejercicio de la acción popular.

- La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas en el artículo 109.
- El Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en el artículo 62.

No obstante, hemos de tener en cuenta, siguiendo lo planteado por TESO GAMELLA, Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, una dificultad añadida.¹⁶ Las materias objeto de Contratos del sector público en que la legislación suele tener incidencia son, sobre todo, las referidas a urbanismo, patrimonio, costas y medio ambiente. Nos encontramos así ante un nuevo posible freno en esta carrera de obstáculos que parece constituir el ejercicio de la acción pública. Se trata de materias reguladas por la legislación autonómica mientras que la legislación procesal es una competencia exclusiva del estado. No obstante, normalmente las leyes de la Comunidades Autónomas que se refieren a la acción popular, lo hacen en ámbitos donde ya ha sido introducido este instrumento procesal por la legislación del Estado.

En general, en aquellas competencias compartidas como sería el caso del medio ambiente, se reproduce en una Ley de Desarrollo lo estipulado en una norma básica del Estado. Cuando se trata de una competencia exclusivamente autonómica, como sería el caso del urbanismo, la legislación del Estado puede incidir porque tiene otros títulos competenciales, también exclusivos, conectados con el urbanismo.

Por otra parte, tanto el derecho de acceso a expedientes en el ámbito administrativo, como la legitimación para personarse como interesado en la jurisdicción contencioso-administrativa se recoge en estas Leyes sectoriales en referencia a la reposición de la legalidad. Esto hace que el encaje en la Contratación pública se vea nuevamente limitado.

V.- CONCLUSIONES

- Con las limitaciones estudiadas en el derecho de acceso, y viendo que el único acceso que no requiere motivación es el que proporciona información meramente estadística, parece difícil poder ejercitar el derecho de acción pública de una manera medianamente efectiva.

- La acción pública no se contempla en la contratación pública. El REC podría haber sido el instrumento eficaz que abriese el camino hacia un control de la contratación acorde con un estado plenamente democrático. Esto no es así a pesar de las recomendaciones de expertos en la materia que abogaron por una redacción diferente del art. 48 de la LCSP.

-Sólo con el soporte de las leyes sectoriales será posible el ejercicio de la acción pública en el ámbito contencioso-administrativo y siempre de una manera limitada.

¹⁶ TESO GAMELLA, M.P. (2009): “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales” *CDP. Cuadernos de Derecho Público* Nº 36, enero-abril 2009, pp. 71-89

VI.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2013): "La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información", *Revista Española de Derecho Administrativo* número 158/2013.
- BERNAL BLAY, M.A. (2016): "Hacia la unidad del sistema de recursos en materia de contratación pública." "Las vías administrativas de recurso a debate" *Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ CASADO, E., y C. TARÍN QUIRÓS (Coords) (2014): *Transparencia y buen gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. La Ley, Madrid.
- FERNÁNDEZ MALLOL, A.L. (2014): "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la UE. Conflicto de interés, incidencia sobre la regulación de prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno" *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA) Nº 2, 2014.
- GIMENO FELIU, J.M. (2017): "La nueva ley de contratos del sector público: Una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública." *Observatorio Contratación Pública*.
- GÓMEZ FARIÑAS, B. (2016): "El recurso especial en materia de contratación pública" *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobeas.edu.mx/> Nº 10, junio 2016, págs. 79-135.
- GUICHOT REINA, E. (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid.
- MESEGUER YEBRA, J. (2013): *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información pública*, Bosch, Barcelona.
- MORENO MOLINA, J.A. (2012) "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación", *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández)*, tomo II; Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- MORETÓN TOQUERO, A. (2014): "Los límites del derecho de acceso a la información pública" *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33
- RAMS RAMOS, L.(2013): "La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Cívitas-Thomson Reuters, núm. 160, 2013.
- TESO GAMELLA, M.P. (2009): "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales" *CDP. Cuadernos de Derecho Público* Nº 36, enero-abril 2009, pp. 71-89.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016): "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración", *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA-INAP, Madrid, 2016, pp. 303-367.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2014): "Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública", *Por el Derecho y la Libertad, (Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor)*, Iustel, Madrid.

-
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2019): “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del *big data*”, en *Observatorio de contratos públicos 2018*, (Dir: Por José María Gimeno Feliu), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 93-129.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2020): “La especialización o profesionalización, la independencia y el liderazgo como elementos clave para el buen funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública español”, *Contratación pública global: visiones comparadas*, (Coord: Enrique Díaz Bravo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 587-615.
- VICENTE DAVILA, F. (2017): “La legitimación en el recurso especial en materia de contratación pública: Una apreciación casuística” *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado* <http://revista.jacobea.edu.mx/> N° 13, diciembre 2017, págs. 105-146 ISSN 2007-3798
- VILLORIA MENDIETA, M. (2000): *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000.