

Los principios del Derecho Global de la contratación pública

The principles of the Global Law of public procurement

*Jaime Rodríguez-Arana**

Universidad de La Coruña

RESUMEN: La globalización es un fenómeno que también ha llegado al Derecho Público. En efecto, la realidad nos demuestra que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Son normas que se elaboran poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho y el sistema de producción normativa. Como el Derecho Administrativo Global está “in fieri”, el Derecho Administrativo Global es, en mi opinión, un Derecho principal. Un Derecho en construcción, un Derecho que asegura que los poderes públicos globales se ejercen al servicio del interés general global de acuerdo con la justicia. Ni hay todavía una Administración pública global, ni un Poder ejecutivo global, ni un Poder judicial global, como tampoco disponemos de una Constitución global. Sin embargo, la realidad nos demuestra que en algunos sectores, el de la contratación pública especialmente, los principios generales ayudan sobremanera a construir un Derecho Administrativo global de la contratación administrativa que parta precisamente de los postulados del Estado de Derecho.

* Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global. Contacto: jra@udc.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo global; globalización.

ABSTRAC: Globalization is a phenomenon that has also become public law. Indeed, the reality shows that rules and acts with intention of supranational validity exist in certain sectors of the administrative law. They are rules that are made by putting in question the classical theory of the sources of law and normative production system. As the Global administrative law is "in fieri", Global administrative law is, in my opinion, a main right. A law on construction, a law that ensures that global public authorities are exercised in the service of the global public interest according to justice. Nor is there yet a global public management, a global Executive, nor a global judiciary, nor have a global Constitution. However, the reality shows us that in some sectors, the public procurement especially, general principles help greatly to build a Global administrative law of the administrative contracting which precisely based on the tenets of the rule of law

KEYWORDS: Global Administrative Law; globalization.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Derecho Administrativo global. III. Los principios generales y el Derecho Administrativo global. IV. Los principios generales de la contratación pública en el Derecho Administrativo global. V. Reflexión conclusiva.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización es un fenómeno que también ha llegado al Derecho Público. En efecto, la realidad nos demuestra que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Son normas que se elaboran poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho y el sistema de producción normativa. Como el Derecho Administrativo global está “in fieri”, es, en mi opinión, un Derecho p e aproximación al estudio de las categorías jurídicas sobre el que descansa el modelo del Estado social y democrático de Derecho¹. En este sentido, los principios que vamos a analizar están en la misma base de un fenómeno de integración en el que la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la imparcialidad y la objetividad presiden el entero sistema normativo de la contratación administrativa en el seno de la UE.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

La existencia del Derecho Administrativo global es, a día de hoy, una realidad indudable. Poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del Derecho Administrativo Interno o Nacional. Esto es así, entre otras razones, porque las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo no están limitadas a unas determinadas y concretas coordenadas espacio-temporales. Más bien, se trata de categorías y conceptos de validez universal, que podrían tener un sentido o una intensidad diferente según cuál sea el modelo de Estado

¹ Vid. J. RODRIGUEZ-ARANA, *Derecho Administrativo Español*, I, Netbiblo, La Coruña, 2008, pp 1-5

en el que nos encontremos. Por ejemplo, los contratos públicos, aquellos que celebran los Entes del sector público, en su fisonomía general y en su articulación concreta, suelen presentar unos obvios rasgos comunes que justamente demuestran la existencia de esta categoría jurídico-administrativa desde su nacimiento².

Los entes públicos, por utilizar una terminología muy amplia en la que entran todas las Administraciones públicas, entes dependientes, además de sociedades y otros organismos que manejan fondos públicos, suelen convocar, con publicidad y concurrencia, a las empresas para realizar actividades de interés general que la propia institución solicitante ni está en condiciones de realizar por sí misma, ni probablemente deba hacerlo. La Unión Europea, el Mercosur, Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros Órganos y organismos de dimensión supranacional contratan con empresas la realización de terminadas obras o servicios públicos siguiendo una tipología que aunque ha nacido en el Derecho Administrativo Interno, hoy es una realidad en el denominado Derecho Administrativo global de la contratación pública³.

El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo global, es que es un Derecho “in fieri” que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global. Por eso, este incipiente Derecho Público global opera, como es lógico, a través de principios, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este ordenamiento jurídico administrativo global⁴.

El caso de la contratación pública es, en este punto, paradigmático puesto que, como se analiza en este artículo, los principales instrumentos supranacionales, globales, en materia de contratación se han construido precisamente al calor de los principios: del principio de no discriminación, de igualdad, de publicidad, de libre concurrencia. Principios que son la expresión de la obligatoriedad que tienen los entes públicos, por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y adjudicando el contrato al la oferta mejor para el interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación. Es decir, en materia de contratos públicos, los principios

² Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “Los principios generales del Derecho de la contratación pública”, Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 66, 2011.

³ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA/E. JINESTA/J.A MORENO MOLINA/K.NAVARRO, Derecho Internacional de la Contratación pública, Guayacán, Costa Rica, 2011.

⁴ Cfr. A. MASCAREÑO, Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial: momentos de universalidad en la lex mercatoria, Dilemata, n° 13, 2013, pp. 46-68.

han sido la base de las Normas que ulteriormente se han elaborado⁵. El caso, por ejemplo, en el espacio jurídico europeo, de las directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos en la dimensión global, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública es dónde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los ordenamientos del planeta inspirados en el Derecho de matriz romano-germánica⁶.

El fenómeno de la globalización, imparable en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al Derecho Público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente, de la llamada ayuda al desarrollo y muy especialmente, de la contratación pública. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización⁷.

Este nuevo panorama afecta sobremedida a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “rule of law” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “aggiornarse” a la nueva realidad. Es

⁵ Vid. J. DEL OLMO ALONSO/M. SÁNCHEZ MORÓN, M. (coord.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

⁶ Vid in toto P. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*. Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001

⁷ J.L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho Público Global*, Global Law Press, Sevilla, 2013., p. 5.

más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, de deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública⁸. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho prudencial⁹. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos “arrets”: ahora son los tribunales, colegios arbitrales y cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho. Aunque no siempre, tal y como se pone de relieve, por ejemplo, en los llamados arbitrajes internacionales en materia de inversiones con ocasión de pleitos surgidos en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados y los inversores extranjeros.

Como es sabido, mientras que en el sistema continental europeo, el control de la actividad administrativa se ubicó en manos del Consejo de Estado, un organismo público de naturaleza jurisdiccional, y la Administración pública actúa sometida a un Derecho diferente al Común para las personas jurídicas ordinarias, repleto de privilegios y prerrogativas en cuanto servidora del interés general, en la otra orilla, nunca mejor escrito, la Administración era considerada como una persona jurídica más sometida al Derecho que interpretan los Tribunales ordinarios. En ambos casos, como es lógico, la Administración estaba sometida a la ley y al Derecho. En el Derecho Administrativo anglosajón, poco a poco, se empezaron a aplicar a los contratos públicos reglas propias de un sistema que asume que la existencia de fondos públicos obliga a disponer de un régimen jurídico adecuada a tal característica. Los contratos privados se rigen por la ley de la autonomía de la voluntad con los límites propios

⁸ Vid. C. SIRVENT GUTIERREZ, *Sistemas jurídicos comparados*, Porrúa, México, 2006, especialmente los capítulos dedicados al modelo romano-germánico y al anglosajón.

⁹ J. RODRIGUEZ-ARANA, *Approach to the principles of Global Administrative Law*, in J. ROBALINO-J. RODRIGUEZ-ARANA (Editors), *Cameron&May*, London, 2010, pp. 33-91.

establecidos en los Códigos correspondientes mientras que los contratos públicos, por la existencia de fondos públicos, están sometidos, a los principios de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato, transparencia. Principios hoy de aplicación, por mor de la fuerza del Derecho Público Comunitario Europeo, a todos los países de la Unión Europea, sean de tradición anglosajona o francesa¹⁰

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo global de base principal. Base principal, insisto, que en materia de contratos es patente¹¹.

Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía “in fieri”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho. En materia de contratación pública, nos topamos con un problema complejo porque en el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes “razones”, desde la promoción de la industria nacional, hasta la protección de la economía propia. Como es sabido, en la Unión Europea el 80% de los contratos públicos son adjudicados a licitadores nacionales.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan porque los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del

¹⁰ Vid. El estudio de J.M. GIMENO FELIU., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, donde se demuestra la profunda incidencia del Derecho Comunitario de la Contratación pública en la legislación nacional en la materia.

¹¹ J.C. CASSAGNE, *Principles of Global Administrative Law*, in J. ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op cit.* pp. 3-11.

Estado de Derecho sean respetados. En materia de contratación, los principios son la clave de bóveda del sector¹². Sin principios, que además son globales, no hay sistema global de contratación pública global¹³.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global aplicados a la contratación pública se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremedida al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental¹⁴, el Derecho de la Contratación Pública, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europea¹⁵. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en las resistencias mostradas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparable que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del Derecho Administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el Derecho Administrativo Comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de

¹² Vid. El pionero trabajo de los profesores B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014).

¹³ Vid. C. E. DELPIAZZO, *Los principios generales en la contratación pública*, (Dir) Juan Carlos CASSAGNE y Enrique RIVERO YSERN, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹⁴ Vid. J. SANZ LARRUGA, *Global Environmental Law*, in J.ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op. Cit.* 277-301.

¹⁵ Vid. El preclaro y revelador estudio del profesor S. CASESE *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014

la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras. En materia de contratación, a pesar de la claridad de las Directivas, no se puede ocultar que el principio de igualdad de trato sigue siendo una quimera ante el proteccionismo existente en determinados sectores y frente a la preferencia de las empresas nacionales para la adjudicación de contratos públicos de ciertas relevancias. En cambio, cuando es la UE, no los Estados miembros, quien protagoniza el proceso de selección de los contratistas, entonces los principios del derecho Europeo de la Contratación pública se aplican sin mayores problemas¹⁶.

III.

LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El Derecho Administrativo global es un Derecho principal, un Derecho que a día de hoy progresa a partir de principios de Derecho que, además de proporcionar los criterios generales para construir las instituciones y categorías jurídico-administrativas, garantiza que los postulados del Estado de Derecho iluminen esta nueva realidad¹⁷. En realidad, en el Derecho Administrativo los principios siempre han sido fundamentales, probablemente porque al ser un Derecho relativamente reciente, al menos en su conformación científica, han servido de guía para su construcción y desarrollo¹⁸.

En efecto, la consideración de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista¹⁹. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuáles son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento en su conexión con la dimensión ética y en su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático

¹⁶ M. BALLBÉ/R. MARTÍNEZ, *Law and Globalization; Between the United States and Europe*, in J. ROBALINO/J. RODRIGUEZ-ARANA, *Op cit*, pp 137-215.

¹⁷ Cfr. M. REBOLLO PUIG, "Los principios generales del Derecho", en AAVV, *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo* (Director J. SANTAMARÍA PASTOR), La Ley, Madrid, 2010, pp. 1521-1583.

¹⁸ Vid. El muy reciente estudio del profesor argentino J.C. CASSAGNE, *Los grandes principios dl derecho Público* (Constitucional y Administrativo), Reus, Madrid, 2016.

¹⁹ En general, Cfr G. DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979.

de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión²⁰.

En el Derecho de la Contratación Pública Global, los principios, como ya hemos señalado, juegan un papel central para la existencia de este sector del Derecho Administrativo Global. Son principios que, como los de objetividad, racionalidad, igualdad de trato, suponen que el Derecho Administrativo Global cumpla la función que tiene encomendada: la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia.

En el caso de la contratación pública global han sido precisamente los principios generales los que han permitido la elaboración de Normas de orden global que han establecido el régimen de los contratos públicos de numerosos entes públicos de la denominada Administración Pública Global. Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de Derecho. O lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés público global poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas- art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución-. Y es claro que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”. Esta jurisprudencia tiene, en mi opinión, una proyección jurídica que va más allá de nuestras fronteras puesto que perfila la función, el significado y la operatividad de los principios generales como elementos informadores del Ordenamiento jurídico en general.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas ju-

²⁰ J.A. SANTAMARIA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo, Iustel, Madrid, 2009.

rídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora. En materia de contratación pública los principios son tan relevantes que ellos mismos son los que sostienen todo el entramado normativo de la contratación pública, y son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de Derecho. Es decir, la objetividad, la transparencia, la igualdad de trata, la motivación de las adjudicaciones, son materias que están disciplinadas por principios generales que han sido llevados al cuerpo de las principales Normas que regulan la contratación pública a nivel global, tal y como tendremos ocasión de comentar en el siguiente epígrafe.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Se comprueba estudiando el Derecho Administrativo norteamericano y el Derecho Administrativo comunitario europeo, éste último especialmente en materia de contratos públicos. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por sí mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al ordenamiento y le da sentido²¹. Desde este punto de vista, los principios son previos al ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo. En el caso de la contratación pública global, esta afirmación es, sencillamente, exacta.

Si pensamos en la contratación pública y en el progresivo vaciamiento, en el espacio jurídico europeo, del principio de igualdad de trato, comprenderemos hasta que punto el desconocimiento de los principios generales en materia de contratación pública termina por desnaturalizar el sentido y significado de una categoría jurídica que aplicada al Derecho Administrativo, se justifica en la medida en que se pone a disposición de la ciudadanía obras y servicios públicos, o de interés general, en las mejores condiciones técnicas posibles que permitan el progreso y el desarrollo del país en cuanto mejoran las condiciones de vida de los ciudadanos.

Conviene llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo español, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los

²¹ J.C. CASSAGNE, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del estado de derecho²². Efectivamente, el estado de derecho es un estado de justicia, es un estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

En efecto, en materia de contratación, estos principios permiten a los tribunales de justicia enjuiciar las actuaciones de los entes públicos en la materia asegurando que las licitaciones se han realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por el estado de derecho para la contratación pública: objetividad, imparcialidad, publicidad, concurrencia, igualdad de trato...

A día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos. Como es lógico, en materia de contratación pública también es de aplicación este principio de la buena administración.

La consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales.

En materia de contratación pública no debemos perder de vista que las obras públicas o que los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los ciudadanos tienen derecho a que los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son de su propiedad y que, por ello, tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos. Esta dimensión de la actividad

²² Sentencia de 8 de octubre de 1990.

pública, ahora afortunadamente está en el centro de la discusión sobre el alcance y el significado del quehacer de la administración pública en el estado social y democrático de derecho.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos. Ahora, sin embargo, nos interesa sólo subrayar que este derecho fundamental a la buena Administración exige de las autoridades públicas que en materia de contratación pública se conduzcan de acuerdo con la equidad, la imparcialidad, y en tiempos razonables. Es decir, los principios de transparencia, de imparcialidad, de motivación, de racionalidad, de igualdad de trato, entre otros, son principios integrados también en la obligación de buena Administración que ha de caracterizar las actuaciones de la Administración pública, también en materia de contratos públicos.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

En materia de contratos públicos, como ahora vamos a examinar, los principios han presidido las Normas que se han ido elaborando por los diferentes Entes públicos globales. Transparencia, igualdad de trato, licitación pública, imparcialidad, equidad, cláusula de progreso científico, centralidad de la condición humana. Es más puede decirse que es la materia de contratos públicos la que mejor ayuda a comprender el sentido principal que tiene el Derecho Administrativo global.

IV.

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo global para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios generales de igualdad de

trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido quienes han hecho posible la elaboración de Normas relativas a las compras públicas a cuyo través se ha instaurado un verdadero Derecho Administrativo global de la Contratación Pública.

En efecto, en el marco de las Directivas de 2014, los principios generales de la contratación pública son el fundamento de la contratación pública y se caracterizan por su transversalidad en todas las fases del procedimiento de contratación aplicándose además no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas²³.

Como es sabido, la misma existencia de la contratación pública en los espacios supranacionales debe su razón de ser a la relevancia de los principios generales de la contratación pública. En efecto, la contratación pública no adquiere carta de naturaleza normativa multilateral o global en el seno de los intercambios comerciales de la OMC hasta 1994, el 15 de abril en Marrakech, en que se firma en el seno de esta organización internacional de comercio el acuerdo sobre contratación pública. Acuerdo que trae causa de la necesidad de evitar la discriminación en la contratación pública. El acuerdo constituye el corolario necesario de la proyección del principio de igualdad de trato, o de no discriminación, a los contratos que se realicen entre el sector público y las empresas de los diferentes países para la realización de obras y servicios públicos de relevancia. El acuerdo figura en el anexo 4 del Acuerdo de Marrakech y obliga a los países que lo rubricaron.

Este acuerdo de contratación pública contiene los más fundamentales principios generales de la contratación pública, que pasan del nivel interno al plano supranacional: el principio de trato no menos favorable que el otorgado a productos, servicios y proveedores nacionales, el principio de licitación pública con selección competitiva de los contratistas como regla con algunas excepciones para procedimientos restringidos en función de la naturaleza del contrato, principio de imparcialidad, principio de equidad, principio de transparencia, principio de la cláusula de progreso científico o tecnológico. Es decir, se incorpora al

²³ En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, en su apartado 49

establece que “es preciso añadir que, a pesar de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislado de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en caso de que el contrato en cuestión revista un interés transfronterizo cierto, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2010, Wall, C-91/08, Rec. p. I-0000, apartados 33 y 34 y jurisprudencia allí citada)”.

Derecho Administrativo global el conjunto de principios que rigen y han regido desde hace tiempo el ámbito de la contratación pública nacional.

El problema de este acuerdo, que se ha actualizado en 2006 es, como dice el profesor Moreno Molina²⁴, que se aplica a un concreto y limitado número de países de gran relevancia comercial, estableciéndose obligaciones demasiado débiles como para que se pueda llevar completamente a la práctica. Además, la previsión en 2006 de la resolución de conflictos a través de arbitrajes pone de manifiesto hasta qué punto es necesario un Tribunal Administrativo global de contratación pública integrado por personas expertas en la materia en las que concurren las condiciones de imparcialidad y objetividad. El acuerdo es de aplicación en la UE a partir de la Decisión del Consejo 94/800 formando parte del Derecho Comunitario Europeo.

En el marco de las Naciones Unidas debemos citar la llamada ley modelo sobre contratación pública en materia de bienes, obras y servicios. Se trata de un texto elaborado en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que está en revisión y actualización y que se aprobó en 1993. La influencia de las directivas de la UE en materia de contratación es obvia. En realidad, este texto está diseñado como modelo en el que puedan inspirarse los países que no disponen de regulación en materia de contratación pública o, en su caso, actuar incluso como derecho supletorio. Obviamente, los principios están muy presentes en este modelo, especialmente los de transparencia, objetividad y equidad.

En las Normas sobre compras del sector público del Tratado de Libre Comercio de América del Norte encontramos también, como principios fundamentales, los de trato no menos favorable que el más favorable dispensado a los nacionales y de no discriminación. En el seno del área de libre comercio de las Américas el grupo de trabajo sobre compras del sector público está trabajando en un borrador de normas que parten de los principios básicos de la contratación pública. Igualmente, el protocolo sobre contrataciones públicas de Mercosur parte del principio de igualdad de trato y prácticas de no discriminación en materia de bienes y servicios.

Los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo a las directivas de contratación que hoy los reconocen en sus primeros considerandos y artículos. Así, el Derecho Comunitario Europeo ofrece una nueva perspectiva para comprender la contratación pública, buscando el objetivo básico de asegurar la transparencia, la objetividad y la

²⁴ J. A. MORENO MOLINA, *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus Editorial, Méjico, 2011, p. 23.

no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

El Derecho español ha recogido esos principios generales como fundamento de su normativa de contratación, ejemplo evidente de ello es el encabezamiento del articulado de la actual regulación, en la que los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y salvaguarda de la libre competencia, constituyen el objeto y finalidad primera de esta norma como establece el primer párrafo de su artículo 1.

En efecto, es en el marco de la UE dónde esta cuestión está mejor regulada y mejor articulada. Probablemente porque, como señala Moreno Molina, el espacio jurídico europeo es el ámbito territorial supranacional en el que más y mejor se están armonizando los ordenamientos jurídicos de los estados miembros de la UE. Los Derechos Internos en la materia no presentan grandes diferencias. Además, la apertura al mercado de la contratación pública, exigencia de la esencia del sistema del Derecho Comunitario Europeo, obliga a diseñar unas Normas muy exigentes en lo que se refiere a la participación de contratistas en las licitaciones que el sector público de cada país convoca para la realización de obras o servicios de interés general. El problema, que no es menor, estriba en que no es fácil ni sencillo que los Estados miembros dejen sin contratar para esas obras o servicios a las empresas nacionales, generándose un proteccionismo y nacionalización que en esta materia echa tantas veces por tierra los principios de igualdad y no discriminación, así como los de transparencia y objetividad.

Las razones que se aducen para justificar estas prácticas nacionalistas o proteccionistas, como señala Moreno Molina, son de diverso tipo²⁵. Que si la contratación pública, por su envergadura es una derivación de la política económica nacional, que si a través de la contratación pública se puede intervenir en la vida política, económica y social de los diferentes países, que si se puede ayudar a la reconversión industrial en determinados sectores, que si es un instrumento de apoyo al empleo en industrias en crisis, que si afecta al prestigio nacional, etc, etc, etc. En realidad, contemplamos en la cotidianeidad que el principio de igualdad de trato cede en numerosas ocasiones por estas y otras argumentaciones. Incluso, en ocasiones nos encontramos como señala Moreno Molina con prácticas difíciles de imaginar en un mercado que se califica de competitivo, tales, como, por ejemplo, el reparto de mercados tácitos²⁶.

²⁵ MORENO MOLINA, *Derecho global...*, p. 23.

²⁶ Como señaló la sentencia del Tribunal Supremo del Reino de España de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), la manifestación más genuina del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista. Sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia.

En las nuevas Directivas, aprobadas por la Unión Europea en 2014, sobresale el principio vertebral de la transparencia. Hasta el punto de que se encuentra presente a lo largo de las Directivas aprobadas en 2014²⁷. En efecto, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, establece ya en el Considerando primero que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre, ha de respetar los principios de los Tratados Fundacionales y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia

El Considerando 45 esta Directiva dispone que el procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones para garantizar el principio de igualdad de trato.

Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos. Las negociaciones deben tender a mejorar las ofertas con objeto de permitir a los poderes adjudicadores adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Con el fin de garantizar la transparencia y la trazabilidad del proceso, señala la Directiva, se documentarán debidamente todas las fases del mismo²⁸.

Además, el Considerando 52 señala que la información y comunicación electrónicas son instrumentos que pueden simplificar la publicación de los contratos aumentando la eficiencia y transparencia de los procedimientos de contratación. El Considerando 58, por su parte, dispone que es necesario garantizar un nivel adecuado de transparencia que tenga en cuenta la verificación del cumplimiento o no del principio de igualdad de trato. En particular, es fundamental que aquellas comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir en el contenido y la evaluación de las ofertas estén documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de

²⁷ Sobre el principio de transparencia en la nueva Directiva Vid. M. A. SANMARTÍN MORA, "La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 129, ene-feb 2015, pp. 39-42. 2Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 21.09.1988, *Gebroeders Beentjes*, asunto C-31/87, Rec. p. I-4635, y de 26.09.2000, *Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais*, asunto C-225/98, Rec. p. I-7445.

²⁸ Vid. J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo y de la Contratación pública*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, pp. 274 y ss.

los principales elementos de la comunicación²⁹. Si tales conversaciones o reuniones no se recogen por escrito la arbitrariedad inherente a la opacidad y oscuridad viciará la vida del contrato indefectiblemente.

También el Considerando 61 establece que para garantizar la transparencia y la igualdad de trato, el Considerando 61 de esta Directiva establece que los poderes adjudicadores deben indicar en los pliegos de la contratación para el acuerdo marco los criterios objetivos que regirán la elección³⁰.

El uso de las nuevas tecnologías debe realizarse en el marco de publicidad, igualdad y transparencia. Por eso esta Directiva insiste en estos principios. El Considerando 68 manda que se establezcan normas tendentes a garantizar que la utilización de las nuevas técnicas cumple lo dispuesto en la presente Directiva, en especial de acuerdo con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En este sentido el Considerando 80 de la Directiva afirma que la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, en particular la puesta a disposición de los operadores económicos, licitadores y candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones, lleva a una mayor transparencia y ahorro de tiempo. Ahora bien, para garantizar la transparencia necesaria en el contexto de los procedimientos de contratación que conlleven la celebración de negociaciones y diálogos con los licitadores, aquellos de estos últimos que hayan hecho una oferta admisible deben, excepto cuando existan motivos graves para no hacerlo, estar también autorizados a solicitar información sobre la ejecución y el avance del procedimiento³¹.

De acuerdo con el Considerando 90 la nueva Directiva la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato en la adjudicación de los contratos, los poderes adjudicadores deben estar obligados a procurar la transparencia necesaria para permitir a todos los licitadores estar razonablemente informados de los criterios y modalidades que se aplicarán en la decisión relativa a la adjudicación del contrato³².

²⁹ PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo*.

³⁰ PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo*.

³¹ Considerando 82.

³² Considerando 90

Uno de los aspectos en los que la corrupción hace acto de presencia en la contratación pública es la subcontratación. Por eso, ahora el Considerando 105 señala que es preciso velar para que haya cierta transparencia en la cadena de subcontratación, pues así se facilita a los poderes adjudicadores información sobre quién está presente en los lugares en que se realizan las obras de construcción encargadas por ellos o qué empresas están prestando servicios en edificios, infraestructuras o zonas tales como ayuntamientos, escuelas municipales, instalaciones deportivas, puertos o autopistas que dependen de los poderes adjudicadores o sobre los que ejercen una supervisión directa.

Además, como reconoce expresamente la Directiva, es preciso puntualizar explícitamente que los Estados miembros han de poder ir más allá, por ejemplo ampliando las obligaciones de transparencia, al permitir el pago directo a los subcontratistas o al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos.

Los principios de transparencia y de igualdad de trato son omnipresentes en la Directiva que ahora estamos examinando. Así, en el Considerando 110 se dispone que de acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico, por ejemplo cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución, sin la convocatoria de una nueva licitación.

Desde la perspectiva de la lucha contra la corrupción, la nueva Directiva 2014/24/UE, dispone que la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude.

Si en los Considerandos de la Directiva son constantes las apelaciones a los principios generales de la contratación, lo mismo acontece en el articulado de esta Norma de la Unión Europea. En efecto, Por su parte, la Sección Segunda del Capítulo III del Título de la nueva Directiva de contratos Públicos lleva como rúbrica: “Publicación y transparencia”.

Además, el artículo 40 se refiere a la cuestión de las consultas preliminares del mercado que se expresa en los siguientes términos:

Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por

efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia.

El artículo 56 es también bien claro en este sentido:

cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.

Los principios generales de la contratación, como es lógico, tienen una relevancia fundamental en el momento de la adjudicación. De ahí que el artículo 76 disponga que:

(...) los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

La transparencia, principio vertebral y central de la contratación, también lo encontramos, como es lógico, en las otras Directivas de 2014. A saber, en la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Así y sólo a título de ejemplo esta última incide en materia de transparencia, como señala Pintos Santiago, en los considerandos 4, 6, 33, 53, 24, 61, 67, 68, 72, 74, 77, en los artículos 3, 7, 10 y 35 y en el Anexo III³³.

En los acuerdos y tratados firmados por la UE con otros países nos encontramos también en presencia de principios. El Acuerdo entre la UE y Chile de 2002 tiene un título IV dedicado a las compras públicas en el que ocupan un lugar muy destacado los principios de transparencia, racionalidad, no discriminación, igualdad de trato, competitividad abierta y efectiva. El Tratado de Libre Comercio entre la UE y México del 2000 reconoce en el apar-

³³ J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global* ... p. 279.

tado correspondiente a las compras públicas el principio de trato nacional y de no discriminación. En el mismo sentido, la UE tiene Acuerdos comerciales, de asociación y cooperación con países vecinos y con países de Asia que igualmente incorporan los principios básicos de la contratación pública europea.

Es verdad que en el Tratado CE no hay preceptos específicos en materia de contratación pública. La razón es sencilla: en 1950 la contratación pública era una actividad poco relevante. Además, en esta materia en el seno de la UE nos encontramos con dos tradiciones jurídicas bien distintas y dispares que dificultaban una solución unitaria. Mientras que en los países del régimen de derecho administrativo francés, la doctrina del contrato administrativo inspiraba los Derechos en la materia, en el mundo anglosajón, los contratos celebrados por las Autoridades públicas eran simples contratos civiles regulados por el Derecho Privado, como toda la actividad administrativa, que en UK no es más que una persona jurídica privada espacial, pero a fin de cuentas una persona jurídico privada. En reformas posteriores se incluyó un artículo 163 por el que se decide apoyar los esfuerzos de cooperación de las empresas permitiéndoles la plena utilización del mercado interior de la UE, en particular por medio de la apertura de la contratación pública. Es, pues, el mercado interior el criterio que ha permitido la existencia de un acercamiento, armonización, de los Derechos Internos en la materia como consecuencia de las Directivas de la UE, que han consagrado una serie de principios, que son comunes al espacio jurídico administrativo europeo, de aplicación tanto a los países de tradición jurídica anglosajona como francesa. Como señala Moreno Molina, se trata de principios que han cumplido, y cumplen, el papel de imprescindible elemento configurador del Derecho Europeo de los contratos públicos. En Europa, pues, puede decirse que los principios son la razón de ser del Derecho Administrativo de la Contratación Pública.

En este ámbito de la contratación pública, los principios generales de aplicación facilitan que en el sector exista un ambiente de seguridad y certeza jurídica en materia de aplicación e interpretación que ayuda a que los fondos públicos que se destinan a obras y servicios públicos o de interés general en la UE y en cada uno de los Estados miembros cumplan la finalidad que tienen asignada. Como afirma Moreno Molina, estos principios parten de reglas alojadas en el Tratado de la CE y en el actual proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa. Estos principios, hoy recogidos expresamente en las Directivas que regulan esta materia son el fundamento de todo el Derecho Administrativo de los Contratos públicos³⁴.

³⁴ Vid. J. PINTOS SANTIAGO, *Derecho Global Administrativo* ..., pp. 225 y ss.

El propio Tribunal de Justicia de la UE, el órgano público que más ha contribuido a reforzar la relevancia de los principios en materia de contratación pública, ha señalado que los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos sobre los que recaen las directivas en la materia. Esta afirmación trae causa del carácter ciertamente fragmentario de las directivas en materia de contratación pública, que no son regulaciones completas y acabadas sobre contratación pública, por lo que el TJCE, siendo consciente de que los Estados miembros siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas o procedimentales que disciplinen los contratos públicos, afirma que tal disponibilidad normativa de los Estados es comunitaria “ a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho Comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado”³⁵. Esta doctrina es plenamente congruente con la propia naturaleza del Derecho Comunitario, que tiene carácter preferente y es de aplicación directa en los Estados. De ello se deriva, como corolario necesario, que los principios que se encuentran ínsitos en las disposiciones del Tratado son de general aplicación en los Ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados miembros de la UE. Una cosa es que las Directivas hayan tenido que regular determinados sectores, determinadas materias y otra muy distinta que los principios generales no se apliquen a los supuestos no contemplados o excluidos de las directivas.

El Derecho Comunitario es un derecho que se está confeccionando en el tiempo y que no está acabado. Los principios del Tratado, sin embargo, tienen una vocación de proyección permanente sobre las normas que concretan el Tratado, por lo que este ordenamiento, que en cada momento tiene el grado de evolución y de delimitación material que es posible, está constantemente iluminado por la luz de los principios, que ayudan a comprender el alcance y sentido de las distintas instituciones y categorías que vertebran el Derecho Administrativo Europeo. En este sentido, la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2005, *Parking Brixen GmbH*, dispone que “pese a que en el estado actual del Derecho Comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las Autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”.

En esta sentencia de 3 de octubre de 2005 encontramos los fundamentos jurídicos que permiten comprender el alcance que tiene el principio de no discriminación en

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas CEI y Bellini de 9 de julio de 1987.

el Derecho Comunitario Europeo³⁶. Por una parte, el TJCE recuerda que el artículo 12 del Tratado proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el artículo 43 prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y el artículo 49, también del Tratado, prohíbe igualmente las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad, hoy de la UE, que no sea el del destinatario de la prestación.

Efectivamente, en estos preceptos del Tratado se formula categóricamente el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que tiene diferentes posibilidades y que, en todo caso, se extiende a todas las relaciones jurídicas que se produzcan entre nacionales de un Estado miembro y otro Estado miembro y viceversa, como es obvio.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión-Italia*, que los artículos 43 y 49 de Tratado son una expresión particular del principio de igualdad de trato, como también es manifestación de este principio la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, tal y como ha precisado este Tribunal por sentencia de 8 de octubre de 1980, *Uberschar*. La sentencia del TJCE de 3 de octubre de 1985 ha precisado, en esta dirección, que el principio de igualdad de trato de los licitadores en la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. En este sentido, se comprende que este principio, conectado al de libertad de establecimiento, implique, en cuanto igualdad de trato y prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad, que, como sigue diciendo esta sentencia del TJCE, en esta materia de la contratación pública exista una obligación de transparencia que permita que la Autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios sean respetados. Es más, como sigue razonando esta resolución del TJCE, “esta obligación de transparencia que rehace sobre dicha Autoridad, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

En esta sentencia nos encontramos, pues, con todos los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia, objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad de trato, prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En realidad, el mandato del artículo 163 del Tratado de abrir la contratación pública al mercado, algo que

³⁶ J.A. MORENO MOLINA, *Derecho Global...*, p. 25.

era una consecuencia lógica de los principios del Tratado, ha raído consigo la construcción de una serie de principios que congruentes con el espíritu de la UE traen causa, como ya señalamos, del propio Ordenamiento jurídico interno de muchos de los países de la UE, que entendieron que el régimen de Derecho Administrativo de la contratación pública, en unos casos, no podía llevar a un sistema cerrado de péticos privilegios de la Administración adjudicadora que cercenara la publicidad y libre concurrencia y, en otros, era un sistema coherente con la competencia y el mercado abierto. Ahora, la competencia, la libertad de establecimiento, la eliminación del monopolio, ha supuesto que en la contratación pública en la UE los países de tradición continental europea y los países de tradición anglosajona hayan de convivir con un régimen jurídico en que existiendo competencia existe también como criterio central, un entendimiento del interés público más abierto y dinámico.

El principio de licitación, de adjudicación en un proceso abierto y competitivo en materia de contratación pública, ha sido también reconocido en la sentencia de 2005 que ahora estoy glosando. La licitación es, además, consecuencia, dice el TJCE, de otro precepto del Tratado, el 86, que establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las Normas del presente Tratado.

El Derecho de los contratos públicos en los países de la UE obedece a día a principios comunes, a patrones comunes, que han sido alumbrados en el Tratado CE a partir de la idea central de la competencia, del principios de igualdad y del libre establecimiento, como consecuencia de la conformación de un mercado interior en el obviamente las reglas sobre un sector de tanta trascendencia económica como la contratación pública ha de seguir unos criterios uniformes. Esta realidad ha sido posible gracias a la aprobación de un conjunto de directivas que han promovido la aplicación de estos principios en todos los Estados miembros. Insisto, el esfuerzo de los países de contrato administrativo y de los países de contrato civil para someterse a estos principios, demuestra hasta qué punto es posible una tarea de síntesis, como la realizada en materia de servicios públicos y servicios de interés general, de ambas tradiciones jurídicas, incorporando lo mejor y más razonable de cada uno de los sistemas jurídicos en el marco de los principios que han de presidir la materia de la contratación pública en Europa: transparencia, no discriminación y objetividad³⁷.

Tal y como ha señalado Moreno Molina, los principios que están en la base del Derecho Comunitario de la contratación pública, parten del los propios principios del

³⁷ En este sentido, por ejemplo, la Directiva 2004/18/CE en el artículo 2 y la Directiva 2004/17/CE en su artículo 10 eran bien claras.

Derecho originario establecido en el Tratado. A saber, la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libre establecimiento y de servicios y las Normas sobre competencia. En el marco de estos principios se entiende el concreto régimen jurídico diseñado por las directivas para la contratación pública en la UE con las modulaciones efectuadas por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha precisado que estos principios son de general aplicación, aunque estemos en sectores excluidos del ámbito de aplicación de estas normas comunitarias. Así, por ejemplo, la sentencia de 22 de septiembre de 1988, tras afirmar la exclusión de la directiva de un determinado contrato, señaló a continuación, que el principio de libre circulación de mercancías, del artículo 28 del Tratado es de general observancia. En el mismo sentido, ahora en relación con los principios de establecimiento y libre prestación de servicios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 5 de diciembre de 1989, entendió que tales principios del derecho originario deben cumplirse en todo caso aunque estemos en un caso de un contrato excluido del ámbito de las directivas comunitarias.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reclama que las directivas en la materia se interpreten conforme con los principios del Tratado. Así, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 1990, ha sentado que no se pueden interpretar estas directivas de acuerdo con una ley nacional contraria a los principios del Tratado. Es más, el principio de prohibición de toda discriminación, a pesar de su escasa virtualidad operativa en la realidad, es considerado por el TJCE como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario, tal y como ha establecido la sentencia de 22 de junio de 1993. Este principio es una manifestación del más general de igualdad de trato, que según la sentencia de 14 de diciembre de 2004, reclama que no se traten de forma diferente situaciones que son comparables y que situaciones distintas no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente. Este principio es calificado de fundamental por el propio TJCE, en cuya virtud, sentencia de 13 de julio de 1993, se prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...) sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

El principio de igualdad de trato impide, según el Tribunal de Justicia Europeo, que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes, lo que rompe el principio. Principio, que como también ha precisado la jurisprudencia comunitaria, está

inseparablemente unido al de transparencia, pues no es posible autorizar que los competidores dispongan de distintas condiciones a la hora de presentar sus ofertas tal y como ha señalado la sentencia de 25 de abril de 1996. Resulta interesante subrayar que en esta materia la jurisprudencia ha señalado que la gestión diligente del proceso de contratación pública es exigencia de los principios de buena administración y de igualdad de trato (sentencia de 29 de abril de 2004). El principio de buena administración, al que hicimos referencia en el anterior epígrafe, es considerado, tras la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, también como principio de obligatorio cumplimiento para los poderes adjudicadores en el marco de la gestión del proceso de la contratación administrativa³⁸.

Estos principios, que son corolario necesario del principio de competencia y de igualdad de trato, suponen, es claro, una evidente limitación a una interpretación expansiva de lo que en el Derecho de los contratos administrativos son los privilegios o prerrogativas de la Administración. Ahora, estos principios modulan de tal manera el ejercicio de estas potestades, que bien puede decirse que no serán congruentes con el Derecho Comunitario Europeo, cuando impliquen una quiebra de dichos principios. Quiebra que no será tal cuando se produzca una desigualdad justificada objetivamente, lo que sólo puede acontecer cuando tal situación se ampare en razonadas razones de interés general, convenientemente argumentadas en el caso concreto por el poder adjudicador. De esta manera, el entendimiento de los tradicionales poderes extraordinarios de la Administración en materia de contratos administrativos, *potestas variandi*, rescisión unilateral, interpretación unilateral, ha de hacerse en el marco de los principios generales que se derivan del Tratado CE. En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 25 de abril de 1996 ha entendido que la atribución a la entidad adjudicataria de una libertad incondicional de elección no es conforme al Derecho Comunitario. Es decir, se prohíbe la arbitrariedad, que es, como diría Locke, la ausencia de racionalidad. De esta manera, como sigue diciendo esta sentencia, la mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato, no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad dicha libertad incondicional.

También el principio de libre circulación de mercancías es de aplicación a la contratación pública en la dimensión comunitaria puesto que como señala atinadamente Moreno

³⁸ En este sentido, merece la pena destacar que el propio Defensor del Pueblo de la UE, en virtud del principio de la buena Administración, destacó en su decisión de 22 de abril de 2002, que según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos³⁷, normas que están presididas, como bien sabemos, por los principios generales de la contratación pública que se derivan a su vez de los principios de Derecho originario señalados en este epígrafe.

Molina, es el principal título que justifica la intervención comunitaria en la materia³⁹. Igualmente, el derecho de establecimiento y al libre prestación de servicios son principios que permiten la eliminación de discriminaciones, tanto por razón de nacionalidad, como por cualquier otra razón, encubierta o no, que traiga consigo la quiebra del principio de igualdad de trato.

En fin, los principios de la contratación pública en el espacio jurídico europeo surgen de la propia irradiación de la luz de los principios fundamentales del Tratado sobre una realidad hasta no hace mucho tiempo considerada irrelevante, pero que hoy en día tiene una importancia trascendental también para el desarrollo económico y la cohesión social de los países y de los entes supranacionales. En este caso, los principios examinados, si tenemos en cuenta la sentencia de 17 de noviembre de 1993 del TJCE, traen causa de la realización del mercado interior basado en libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en materia de contratación pública, que son los de competencia, publicidad, igualdad de trato y prohibición de discriminación, objetividad, imparcialidad y transparencia.

V.

REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El Derecho Administrativo Global es un Derecho “in fieri”, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia como se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en mi opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva⁴⁰. En el caso del Derecho de la contratación pública gracias a la UE, se ha construido todo un sector del Derecho Administrativo Global de contenido principal que, como vemos, se está extendiendo por todo el globo puesto que se trata de principios que se derivan, de forma general, de una experiencia de integración sellada por los compromisos del Estado de Derecho tal y como es la UE.

³⁹ J.A. MORENO MOLINA, *Derecho Global...*, p. 35.

⁴⁰ B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. B. STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law”, 68 *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014), p. 45.

Las diversas maneras de comprender el derecho, el ordenamiento jurídico, plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo global, pues no hay una constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. En materia de contratación pública, el espacio jurídico administrativo de la UE pienso que puede considerarse como un ejemplo a seguir por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quien escribe deben partir de la cláusula del estado de derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del Derecho Administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general de nuestra disciplina requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del Derecho Administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena Administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad.

Agustín Gordillo nos recuerda en un estudio de este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, Derecho Administrativo global⁴¹. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas bajo la denominación de objetividad o igualdad de trato con prohibición de discriminación, se nos presenta, como advierte magistralmente el profesor Gordillo como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del estado de derecho al funcionamiento de la actividad económica, y los contratos públicos juegan un papel importante en este ámbito.

A través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pienso que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional

⁴¹ Vid. A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires. Introducción.

que legitime los excesos y los abusos de una tecnoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. En este tiempo en que el Derecho Administrativo global está surgiendo, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, estas páginas pretenden precisamente contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo global, como Derecho que es y por ello producto cultural, ha de expresar un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el orden jurídico administrativo global. En materia de contratos, como ha quedado expuesto, la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la objetividad o la transparencia reclaman un Derecho que piense más en los ciudadanos y menos en los poderes de los entes públicos.

En materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes. Para ello, los tradicionales poderes de la Administración en los países de contrato administrativo han de entenderse de otra manera, como poderes que pueden operarse cuando lo exija el interés general concreta y puntualmente argumentado. El Derecho Administrativo de la UE en materia de contratación pública ha traído la idea de que en esta materia, al manejarse fondos públicos, que son de todos y cada uno de los ciudadanos que viven en un mercado interior, ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea, la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro en cada caso.

Para citar este artículo: Jaime Rodríguez Arana, “Los principios del Derecho Global de la contratación pública”, *Revista de Derecho-UCU*, 13 (julio 2016), pp. 189-217

Recibido: 20/02/2016

Revisado: 20/4/16

Aceptado: 30/5/16