

Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina

José Antonio Moreno Molina*

Resumen:

En el trabajo se reflexiona acerca de la importancia de los principios generales de la contratación pública en la aplicación e interpretación del Derecho en la materia. A tal efecto se analizan tanto el Derecho Internacional de las contrataciones administrativas, que tiene sus principales hitos en el Acuerdo de compras públicas de la Organización Mundial del Comercio y en la Ley Modelo de Naciones Unidas, como la regulación y jurisprudencia de la Unión Europea, que ha sentado una doctrina muy avanzada al respecto. Finalmente es objeto de comentario la reciente legislación comparada de países de América latina sobre contratos públicos, que concede una gran importancia a los principios generales

Palabras clave:

Contratos públicos – Principios generales – Igualdad – Integridad – Transparencia

Abstract:

The paper reflects on the importance of the general principles of public procurement in the application and interpretation of the law in this area. To this objective both the international law of administrative contracts, which has its main landmarks in the government procurement agreement of the World Trade Organization and the United Nations Model Law, as the regulation and case law of the European Union are analyzed, which has laid a very advanced teaching in this regard. Finally it is subject to review recent legislation compared to Latin America on public procurement, which attaches great importance to general principles.

Keywords:

Public procurement – General principles – Equality – Integrity – Transparency

Sumario:

1. Introducción: La importancia de los principios generales de la contratación pública – 2. La regulación de los principios en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio – 3. Los principios en la nueva Directiva de la Unión Europea 2014/24/UE y en la jurisprudencia del TJUE – 4. Integridad en los procedimientos contractuales – 5. La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas – 6. El respeto de los principios generales como objetivo principal de las vigentes legislaciones reguladoras de los contratos públicos en América Latina

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-la Mancha (España).

1. Introducción: La importancia de los principios generales de la contratación pública

En la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos públicos, tanto a nivel nacional como internacional, los principios generales desarrollan en la actualidad un papel muy relevante. Estos principios, basados en reglas de naturaleza constitucional como la igualdad, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

Entre los principios generales de la contratación pública sobresale por encima de todos los demás el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del completo proceso selectivo. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación.

Además de estos principios, también se aplican hoy a la contratación pública otros como los de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia, la consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente.

La doctrina administrativista lleva años llamando la atención sobre el proceso de desarrollo del Derecho Administrativo global¹, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales².

El Derecho Administrativo global ha sido definido como «aquél que incluye los mecanismos,

principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban»³.

KINGSBURY recoge como fuentes primarias de este Derecho global: los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares⁴.

Pues bien, uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública⁵. En efecto, los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa⁶.

En este sentido, pueden destacarse tanto el Acuerdo de Contratación Pública (en adelante, ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y Ley Modelo de Naciones Unidas como las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial⁷ y la OCDE⁸.

1 RODRÍGUEZ ARANA, J., «El Derecho Administrativo global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº. 76 (2010), págs. 15-68; MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP* Nº 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

2 Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL.M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. Fecha de consulta, 2 de marzo de 2014.

3 KINGSBURY, B., «The Administrative Law Frontier In Global Governance», *ASIL proceedings 2005*, págs. 1 y ss.

4 KINGSBURY, B., «The Administrative Law...», *op. cit.*, págs. 4 y ss.

5 MORENO MOLINA, J.A., *Derecho global de la contratación pública*, Ubijay, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011.

6 Todos ellos elementos caracterizadores de la «gobernanza global», véase Stewart, R. B., «U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).

7 Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en <<http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>, fecha de consulta 18 de febrero de 2014>.

8 En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es www.oecd.org/daf/nocorruption/ (Fecha de consulta 18 de marzo de 2014).

Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudir a AAVV, «Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement», *Public Procurement Law Review*, Nº 6, 2006, páginas NA 161 a 204.

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), el Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, así como el protocolo de contrataciones públicas del MERCOSUR⁹. En el continente africano pueden destacarse las reglas aprobadas por la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC). Todas estas normas y acuerdos no vienen sino a corroborar la tendencia hacia la formación de un Derecho común de la contratación pública.

2. La regulación de los principios en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio

El ACP de la OMC¹⁰ fue firmado el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

Se trata de uno de los acuerdos «plurilaterales» que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los Miembros de la Organización están obligados por él.

El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial.

De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación.

El Acuerdo se basa en un enfoque de lista inclusiones para determinar el ámbito de aplicación. En el Apéndice I del ACP se enumeran las entidades sujetas de cada país. En el Anexo 1 del citado Apéndice figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2 las de los

gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3 todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquellas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo, en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios si el valor de la compra sobrepasa unos umbrales determinados, que no son uniformes debido a que existen algunas diferencias entre los países signatarios; y si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del ACP.

El proceso para la revisión del ACP ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012¹¹.

La nueva versión del ACP ha modificado tanto el Preámbulo, como los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994¹².

El principal objetivo de la revisión del ACP ha sido impulsar una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y mejorar el marco en que este se desarrolla.

El artículo IV del anexo del Protocolo por el que se modifica el ACP enuncia y define los principios generales, que sistematiza en 6 apartados referidos a: no discriminación, uso de medios electrónicos, ejecución de la contratación, normas de origen, compensaciones y medidas no específicas de la contratación.

La nueva regulación mejora notablemente en cuanto a sistemática y contenido a la anterior versión del ACP, que dedicaba el artículo III al principio de «Trato nacional y no discriminación» y el artículo IV a las «Normas de origen».

En primer lugar, el nuevo artículo IV sitúa al principio de no discriminación, que está en la esencia misma del propio ACP.

9 Para el análisis de otros acuerdos internacionales en contratación pública resulta de interés acudir al documento elaborado por las secretarías de ALADI, COMUNIDAD ANDINA Y MERCOSUR en cumplimiento de los mandatos de la I Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones (Documento ALADI/MERCOSUR/CAN/15/2006, que puede consultarse en la dirección <www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf>. Fecha de consulta 4 de febrero de 2014.

10 Son partes en el ACP Armenia, Canadá, la Unión Europea en relación con sus 28 Estados miembros, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Corea, Liechtenstein, los Países Bajos en relación con Aruba, Noruega, Singapur, Suiza, Taipei Chino (Taiwán) y los Estados Unidos.

11 Véase la página oficial de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm, Fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., «Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations», *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

12 ARROWSMITH, S. y ANDERSON, R.D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge University Press, 2011.

La definición del principio de no discriminación se recoge en el apartado 1 de precepto, que establece que «con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones cubiertas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, concede a:

- a) los bienes, servicios y proveedores nacionales; y
- b) los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte.

En el apartado 2 del precepto se concreta que ninguna entidad contratante nacional dará a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; ni discriminará contra un proveedor establecido en su territorio en razón de que los bienes o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación son bienes o servicios de cualquiera de las otras Partes.

En relación con el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, el ACP obliga a las entidades contratantes a asegurarse de que la contratación se lleve a cabo utilizando sistemas de tecnología de la información y programas informáticos, incluidos los relacionados con la autenticación y codificación criptográfica de información, que sean accesibles en general e interoperables con los sistemas de tecnología de la información y los programas informáticos accesibles en general.

Asimismo, las entidades contratantes mantendrán «mecanismos que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado» (letra b) del apartado 3 del artículo IV).

Por lo que se refiere a la ejecución de la contratación, se prevé la obligación de respetar la transparencia e imparcialidad de forma que sea compatible con el ACP, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida. Se quieren evitar así, como señalan expresamente las letras b) y c) del apartado 4 del artículo IV, tanto los conflictos de intereses como las prácticas corruptas.

También contempla el precepto dedicado a los principios generales reglas sobre las normas de origen en las contrataciones cubiertas por el ACP, al prohibir que ninguna Parte aplique a los bienes o servicios importados de otra Parte o suministrados por otra Parte, unas normas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en el mismo momento en el curso de operaciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de los mismos bienes y servicios procedentes de la misma Parte.

Con respecto a las contrataciones cubiertas, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, solicitará, tendrá en cuenta, impondrá ni exigirá ninguna compensación.

Por último, hay una referencia a las medidas no específicas de la contratación en el apartado 7 del citado artículo IV. En concreto, se exceptiona la aplicación del principio de no discriminación a los derechos aduaneros y cargas de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma; al método de recaudación de dichos derechos y cargas; a otros reglamentos o formalidades de importación; ni a las medidas que afectan al comercio de servicios, que no sean las medidas que rigen las contrataciones cubiertas.

3. Los principios en la nueva Directiva de la Unión Europea N° 2014/24/UE y en la jurisprudencia del TJUE

La Directiva N° 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE¹³, desde su primer considerando resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE).

Se identifican estos principios con los reconocidos por «el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia» y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva N° 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136).

13 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., «Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública», *Revista de estudios locales*, N° 161 (2013), págs. 15 a 44 y «Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 159 (2013), págs. 39 a 106.

A través de una consolidada doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública¹⁴ –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 13 y ss. TRLCSP)¹⁵–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH)¹⁶.

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento¹⁷. El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁸.

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora¹⁹. Exige que todas las condiciones y modalidades del

procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate²⁰.

La nueva Directiva recoge, por tanto, esta jurisprudencia en el frontispicio de la misma y advierte que se aplica para los contratos públicos que se sitúen tanto por debajo como por encima de los umbrales, sin perjuicio de que para estos últimos la propia norma europea coordine los procedimientos de adquisición nacionales con el fin de que esos principios se lleve a la práctica.

En esta misma línea, hay que recordar la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública²¹, cuya legalidad y conformidad con el Derecho Europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

El Título I de la nueva Directiva se intitula «Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales» y dedica su artículo 18 a los «Principios de la contratación» para establecer que «los poderes adjudicadores tratarán a los

14 El artículo 4 de la Directiva 2014/24 fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos. La directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

(a) 5.186.000 EUR, en los contratos públicos de obras;

(b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;

(c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos;

(d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI.

15 MORENO MOLINA, J.A., «Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *Revista de Administración Pública* Nº 178 (2009), págs. 175 a 213.

16 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.

17 Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C 275/98, Rec. p. I 8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C 470/99, Rec. p. I 11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)

18 Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec. p. I 3801, apartados 109 y 110

19 Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48.

20 Sentencia «Succhi di Frutta», citada anteriormente, apartado 111.

21 Diario Oficial N° C 179 de 01/08/2006.

operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia».

Se considera por la propia Directiva que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Al regular la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos, el artículo 56 de la Directiva 2014/24 reitera que la adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 67 a 69, siempre que se cumpla, junto a otras condiciones que establece el propio precepto, «que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con el artículo 57 y que cumpla los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador de conformidad con el artículo 58 y, cuando proceda, las normas y los criterios no discriminatorios contemplados en el artículo 65».

En relación con la adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI, a los que el Título III somete a un régimen de contratación particular, con un umbral más elevado de 750.000 euros, el artículo 76.1 de la Directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor las normas nacionales para la adjudicación de los contratos «con el fin de garantizar las autoridades contratantes cumplir con los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos».

Al principio de confidencialidad dedica la Directiva 2014/24 el artículo 21, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así en primer lugar que salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Por su parte, el apartado 2 prevé que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores

económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

4. Integridad en los procedimientos contractuales

El Preámbulo del Protocolo por el que se modifica el ACP destaca que la integridad y la previsibilidad de los sistemas de contratación pública son parte integrante de la gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos, el desempeño de las economías de las Partes y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio.

Al mismo tiempo, reconoce la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas, en consonancia con los instrumentos internacionales aplicables, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003²², y ratificada tanto por España²³ como por la Unión Europea²⁴.

La citada Convención establece en su artículo 9 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

- «a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de

22 Véase MEDINA ARNAIZ T., «EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts», *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009, pp. 105 a 130.

23 Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 171, de 19 de julio de 2006.

24 Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, publicada en el Diario Oficial L 287, de 29 de octubre de 2008.

decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.»

La Directiva N° 2014/24 plantea también diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo también fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales²⁵, para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

La importancia económica, política y social de la contratación pública, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La Directiva prevé medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores²⁶.

En el artículo 24 se entiende por «intereses particulares» en un contrato público los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales.

También se establecen medidas en la propuesta contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia.

El artículo 57 de la Directiva recoge los motivos que pueden llevar a la exclusión de un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado que dicho operador ha sido condenado mediante sentencia firme por delitos relacionados con la corrupción.

En la regulación de las ofertas anormalmente bajas, la Directiva 2014/24 recoge también garantías para hacer más transparentes los procedimientos de contratación e impedir prácticas fraudulentas. Se profundiza así en la exigencia por parte de los poderes adjudicadores respecto a los operadores económicos para que expliquen el precio o los costes facturados. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del artículo 69.

Por otra parte, también al establecer medidas de gobernanza en los contratos públicos, la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros en su artículo 83 a velar por que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada.

Cuando las autoridades o estructuras de supervisión detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, por sus propios medios o por haber recibido información al respecto, estarán facultadas para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias.

Los resultados de estas actividades de supervisión se comunicarán también a la Comisión. Y la

25 Véase GIMENO FELIÚ, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 147 (2010), págs. 517-535 y MEDINA ARNÁIZ, T, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, N° 7382 (2010), págs. 1 a 20.

26 Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre «la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pág. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 505 y 506.

Directiva prevé que a más tardar el 18 de abril de 2017 y posteriormente cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, por ejemplo los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

5. La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas

Los principios de transparencia y la no discriminación en la contratación pública, en los que se basan tanto el ACP como la Directiva 2014/24, son también las reglas principales que pretende garantizar la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Ley Modelo fue aprobada por la CNUDMI en 1993²⁷, si bien en julio de 2011 se consensuó un nuevo texto que ha reemplazado al original, haciendo hincapié en el uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

La Ley tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno.

La decisión de la CNUDMI²⁸ de formular un régimen modelo para la contratación pública se justificó, por tanto, en la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia. De ello, es fácilmente constatable que resultan ineficiencias en el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado.

Si bien es común a todos los países la necesidad de que su régimen y prácticas de la contratación pública sean eficientes, ello se requiere especialmente en muchos Estados en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición. En estos Estados, una gran parte de la contratación está en manos del sector público y muchos de los contratos adjudicados son para proyectos que forman parte del propio proceso de desarrollo económico y social del país.

Pues bien, hacia estos países está principalmente dirigida la «Ley Modelo» sobre contratación pública. Además, ésta puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanaban del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de dicha contratación.

En consecuencia, el texto de la CNUDMI ha sido concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, susceptibles de servir de modelo a todos aquellos Estados que, por una u otra razón, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en la materia. Ahora bien, es preciso advertir que la «Ley Modelo» no tiene naturaleza contractual ni aspira a convertirse en Tratado internacional, es decir, desde el punto de vista jurídico formal, carece de toda fuerza vinculante para los Estados; se trata tan sólo de un «modelo» susceptible de inspirar las legislaciones estatales²⁹.

En cuanto a su contenido, la «Ley Modelo» trata de significar los rasgos mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública. Sus objetivos principales son, en este sentido, desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. Por lo tanto, la norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos, quedando fuera de su interés

27 El texto de la «Ley Modelo» fue aprobado por la CNUDMI en su 26 período de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

Los antecedentes de esta norma se sitúan en el 19 período de sesiones de la CNUDMI, celebrado en 1986, cuando ésta decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre este tema en octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría. Finalmente, el Grupo elaboró un Proyecto de «Ley Modelo» sobre los contratos públicos de bienes y de obras, que pasó a la Comisión para su aprobación.

28 La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio. En este sentido, la CNUDMI ha formulado durante los últimos 25 años convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías («Reglas de Hamburgo»), leyes modelo (como la de arbitraje comercial internacional), así como el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

29 Este tipo de acuerdos son consideradas por la doctrina internacionalista como «Soft Law», esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen (SEIDL-HOHENVELDERN, I., «International Economic 'Soft Law'», *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1979-II, págs. 173 y ss.).

toda la problemática referida a la ejecución de los contratos (al igual que ocurre con el Derecho comunitario de la contratación pública). El régimen de la «Ley Modelo» va destinado básicamente a la contratación efectuada por «dependencias de la Administración pública y otras entidades o empresas del sector público» (artículo 2), y regula la contratación pública de bienes y de obras.

6. El respeto de los principios generales como objetivo principal de las vigentes legislaciones reguladoras de los contratos públicos en América Latina

Una importante característica común a las legislaciones nacionales sobre compras públicas en América Latina es su reconocimiento expreso de los principios generales que rigen en la materia y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa. Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador.

Los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

La recientemente aprobada Ley N° 30225 de 2014, de Contrataciones del Estado del Perú, establece que los principios generales de los contratos públicos «sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones».

La Ley peruana recoge y define de forma amplia los principios generales en su artículo 2 («principios que rigen las contrataciones»), que hace referencia a los principios de libertad de concurrencia, libre acceso y participación de proveedores, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad y proporcionalidad.

En el mismo sentido, la ley de Panamá N° 22, de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, el artículo 16 recoge los principios generales y señala al efecto que «las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios

de eficiencia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.»

La norma panameña recoge en su artículo 21 unas importantes reglas cuando declara que «en la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos.»

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador de 2008 prevé en su artículo 4 que «para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.»

En el artículo 5 de la Ley ecuatoriana también se hace referencia a la función interpretativa de los principios en estos términos: «los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato».


La Ley de Compras Eficientes y Transparentes a Través de Medios Electrónicos de Honduras de 2014 dedica su artículo 4 a los principios generales, y así recoge y define los de transparencia y publicación, planificación, eficacia y buen gobierno, mejor valor del dinero, simplificación y economía del proceso.

Otro ejemplo de reconocimiento de los principios generales lo podemos encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano, que expresamente consagra el artículo 23 de la Ley N° 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad) y desarrollan los artículos 24 a 26 de la Ley (junto a una importante jurisprudencia de la Corte Constitucional que los ha interpretado), remitiéndose para el resto de principios al resto del ordenamiento jurídico: singularmente la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo.

Con la reforma introducida por la Ley N° 1150 de 2007 se buscó garantizar una mayor aplicación de los principios generales de la contratación a sectores de la actividad contractual pública anteriormente no plenamente sometidos, como era el caso de los contratos sometidos por el legislador a las reglas del derecho privado.

La Ley chilena N° 19886, publicada el 30 de julio de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, declara en su artículo 1 que «los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación.»


Si bien la norma chilena no enumera los principios generales, sí los reconoce y consagra en cuanto a sus exigencias a lo largo de toda la ley: así lo hace con los principios de igualdad, concurrencia, transparencia, sujeción a las bases y eficiencia.

Como ha declarado la jurisprudencia, uno de los objetos fundamentales de la Ley N° 19886 consiste en garantizar «la transparencia de las operaciones contractuales de la Administración del Estado, estableciendo procedimientos uniformes y obligatorios que las entidades sujetas a su cumplimiento deben observar en la preparación y celebración de los contratos y el Sistema de Información, al que se debe otorgar gratuito y público acceso» (Dict. N° 12.679/05). 

ENCUÉNTRANOS EN FACEBOOK

Manténgase en contacto y al tanto de todas nuestras actividades por esta popular red social. ¡Sígannos en Facebook!

 /derysoc

 /polemosvirtual