



UNA PERSPECTIVA CONSTRUCTIVA A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PARA CUÁNDO LA ANEXIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO Y DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

Por Jaime Pintos Santiago¹

El Derecho administrativo global y la Administración Global o transnacional que nos trasladan al concepto de Gobernanza Global, involucran complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales y actores no estatales de diversa índole, que afectan, por supuesto, a la contratación pública y que por ello también desbordan los Derechos nacionales en este sentido². En esa constatable realidad hacia un Derecho global de la contratación pública podemos reparar en cascada en una serie de elementos que nos llevan los unos a los otros:

¹ Licenciado en Derecho por la UCLM; Máster en Derecho de la Contratación Pública; Máster Oficial en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. Doctorando con suficiencia investigadora. Funcionario de carrera y excedente en el resto de Cuerpos de la Administración de Castilla-La Mancha (Técnico, Ejecutivo y Auxiliar). Abogado del Ilustre Colegio Oficial de Abogados de Toledo (nº Colegiado 2914).

En el marco de su actividad de investigación es autor responsable de la sección permanente “DERECHO GLOBAL Y COMPARADO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA” de la *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Revista de la contratación administrativa y de los contratistas de la Editorial Wolters Kluwer-La Ley y coordinador de distintos proyectos dedicados al Derecho comparado de la contratación pública o al Derecho global de la contratación pública en los que han participado distintos Estados, en muchos casos representados por los máximos exponentes del Derecho administrativo y de la contratación pública de esos países. Asimismo cuenta con decenas de publicaciones en su actividad investigadora entre colaboraciones de libros y artículos en revistas jurídicas de impacto españolas y del extranjero. Es miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP) y del Observatorio de Contratación Pública español (ObCP).

Ha participado como ponente y profesor invitado en diferentes Máster, Congresos, Cursos de Postgrado, Seminarios, Jornadas, Encuentros o Cursos de Especialistas tanto nacionales como internacionales, dentro y fuera de España, asimismo ha impartido también clases y ha sido coordinador de cursos en distintas escuelas de administración pública y es autor de manuales dirigidos a la formación de empleados públicos utilizados igualmente por distintas escuelas de administración pública españolas.

<https://plus.google.com/+JaimePintosSantiago/posts>

² Véase PINTOS SANTIAGO, J., “El surgimiento inadvertido de un Derecho global de los contratos públicos como ámbito de formación y consolidación del Derecho administrativo global”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 128, nov-dic 2013, págs. 66-69.

1. LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

En el ámbito del Derecho es incuestionable que nos encontramos ya con la existencia de un Derecho administrativo global en otras vertientes globalizadas del Derecho público y privado. Globalización en la que se encuentra presente la participación de las Administraciones Públicas, lo que permite sostener que “*existe suficiente cantidad de administración global y transnacional como para poder identificar hoy en día un ‘espacio administrativo global multifacético’*”³, donde evidentemente se aplica un Derecho administrativo global en el que tiene mucho que ver y qué decir todavía el nuevo Derecho global de la contratación pública.⁴

2. EL DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Es así que hay que tener en cuenta que en este marco global, la contratación pública supone un importante elemento del comercio internacional de trascendente peso económico cuyas normas, acuerdos y negociaciones internacionales nos permiten afirmar su indudable existencia, eso sí, como Derecho en proceso de formación⁵, del que su principal objetivo es garantizar en ese marco global el respeto a los principios generales de la contratación pública, los comúnmente aceptados y conocidos como principios de igualdad, objetividad, no discriminación, transparencia, publicidad y concurrencia competitiva.

³ BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICHARD B. STEWART, en su obra “El surgimiento del Derecho administrativo global”, pág. 4. Traducción al castellano del texto en inglés realizada por GISELA PARIS y LUCIANA RICART, LL.M. International Legal Studies, Facultad de Derecho New York University. “*The Emergence of Global Administrative Law*”, *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Texto disponible en: <http://ilj.org/GAL/documents/kingsburykrischstewart.2.pdf> [fecha última consulta: 5-agosto-2015]. Se puede también consultar AA.VV. (Dir. GORDILLO, A.), *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 25.

⁴ Vid. MORENO MOLINA, J.A., *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus Editorial, Méjico, 2011.

⁵ Como Derecho “*in fieri*” lo definen RODRÍGUEZ ARANA, J., MORENO MOLINA, J.A., JINESTA LOBO, E. y NAVARRO MEDAL, K., en *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas*, Ediciones Guayacán, Costa Rica, 2011, págs. 17 y ss.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Lo que nos consolida en el vertebral tercer elemento, en el que nos asentamos en el pilar de los principios generales de la contratación pública. Es así, por ejemplo que el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, tiene como finalidad aumentar la transparencia de las normas y procedimientos relacionados con la contratación pública y garantizar el principio de igualdad y no discriminación de forma que no se proteja a los productos y proveedores nacionales, en detrimento de productos o proveedores extranjeros; y es que los principios generales de la contratación pública, por ejemplo en el ámbito del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea, son el fundamento del mismo y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan a todos los contratos, independientemente de su cuantía, de su naturaleza jurídica de administrativos o privados, manifestándose asimismo en todas las fases del procedimiento de contratación⁶.

Son, ergo, el fundamento de todas las normas y en su origen representan la idea de principalidad que les confiere preferencia frente al resto de fuentes del Derecho. Tienen sus cimientos en el respeto del ser humano o en la naturaleza de las cosas⁷, de lo que deriva la obligatoria y permanente observancia de todo principio general del Derecho⁸ y es por ello que también los principios generales del Derecho revisten una importancia

⁶ Por todas la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22-6-1993, asunto C-243/89. Sobre los principios generales en la contratación pública véase MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006, y del mismo autor “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 45, ene-jun 2008, Págs. 45 y ss.; y “La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación del sector público”, *Noticias de la Unión Europea* nº 298, 2009, págs. 7 a 20. También AA.VV. (Dir. GORDILLO, A.), *El nuevo Derecho administrativo global en América Latina*, Op. Cit., pág. 39 y ss.; o RODRÍGUEZ ARANA, J., “Los principios del Derecho global de la contratación pública”, *Revista de la Facultad de Derecho PCUP*, nº 66, 2011, págs. 29-54.

⁷ CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 29 y 30.

⁸ DEL VECCHIO, G., *Los principios generales del derecho*, Bosch, Madrid, 1979, pág. 149.

fundamental en todo Derecho⁹, siendo en mi opinión que podríamos calificar a estos principios generales de la contratación pública como verdaderos principios-guía y elemento unificador de este marco globalizado de la contratación pública, principios generales entre los que se encuentran los derechos fundamentales de las personas¹⁰.

4. LA DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO Y DE PROMOCIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN EL DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Hasta aquí lo que tenemos, lo que podríamos afirmar que existe. Esto es:

- la realidad de un Mundo globalizado y de la existencia de un Derecho administrativo global en ese ámbito globalizado;
- de un Derecho global de la contratación pública en proceso de formación como ámbito de consolidación de ese Derecho administrativo global; y
- de la defensa de unos principios generales de la contratación pública comúnmente aceptados en los ámbitos internacional y nacionales, definidos en este trabajo como principios-guía que conforman el elemento unificador en ese marco globalizado de la contratación pública.

⁹ LICO, M.A., “Principios generales del Derecho aplicables al Derecho administrativos y principios generales del Derecho surgidos del Derecho administrativo”, *Revista de Derecho administrativo*, n° 83, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre-2012, pág. 1532.

¹⁰ Es reiterada la jurisprudencia en este sentido. Sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94 que a letra dice: “...los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal (véase, en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I-1759, apartado 33, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.”

Por consiguiente, puesto ya de manifiesto la existencia de un Derecho global de la contratación pública cuya pieza cardinal son los principios generales de la contratación pública, creo interesante añadir y subrayar la importancia de la dirección que debería perseguir y conseguir ese Derecho global de la contratación pública en el proceso de consolidación en el que se encuentra inmerso.

En mi opinión, esa dirección que debería buscarse y conseguirse no es otra que la consecución de un Derecho global que equilibre distintos intereses económicos, a la vez que también humanos y sociales, como contraposición al actual Derecho global de vertiente eminentemente económica. Si bien a primera vista esta búsqueda y resultado pueden parecer ilusorios, lo cierto es que entiendo que el Derecho global de la contratación pública debe estar enfocado al respeto de los derechos del ser humano y al respeto del medio ambiente en mejora de la calidad de vida de los habitantes del Planeta, de forma que, igualmente que debe estar impregnado por los principios generales y comúnmente aceptados (igualdad, transparencia, libre concurrencia, etc.), también cabe pensar en la omnipresencia como principios generales de otros principios no tan comúnmente extendidos y aceptados en este ámbito.

Me refiero en particular al principio general de promoción del desarrollo humano y al principio general de promoción de la sostenibilidad ambiental.

El principio de promoción del desarrollo humano, entendido en un triple sentido en este marco global:

1. En el sentido primero de no dejar de lado al ser humano ya que es el beneficiario final, de manera que a la vez que se cumplen metas y objetivos se satisfagan las necesidades de la población social¹¹.

¹¹ EFFIO ORDÓÑEZ, A.O. y PAJUELO ORBEGOSO, A., en “Principios Rectores de la Contratación Pública”, Capítulo 2 del Módulo 1, Aula Virtual, Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de Perú (OSCE), pág. 13 *in fine*. Disponible en <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/MOD%201%20CAP%202.pdf> [fecha última consulta: 5-agosto-2015].

2. En el sentido que la cooperación entre naciones y comunidades en materia de contratación pública debe ser beneficiosa para todas las partes y no solo como meros instrumentos de adhesión al más poderoso, sino que esos instrumentos, normas y acuerdos internacionales (globales), deben atender las desigualdades existentes entre los miembros de cada región desde la óptica social de cada caso concreto, consiguiendo así la expansión de la contratación pública global mediante el establecimiento de derechos y obligaciones multilaterales equilibradas y no abusivas.
3. En el sentido de verdadero principio general coadyuvante de los derechos fundamentales, superando así con creces a la idea de la denominada cláusula de progreso o de centralidad de la condición humana.

El principio de promoción de la sostenibilidad ambiental, entendido como:

1. El por todos conocido concepto de ‘compras verdes’.
2. No generar impacto ambiental negativo o generar el menor impacto posible.
3. Analizar la sostenibilidad del bien no sólo desde la óptica de su vida útil, sino también desde el punto de vista del costo de eliminación del bien, es decir, desde la óptica de los residuos.

Quiero destacar que no me estoy refiriendo con lo anterior a los para mí mal llamados ‘criterios o cláusulas’ sociales (o socio-laborales) y medioambientales, dado que no son sino ‘aspectos’ en el sentido de ‘elemento, faceta o matiz de algo’, bien conocidas tanto en el Derecho positivo comunitario como nacional español, aunque todavía con una escasa presencia real en la contratación pública, sino como verdaderos principios generales, ya que las diferencias entre unas y otros son obvias, pasando de primera mano por el carácter potestativo de las primeras y no así del carácter obligatorio y consustancial al concepto de principio general de los segundos. Pero además y como añadido de esta idea, es necesario e importante indicar, que al igual, en su origen, que el resto de principios generales comúnmente aceptados y conocidos por todos (igualdad, transparencia, publicidad, etc.), estos dos principios que ahora enuncio (promoción del

desarrollo humano y promoción de la sostenibilidad ambiental), forman también ya parte hoy en día del ordenamiento jurídico interno de algunos Estados¹².

REFLEXIÓN FINAL¹³

En conclusión, creo que para conseguir un Derecho global de la contratación pública y de esta forma un Derecho administrativo global más justos, y por consiguiente basados también en el principio de justicia, no se debería limitar, como entiendo que desgraciadamente está ocurriendo, estos Derechos hacia una proyección eminentemente económica de los mismos, de modo que se avance hacia la consecución de Estados y situaciones de Derecho global más sociales y democráticas como contraposición al actual Derecho global de corte predominantemente económico, que en gran medida viene impuesto por la situación de la Globalización desde su vertiente económica (vivimos y sufrimos esta realidad a diario).

Sin que esta idea, a través de la importancia económica y social que la contratación pública supone, deba necesariamente ser tachada de descabellada porque es necesario añadir, y subrayarlo por si a alguien le quedara alguna duda, que estos principios sociales y medioambientales (al igual que las llamadas cláusulas sociales y medioambientales), en absoluto están reñidos con el carácter marcadamente económico que hoy se busca dar a la contratación pública como consecuencia de la actual coyuntura económica, dado que estos principios pueden ser plasmados, en las fases de admisión y de ejecución del contrato, sin afectar de ninguna manera a la búsqueda del

¹² Como por ejemplo Perú, en concreto se encuentran recogidos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1.017 por el que se aprueba su Ley de Contrataciones del Estado.

¹³ Conclusiones que expuse en la conferencia titulada [“Hacia un Derecho global de la contratación pública”](#), impartida en el “Congreso Internacional sobre Contratación Pública: hacia una nueva Ley de Contratos Públicos” celebrado en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha en Cuenca, durante los días 22 y 23 de enero de 2015. Esta conferencia se enmarcaba dentro del quinto panel del Congreso titulado “Experiencias Comparadas”, siendo que la conferencia se impartió como última intervención en el Congreso Internacional el día 23 de enero de 2015. La conferencia ha sido objeto de publicación y su texto íntegramente puede verse en PINTOS SANTIAGO, J. “Hacia un derecho global de la contratación pública: en pro de los principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 138, julio-agosto 2015, págs. 6-11.

precio más bajo y sin afectar necesariamente al coste económico del contrato, consiguiendo de este modo, a la vez, un crecimiento social, ambiental y económico sostenible.

Si bien a primera vista esta búsqueda y resultado pueden parecer ilusorios, lo cierto es que entiendo, como ya he afirmado, que el Derecho administrativo global debe estar enfocado al respeto de los derechos del ser humano, entendiendo incluidos lógicamente los derechos fundamentales de la persona y el derecho a un medio ambiente sano y sostenible, de forma que igualmente entiendo que el Derecho global de la contratación pública debe estar impregnado por los principios generales y fundamentales, unos comúnmente aceptados y los aquí defendidos todavía no tanto, que inspiran la contratación pública.

De forma que, en definitiva, el uso de estos principios no tan habitualmente aceptados que vengo defendiendo reiteradamente –principio de promoción del desarrollo humano y principio de promoción de la sostenibilidad ambiental- depende únicamente de las personas que tienen capacidad decisoria sobre las normas y los contratos públicos y del esfuerzo que las mismas hagan en tal sentido, dado que igual que se establece un objetivo basado en el 100% en el aspecto económico se puede establecer lo contrario, añadiendo taxativamente, para terminar, que en el procedimiento de consolidación de este Derecho global de la contratación pública el uso de estos principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental podrían, y digo podrían aunque entienda que debieran, tornarse obligatorios como interés general, pero que en todo caso afirmo que desde este mismo instante resultan, legales, obligatorios, necesarios y, por supuesto, rentables a corto, medio y largo plazo.

Son legales y obligatorios porque se encuentran incorporados en los pilares de las normas fundamentales de todos los Estados Sociales y Democráticos de Derecho y como obligatorios los acoge en el caso español la Constitución expresamente en sus artículos 9.2, 10, 14, entre otros, o en el Capítulo III “De los principios rectores de la

política social y económica” del Título I “De los derechos y deberes fundamentales” de las personas. Su carácter de necesario huelga de explicación más allá de una visión detenida y comparada de la realidad que nos rodea y su rentabilidad se justifica porque en el equilibrio de las poblaciones sociales y del medioambiente se encuentra en definitiva el desarrollo sostenible de los pueblos y los Estados.

Permitiéndome para finalizar, avanzar en esta defensa primigenia de los principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental en el ámbito del Derecho global de la contratación pública, que quizás más tarde que temprano se acaben por implantar en este Derecho global, pero dónde seguro más temprano que tarde se implantarán es en el ámbito espacial de este Derecho global de la contratación pública en la Unión Europea, de forma que me atrevería a afirmar que dichos principios se tornarán en obligatorios en la próxima (quinta) generación de Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública a través de su plasmación imperativa en los hoy llamados criterios o cláusulas sociales (socio-laborales) y medioambientales¹⁴, sino incluso antes y de forma más reducida y sesgada, en la venidera transposición al ordenamiento jurídico interno nacional de los distintos Estados miembros de la Unión Europea de la que es ahora la cuarta de generación de Directivas sobre contratación pública, Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y

¹⁴ En esta línea entiendo que se pronuncian ya tanto el Dictamen del Comité de las Regiones -Paquete en materia de contratación pública- (2012/C 391/09) (Diario Oficial de la Unión Europea C 391/49, de 18.12.2012), que en sus conclusiones “*considera que la normativa en materia de contratación pública debería dar más importancia a la relación coste-beneficio de las ofertas. Cuando un poder adjudicador organiza una licitación, su principal objetivo es la adquisición de un producto determinado, la contratación de un servicio o la ejecución de una obra, y la normativa debería facilitar que el resultado de la licitación fuera satisfactorio para los ciudadanos, los adquirentes y los proveedores*”, como lo atestigua también el Dictamen emitido al respecto del nuevo paquete legislativo por el Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales» [COM(2011) 895 final — 2011/0439 (COD)], la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública» [COM(2011) 896 final — 2011/0438 (COD)], y la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» [COM(2011) 897 final — 2011/0437 (COD)] (2012/C 191/16), cuyas conclusiones y recomendaciones 1.3, 1.4, 1.7, 1.9, 1.10, 1.11, 1.12, 1.13 y 1.14 van en este lineamiento.

2014/25/UE¹⁵, dado que al fin y al cabo ésta es una posibilidad real que cabe legislar y aplicar en la diferente transposición de estas Directivas en los veintiocho Estados miembros de la Unión.

¹⁵ Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 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. Todas publicadas en el DOUE, serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014. El marco normativo de la contratación pública en el Derecho de la Unión Europea queda integrado, además de por las nuevas Directivas 2014/23, 24 y 25, por la Directiva 2009/81, que establece normas específicas para la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad y por las Directivas 89/665 y 92/13, con sus modificaciones a través de la Directiva 2007/6, que fijan normas comunes para los procedimientos de recurso. También es necesario tener presente la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, que propugna una facturación electrónica que mejore la interoperatividad entre los diferentes sistemas de facturación electrónica, que elimine la inseguridad jurídica, la excesiva complejidad y los costes operativos adicionales para los operadores económicos.