

CONTRATACIÓN PÚBLICA



Miguel Alejandro López Olvera
Rodolfo Cancino Gómez
Coordinadores

**COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
DEL ESTADO DE MÉXICO**

MYRNA ARACELI GARCÍA MORÓN
Presidenta

MIGUEL ÁNGEL CRUZ MUCIÑO
Director General del Instituto de Investigaciones
y Formación en Derechos Humanos

FLOR DE MARÍA GARCÍA MUÑOZ
Jefa del Departamento de Publicaciones



DIÁLOGOS EN DH
Erick Zavala Gallardo
DIRECTOR

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Miguel Alejandro López Olvera
Rodolfo Cancino Gómez

Coordinadores



Contratación pública

D. R. © Miguel Alejandro López Olvera

D. R. © Rodolfo Cancino Gómez

Primera edición, agosto de 2023

D. R. 2023, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc,

C. P. 50010, Toluca, México. Tel. (800) 999 4000

<http://www.codhem.org.mx>

Editor responsable: Miguel Ángel Cruz Muciño

Coordinación editorial: Flor de María García Muñoz

Diseño editorial y cuidado de la edición: Ricardo Gallardo Sánchez

Revisión de textos: Julio Ulises Gallardo Sánchez

Imagen de portada: Freepik

eISBN: 978-607-5891-11-8

Impreso y hecho en México

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la publicación

sin previa autorización de la Comisión de Derechos Humanos

del Estado de México.



Contenido

- 11 | PRESENTACIÓN
Myrna Araceli García Morón
- 20
- 17 | **EL DERECHO HUMANO A LA SALUD
Y EL DESABASTO DE MEDICAMENTOS**
Rodolfo Cancino Gómez
- 25 | **COMPLIANCE EN EL DERECHO ESPAÑOL
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
José Enrique Candela Talavero
- 33 | **CONTRATAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS
FUNDAMENTAIS**
Raquel Carvalho

- 45 | **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE COMO HERRAMIENTA PARA PROMOVER ESTRATEGIAS EMPRESARIALES ECOLÓGICAS, SOCIALES Y ECONÓMICAS. EL CAMINO A SEGUIR PARA LA UE**
Michele Cozzio
- 55 | **TRANSPARÊNCIA E CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA**
Nuno Cunha Rodrigues
- 65 | **CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN EL SISTEMA INTERNACIONAL**
Enrique Díaz Bravo
- 73 | **LOS RETOS DE FUTURO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS) COMO NUEVOS EJES DE UNA ESTRATEGIA PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE**
José María Gimeno Feliú
- 83 | **CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS**
María del Carmen de Guerrero Manso
- 93 | **OBRA PÚBLICA Y MEDIO AMBIENTE**
María del Consuelo Juárez Mendoza
- 101 | **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA LA GARANTÍA Y EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO BRASILEÑO**
Vivian Cristina Lima López Valle

- 109 **EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
Miguel Alejandro López Olvera
- 121 **LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y LA GESTIÓN DEL RIESGO DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
Javier Miranzo Díaz
- 129 **LA IMPRESCINDIBLE PROFESIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
José Antonio Moreno Molina
- 137 **LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN EL RÉGIMEN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE ARGENTINA**
Jorge I. Muratorio
- 147 **ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE ENERGÍA Y OTROS SECTORES ESPECIALES**
Jaime Pintos Santiago
- 157 **ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
José Antonio Ramos Meza
- 167 **TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**
César Rocha García

- 175 | **LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DE LA SALUD
Y DE LA SANIDAD COMO ACTIVIDADES
QUE INTEGRAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
SOCIAL. SUS PROYECCIONES SOBRE EL RÉGIMEN
DE CONTRATACIONES EN MATERIA DE SALUD
Y SANIDAD**
María José Rodríguez
- 183 | **RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA COLOMBIANA**
César Augusto Romero Molina
- 193 | **BUENA ADMINISTRACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**
Daniel Serna Bardavío



PRESENTACIÓN

La contratación pública es uno de los mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que señala la Constitución, uno de los cuales tiene que ver con la tutela de los derechos humanos que se reconocen en nuestro sistema jurídico, tanto en la Carta Magna como en diversas regulaciones.

En este volumen, el número 20 de la colección Diálogos en DH, se publican 20 trabajos de personalidades académicas especialistas en el tema, quienes lo analizan bajo la óptica de los derechos humanos debido a que estos últimos, en la mayoría de las ocasiones, para gozarlos a plenitud, necesitan ser garantizados mediante los instrumentos que contempla el ordenamiento jurídico.

La contratación pública es un canal que el Estado utiliza para la adquisición de bienes o servicios y arrendamientos, y para la creación de infraestructura bajo su auspicio, sin dejar de lado el cumplimiento del mandato constitucional de respetar, promocionar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La Constitución permite a los entes públicos estatales dicha facultad, siguiendo las directivas, los principios y los procedimientos que señala la ley, sus propios preceptos, así como los tratados internacionales.

En determinados casos, ciertos entes gubernamentales pueden realizar obras públicas como la construcción de hospitales, escuelas o autopistas, con el propósito de garantizar diferentes derechos humanos.

En ese sentido, la contratación pública es un instrumento estratégico para el desarrollo del país, que necesita ser visto como una garantía del cumplimiento de los derechos humanos, pero también del respeto a los mismos para cumplir con dicho objetivo.

Como se explica en diferentes capítulos de este volumen, en varios países se han expedido nuevas leyes de contratación pública con el fin de combatir la corrupción al incorporar a sus procedimientos los derechos humanos a la buena administración, a la transparencia y al acceso a la información pública, y enfrentar el cambio climático y respetar el derecho humano al medio ambiente, entre muchos otros.

Cabe destacar que México ha firmado diversos tratados internacionales en la referida materia, como la Convención Americana de Derechos Humanos; en el rubro de comercio, como el T-MEC, y sobre contratación pública con la Organización de las Naciones Unidas y con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

Es importante incorporar las directivas que contienen todos esos instrumentos internacionales a las leyes nacionales de contratación pública, de modo que dicho mecanismo sea útil y eficaz para la tutela de los derechos humanos, que día a día se les deben garantizar, respetar y proteger a las personas.

Las experiencias compartidas en este número por especialistas de Iberoamérica, originarios de España, Portugal, Italia, México, Chile, Brasil, Argentina y Colombia, sin duda significarán una conexión entre una actividad considerada formal, la contratación pública, y los derechos humanos.





Diferentes derechos humanos deben incorporarse al ciclo de la contratación pública, no sólo a las leyes específicas sino también a otros ordenamientos, para que aquélla cumpla sus fines. Entre esas garantías es posible mencionar los derechos humanos a la buena administración pública, a la profesionalización, a la transparencia, a la rendición de cuentas, a vivir en un ambiente libre de corrupción y a la tutela judicial efectiva.

Pero también deben garantizarse todos los demás derechos humanos que ampara el ordenamiento jurídico: a la salud, a la seguridad social, al medio ambiente sano y equilibrado, a la ciudad, a la cultura, etcétera.

Esperamos que este volumen les sea de gran utilidad, pues muestra una visión original de la contratación pública, desde las perspectivas de diferentes sistemas jurídicos, especialmente desde la óptica de los derechos humanos.

M. EN D. MYRNA ARACELI GARCÍA MORÓN

Presidenta de la Codhem





20

CONTRATACIÓN PÚBLICA

Miguel Alejandro López Olvera

Rodolfo Cancino Gómez

Coordinadores





El derecho humano a la salud y el desabasto de medicamentos

Rodolfo Cancino Gómez*

La problemática del desabasto de salud es producto de la mala planeación, de una normatividad confusa y de un modelo fallido de compras consolidadas. En su párrafo cuarto, el artículo 4º de la Constitución federal mexicana considera el derecho humano a la protección de la salud, en cuyo seno, durante la presente administración, se expidió la nueva Ley General de Salud. En sus transitorios se eliminó el seguro popular y se dio vida al Instituto Nacional de Salud y Bienestar (Insabi), aun cuando no se han emitido los reglamentos necesarios para fortalecer el sistema y asegurar el abastecimiento de medicamentos y material quirúrgico. De ahí la importancia y la urgencia de que se expida el Reglamento de la Secretaría de Salud para formalizar su rectoría en el

* Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

sector salud y definir sus funciones, sus atribuciones y sus responsabilidades en todo lo relacionado con la prestación de servicios médicos.

Otra prioridad es la publicación del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación gratuita de servicios de salud y medicamentos asociados para definir el mecanismo de acceso gratuito a la salud y a todos los medicamentos. En el artículo 4º de la Constitución, reformado *a posteriori* de la aprobación de la Ley General de Salud, se precisó que la extensión de la cobertura en salud sería gradual, sin que existieran las bases para el lanzamiento de este renovado sistema de salud que debió impulsar la elaboración de los inexistentes reglamentos. Además, existe un incumplimiento de 180 días de plazo para expedirlos a partir de las modificaciones a la Ley de Salud, así como la falta de los lineamientos de operación que debe elaborar el Consejo de Salubridad General.

En este sentido, el 26 de marzo de 2021 la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló los criterios que deben valorarse para su efectiva garantía, en los que subraya que toda autoridad responsable de prestar asistencia médica debe garantizar el derecho humano a la salud mediante la valorización de los criterios subjetivo, objetivo, temporal e institucional. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció las “Directrices interamericanas sobre los derechos humanos de las personas con Covid-19”, con la meta de poder contribuir al enfrentamiento de la pandemia y sus efectos en los derechos humanos en el continente americano, promover la recomendación 4/2020 para la protección efectiva de la salud y de las personas con Covid-19 y garantizar el derecho a la salud dada la escasez y el desabasto.



En una primer etapa, para atender el desabasto de medicamentos, la Secretaría de Salud y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lanzaron la licitación pública internacional abierta electrónica para la adquisición de medicamentos bajo 3090 claves, pero no se obtuvieron los resultados esperados.

En una segunda etapa, el 14 de febrero de 2019, el gobierno mexicano firmó un acuerdo marco con la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) que tiene por objeto el asesoramiento para la preparación de licitaciones de proyectos estratégicos, asistencia técnica en el diagnóstico de propuestas, así como el procedimiento de licitación para la adquisición de bienes. Posteriormente, el 31 de julio de 2020, se firmó el acuerdo derivado del acuerdo marco para la adquisición de insumos médicos a través del Insabi con una vigencia de cuatro años.

Esta estrategia se tradujo en la modificación de fondo de las tareas de adquisición que venía realizando el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para la adquisición de los insumos médicos y se vetó a las empresas mayoristas con el argumento de que este modelo favorecía a los oligopolios y la corrupción. De acuerdo con la información del propio Insabi, hasta ahora la UNOPS no pudo comprar 48% de las 3866 claves de medicinas que el gobierno esperaba adquirir por su conducto en 2021, o sea que desde diciembre la UNOPS ha caído en un incumplimiento de contrato.

A nivel nacional, el marco legal mexicano sufrió diversas modificaciones, ya que con el propósito de regularizar el suministro y controlar el desabasto se reformó la Ley de Adquisiciones, a la cual se adiciona un quinto párrafo a su artículo primero, mediante el cual la adquisición de bienes o la prestación de servicios para la salud que contraten las

dependencias y/o las entidades con organismos intergubernamentales internacionales, queda exceptuada del ámbito de aplicación de dicha la ley, con la condición de que se respeten los principios constitucionales.

En este contexto, el principio de transparencia no ha sido respetado, aun cuando se trata del pivote normativo de cualquier compra pública. No hay seguridad jurídica, ni obligación de transparentar las compras por parte de la UNOPS para conocer la hoja de ruta de las proveedurías. Esto, debido a que no se le puede exigir rendición de cuentas a la UNOPS, gracias a una modificación legal que la exentó del cumplimiento de la ley reglamentaria que obliga a las dependencias a acatarla. Dicho de otro modo, la UNOPS, por ser un organismo multinacional, no estará obligada a rendir cuentas a nadie.

En consecuencia, es importante promover la transparencia en todos los contratos adjudicados y por adjudicase para conocer montos, volúmenes, países de procedencia, valores, fechas de entrega y tipos de medicamentos que se van a adquirir con los respectivos registros sanitarios. Lo anterior, para que, ante la falta de idoneidad en la certificación, se finquen responsabilidades a los servidores públicos o a las agencias o autoridades sanitarias de los países en los que se calificaron y se apliquen las sanciones correspondientes.

En cuanto al desabasto, existen miles de ejemplos, pero el más reciente es la adquisición del propofol con edato, anestésico que se volvió básico para las personas intubadas por Covid-19, cuya compra de 1.3 millones de unidades quedó en el limbo, por lo que el IMSS salió a conseguirlo con un sobreprecio que le representó una merma de más de 200 millones de pesos.



Este nuevo esquema, que cabe muy bien en las compras internacionales abiertas, se confronta con el artículo 28 constitucional, específicamente en lo relativo a la aparición de prácticas anticompetitivas, porque el gobierno se convierte en un solo comprador, lo cual choca con el principio de libre concurrencia y auspicia prácticas monopólicas absolutas y relativas que propiciarán el alza de precios, la fragmentación del mercado, la escasez y el desabasto por arreglos entre pocos competidores. Además, bajo este nuevo esquema de adquisición de medicamentos, vacunas y material quirúrgico se pulveriza el derecho de participación de las empresas nacionales; por si fuera poco, no se hace valer el margen preferencial de 15% a favor de las empresas nacionales en relación directa con los proveedores extranjeros.

Dada la inoperancia de la UNOPS, el IMSS ha publicado en Compranet 1107 procedimientos de adquisición de medicamentos entre enero y abril de 2021, la mayoría adjudicaciones directas de delegaciones regionales y hospitales. El 10 de febrero pasado el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) adjudicó contratos por 202 millones de pesos a 11 empresas para decenas de claves, y en abril trascendió que buscaba comprar directamente a una empresa de la India 47 millones de piezas de 158 claves de fármacos.

En este escenario de adjudicaciones directas hasta el ejército le entró a la compra de medicinas. La Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena) publicó tres proyectos de convocatoria de licitación para comprar hasta 2.7 millones de piezas de 399 claves de medicamentos; hasta 1.8 millones de piezas de 291 claves de medicamentos de alta especialidad, y hasta 255000 unidades de 64 fármacos para pacientes

de Covid-19. Por si fuera poco, el Insabi adjudicó directamente 16 contratos hasta por 5211 millones de pesos a empresas como Silanes, Pfizer, Glaxosmithkline, CSL Behring y la paraestatal Birmex, para vacunas de influenza, rotavirus, antirrábica y tétanos, entre otras, así como antídotos contra veneno de arácnidos, alacranes y serpientes.

En este nuevo modelo de compras de productos del sector salud el derecho aplicable cambia porque se extrae de las leyes competentes que le dieron origen, o sea, el derecho de la contratación pública, y se trasladan a la esfera del derecho del comercio exterior por tratarse de importaciones provenientes de países no miembros de tratados de libre comercio, lo cual no implica que pudieran producirse afectaciones a los compromisos pactados en los distintos tratados de libre comercio, como el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), entre otros acuerdos que contienen capítulos de contratación pública, donde se encuentre incluido este tipo de productos del sector salud.

Ahora estamos ante un modelo híbrido de compras públicas sobre medicamentos, en el que existe la UNOPS, que conducirá la administración y la adjudicación de los contratos por encargo del gobierno mexicano para regentear mejores precios y, presuntamente, imprimir mayor transparencia y competencia abierta, aunque eso implica administrar los recursos presupuestados para pagar a los proveedores que según sus criterios cumplen con los requisitos, las certificaciones y los protocolos sanitarios, aunque su procedencia sean países asiáticos donde la laxitud sanitaria es común.

Aún no resulta claro el papel que juega Birmex en la cadena de suministro, donde el Insabi debe realizar las importaciones de conformidad con el artículo 61 de la Ley



Aduanera y cumplir con las demás obligaciones en materia de regulaciones y restricciones no arancelarias, esto es, en materia sanitaria, ecológica y ambiental.

Este es el cuello de botella que impide la adecuada distribución, transporte y logística de los medicamentos hasta su destino final. En algunas compras de la UNOPS se han dejado fuera muchas claves de productos que tendrán que adquirirse por otros medios, quizás también muy probablemente a sobrecosto, sin contar la indexación de los gastos logísticos y de almacenamiento que según la Organización Panamericana de la Salud constituye un valor agregado promedio de 15 a 25% al costo del medicamento. Este es un tema esencial para combatir el desabasto, porque puede darse el caso de que se tengan los medicamentos o el material de curación en la aduanas, pero no pueden desaduanizarse por falta de cumplimiento sobre las restricciones y las regulaciones no arancelarias y porque no se haya subrogado la distribución a empresas transportadoras la logística para culminar satisfactoriamente la cadena de suministro.

Según la legislación nacional, este convenio tiene la naturaleza de un acuerdo interinstitucional, es decir, de un convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia y un órgano gubernamental extranjero o una organización internacional, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado. Por lo tanto, si la UNOPS es un órgano subsidiario de la Organización de las Naciones Unidas, es una organización internacional con facultades para celebrar convenios, acuerdos, convenciones y tratados con gobiernos extranjeros, los cuales quedan bajo la regulación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados, por lo que tiene mayor jerarquía normativa sobre la legislación nacional en la materia.

Según Karl Loewenstein hay una *desvalorización del derecho*, entendido éste como un episodio signado por dos acontecimientos: el primero es la “falta de observancia *consciente* de la Constitución” por parte de los detentadores del poder público, y el segundo es una “aconstitucionalidad”, que se traduce en un demérito de los principios constitucionales, cuya acción no es deliberada sino simplemente implica creer que se hace lo correcto para satisfacer el interés general, sin aceptar que se está desvirtuando la Constitución.





Compliance en el derecho español de la contratación pública

José Enrique Candela Talavero*

Para dar una respuesta al adecuado cumplimiento de la legalidad en la contratación pública podemos referirnos, de manera inicial, a la obligatoriedad de un comportamiento íntegro por parte de todos los sujetos en todo procedimiento administrativo contractual.

Así se hace presente la integridad como valor o virtud relacionado con lo que no ha sido dañado, con algo o con alguien que está o es íntegro. A partir de la presencia de esta virtud en un determinado comportamiento se vuelven realidad los principios que guían esta decisión. De ese modo se sabe que alguien se comporta de manera íntegra si actúa en coherencia con ciertos valores y principios.

Trasladado al campo de la política pública, una decisión administrativa será íntegra cuando el representante políti-

* Doctor en derecho de la Universidad de Granada.

co y cuando el servidor público, funcionario o laboral, se sujeten a mecanismos según un comportamiento honesto acotado por instrumentos que los provocan y los incentivan.

De esta manera, la administración pública debe valerse de estos instrumentos y estos medios con los cuales debe buscar un servicio público según valores de legalidad y evitar o, al menos, prevenir la lacra de la corrupción, orientándose hacia principios democráticos en un Estado de derecho.

Para la integridad en el comportamiento público es necesario respetar principios esenciales de la buena administración, según una decisión que vele por los intereses generales de cualquier actuación pública, con muestras como garantizar el respeto y la promoción de los derechos humanos, satisfacer la eficacia en la gestión de bienes y servicios públicos, propiciar la actuación individual del servidor según criterios de responsabilidad profesional y respeto al ciudadano, así como hacer realidad la transparencia y la rendición de cuentas.

Esta realidad limpia y ajena a la corrupción provocará que se conforme una sociedad más respetuosa de la legalidad y que sea cada vez mayor el rechazo y la indignación social a cualquier práctica corrupta, con lo que se reforzará el Estado de derecho o el imperio de la ley.

Algunas medidas para este deseado logro son la voluntad de prevención y lucha contra cualquier manifestación corrupta; la competencia y la profesionalización de los servidores públicos; la objetividad en la toma de decisiones públicas; el asiento de la buena gobernanza; la fiscalización contable; la independencia radical del Poder Judicial; unos medios de comunicación libres en su función de proporcionar información veraz y de denuncia, y, en fin, una ciuda-



danía ilustrada y crítica, concedora de sus derechos y del respeto a la legalidad.

En un Estado de derecho los ciudadanos tenemos que exigir la erradicación de cualquier forma de manipulación para legitimar el sistema democrático e implantar la buena gobernanza, pues sin ética de quienes ejercen el poder político no es posible lograr una eficaz y eficiente administración pública. De ese modo se logra la preciada confianza legítima en las instituciones y en su correlato: la integridad de los políticos y los funcionarios públicos como un ingrediente decisivo de la paz social.

Por lo tanto, la integridad en el comportamiento de la administración pública nos lleva a conocer los efectos perniciosos de la corrupción: desde la ineficiencia de la gestión del dinero público hasta la pérdida de confianza en las instituciones, lo cual constituye el camino hacia la desafección de la ciudadanía, consecuencia del descontento social con diversas muestras de salud democrática y efectivos cauces de participación ciudadana; participación en la toma de decisiones públicas, como complemento de la democracia, y adecuación al principio básico de cualquier Estado democrático.

Éstas son realidades propiciadas por la integridad que han llevado a la Unión Europea a tomar medidas legales e instar a adaptarla en los Estados miembros para combatir la corrupción.

Integridad, pues, que es esencial para que la administración pública, amén de estar habilitada por potestades para satisfacer los intereses generales, conecte la objetividad de la autonomía como poder político a la limitación de la ley y el derecho. Ésta es la realidad para erradicar la plaga de la

corrupción y materializar el sometimiento de las decisiones políticas a los fines que la justifican.

Se trata de implantar la ejemplaridad pública en un sistema que opte por la regeneración democrática, siendo el sector de la contratación pública especialmente sensible a este fenómeno. Si la administración pública tiene que dar satisfacción a los intereses generales, la contratación pública es un sector con una repercusión en los ámbitos económico —por el elevado volumen de recursos que moviliza—, social y político, que la hacen muy sensible a la necesidad de integridad y ética pública, pues la adecuada racionalización de fondos públicos garantiza la sostenibilidad del sistema, la transparencia y la competencia.

En lo que respecta a la integridad y al *compliance* en la administración pública, permiten consolidar los principios estratégicos de la contratación pública.

En España, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) del 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, en su artículo 1º consagra la integridad, junto con otros principios, como eficiencia, transparencia, igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad, para acondicionar la prevención de la aparición de conflictos de intereses, para luchar contra los casos de corrupción y, en definitiva, para orientarse a la buena administración.

Si, como sabemos, la contratación pública es una actividad con elevado riesgo de corrupción y fraude, que provoca un sobrecoste por la falta de competencia y un inasumible sobrecoste para la sociedad, es necesario implantar instru-



mentos que conduzcan a la integridad y que refuercen el derecho al buen gobierno por convertirse en parte del derecho a una buena administración (artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Desde esta atalaya debe implantarse el *compliance* en la contratación pública.

Para este fin, son nuevas las consecuencias y más restrictivos los requisitos de las prohibiciones de contratar; son más los supuestos, y se regula de manera más contundente el procedimiento y los efectos de su declaración. Ahora bien, también se habilita para que los licitadores afectados e incursos en prohibición de contratar queden exonerados por la administración en caso de adoptar “medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas” en el seno de la empresa.

No es ajena a la administración electrónica la regulación de la contratación pública. Así que si, amén del servicio al interés general, ya está presente la integridad pública, la administración pública debe tomar decisiones y ejecutar políticas públicas en el campo contractual según la llamada “I-Administración”.

Para la contratación pública electrónica, la implantación de programas de *compliance* instituye un nuevo modelo. Normativamente se perfila en la directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE, para que la regulación en España prevea alicientes para el operador económico que implante programas de *compliance* y se preste a colaborar con la administración.

Estar impedido por prohibiciones de contratar, lo que imposibilita establecer arreglos comerciales con la administración pública (artículos 71 a 73 de la LCSP), supone para el operador económico, en caso de adoptar programas de *compliance*, poder demostrar que los implanta, gestiona y ejecuta, y permitir su participación en la licitación. Son programas para alertar de posibles riesgos y prevenir medidas de control, información y de denuncia, con los cuales ofrecer una búsqueda real de un comportamiento ético y legal.

Consolidado en el sector privado, el *compliance* debe buscar su implantación en el sector público, pues la gestión de intereses generales está fuertemente afectada por riesgos.

Si se hace de ese modo se lograría una integridad institucional conectada a los principios de eficacia y eficiencia, pues la existencia de un programa de *compliance* en la administración pública aumentaría la eficacia de cualquier medida de lucha contra la corrupción y garantizaría la calidad de los servicios y la racionalización del uso de los fondos públicos.

Y es que desde su exposición de motivos la LCSP fija como principio la integridad como básico y transversal en la gestión de la actividad contractual, materializado en el mandato a los órganos de contratación de prevenir los conflictos de intereses y luchar contra la corrupción, eliminando la distorsión de la competencia, así como garantizando la transparencia y la igualdad de trato en cualquier procedimiento.

Además, con esta técnica se hacen realidad concreta principios para la mejora de la integridad en la contratación pública, la prevención de la corrupción y la defensa del interés general para una mejor gestión de riesgos (contrato menor y fraccionamiento del objeto, subcontratación, pro-



hibiciones, incompatibilidades o conflicto de intereses) en todas las fases del procedimiento del contrato: preparación, licitación, adjudicación y ejecución.

Un comportamiento ético e íntegro con el que se garantizan principios generales como la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia y la libre competencia, a los que hay que sumar, por la dimensión económica de la contratación pública, el adecuado manejo y fin de los fondos públicos; una política económica según criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; una asignación y un empleo conforme a criterios de objetividad; la ineludible actuación independiente de los órganos de contabilidad, intervención y auditoría, y su consiguiente sometimiento a un régimen de responsabilidad administrativa o penal.

Un factor capital en cualquier actuación pública responsable en el sector de la contratación, que da cumplimiento a la integridad en el sector, es la necesaria planificación de la actividad contractual por parte de los poderes públicos.

En España se delimita en el artículo 28 de la LCSP, cuando prevé la necesidad y la idoneidad del contrato y la eficiencia de la contratación. Se trata de un comportamiento administrativo englobado en la nueva gobernanza de la contratación pública que plantea la directiva 2014/24/UE y los principios que inspiran su gestión: eficacia, eficiencia e integridad, para fomentar un tipo de contratación pública transparente que sirva para la reactivación social y económica. Es un nuevo modelo que delimita la actuación pública y la legítima, pues las administraciones públicas sólo celebrarán los contratos que sean necesarios para cumplir con sus fines institucionales.

En conclusión, para la integridad y el comportamiento éticos en la contratación pública son convenientes medidas propuestas por importantes sectores doctrinales para la prevención de la corrupción, como que la innovación sea un aspecto de una contratación pública estratégica; un nuevo modelo de contratación pública con el que se fomente la innovación empresarial; que sea causa de nulidad celebrar contratos innecesarios para el cumplimiento de los fines institucionales; extender el ámbito objetivo y subjetivo del recurso especial en materia de contratación pública (ampliar el objeto a la subcontratación y a la resolución del contrato o la concesión; eliminar la posibilidad de crear tribunales de recursos por parte de las entidades locales; ampliar la legitimación para impugnar, y reforzar la independencia y la profesionalización de los miembros del tribunal de contratos); claridad en la previsión de la división del contrato en lotes, y objetividad en la adjudicación de los contratos en atención a los criterios de adjudicación: valoración técnica y método de ponderación, es decir “qué” se valora y “cómo” se valoran las ofertas.

En fin, estas son medidas y propuestas para reforzar el cumplimiento del principio de igualdad de trato y mejor gestión de los fondos públicos en un marco de comportamiento íntegro y responsable con la ley.



Contratação pública e direitos fundamentais

Raquel Carvalho*

1. A contratação pública tem um peso muito significativo na economia da União Europeia, afetando, por conseguinte e de forma muito clara, várias dimensões de direitos dos cidadãos, em particular direitos a prestações públicas. Por outro lado, a própria disciplina jurídica dos procedimentos de contratação pública tem vindo a incorporar soluções jurídicas para a defesa dos Direitos Fundamentais.

Os direitos a prestações públicas, no contexto amplo dos Direitos Fundamentais (DF) e em Portugal, constituem a concretização dos designados Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC), no plano material e legal. Incluem-se na designação de DF, os Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) que têm determinidade constitucional e podem ser invocados diretamente pelos cidadãos; os DESC, porque dependem do possível, implicam a intervenção concretizadora do Le-

* Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa.

gislador. Referem-se aos Direitos relacionados com a saúde, a educação, o desporto, ambiente e, por conseguinte, ligados às necessidades de infraestruturas que permitam a concretização desses direitos. Tais infraestruturas são obtidas, dado o custo financeiro envolvido, através de procedimentos de contratação pública. Por outro lado, há dimensões de funcionamento dessas estruturas que também implicam prestações que o Estado ou outras entidades públicas preferem delegar em outras entidades, escolhendo-as então através de procedimentos de contratação pública. Por fim, convém igualmente sublinhar que a execução dos contratos assim celebrados implica e pressupõe, agora, o respeito por Direitos Fundamentais associados também a Direitos, Liberdades e Garantias como sejam os direitos laborais, a proteção da infância, a livre iniciativa económica, entre muitos outros.

Ainda que o instrumento da contratação pública tenha vindo a ganhar cada vez mais funções, designadamente através das designadas políticas horizontais (ambiente, responsabilidade social e inovação) e todas elas se relacionem com os Direitos Humanos/Fundamentais, optamos por explorar brevemente a dimensão social. Existe uma ligação relevante entre “contratação pública, direitos humanos e desenvolvimento sustentável”.

2. Os Estados Membros da União Europeia estão vinculados a vários diplomas internacionais, da UE e internos, no que concerne ao respeito pelos Direitos Fundamentais. Brevemente e como exemplo, Portugal está vinculado à Declaração Universal dos Direitos Humanos; à Carta das Nações Unidas; ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; ao Tratado de Funcionamento da



União Europeia; à Carta dos Direitos Fundamentais da UE (além do que decorre do TFUE); à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e em particular a Carta Social Europeia; para além da já mencionada vinculação à Constituição da República Portuguesa.

3. A União Europeia tem vindo a traçar, cada vez mais de forma impressiva, um caminho de transversalidade no que respeita à contratação pública com a inclusão das políticas horizontais, sustentando tal inclusão no seu contributo para *i)* o desenvolvimento sustentável e *ii)* a prossecução dos Objetivos de Desenvolvimento das Nações Unidas. A este esforço não tem sido alheio o Tribunal de Justiça com a sua jurisprudência neste domínio. A União Europeia tem, assim, estabelecido e reforçado a conexão entre o objetivo da sustentabilidade previsto no TFUE e os Direitos Humanos, com os Objetivos das Nações Unidas.

A sustentabilidade social na e com a contratação pública é uma dimensão das políticas horizontais que tem levantado mais desafios à sua implementação. Os desafios decorrem, entre outras razões, das assimetrias económicas e de desenvolvimento entre os Estados Membros.

4. O conceito de contratos públicos socialmente responsáveis, na perspetiva europeia, passa por *i)* promover oportunidades de emprego equitativas e a inclusão social; *ii)* criar oportunidades na economia social e para as empresas sociais; *iii)* promover o trabalho digno; *iv)* assegurar o cumprimento dos direitos sociais e laborais; *v)* garantir acessibilidade e conceção de edifícios para todos; *vi)* respeitar os direitos humanos e dar resposta às questões do comércio ético; *vii)*

prestar serviços sociais, educativos, culturais e de saúde de elevada qualidade. Além das Diretivas (seus considerandos e artigos), há outros documentos europeus, muitos de *soft law*, que têm vindo a densificar e estruturar estes desígnios. É o caso da Comunicação da Comissão “Compra Social. Guia para ter em conta os aspetos sociais nos concursos públicos, Bruxelas, 26.5.2021 C(2021) 3573 final”.

Coube, contudo, às diretivas de 2014 sobre os procedimentos de contratação pública o impulso mais assertivo, porque dotado da força de norma jurídica. Em primeiro lugar, a afirmação principiológica contida no artigo 18 (2): os EM devem garantir o cumprimento, a execução dos contratos públicos, das suas obrigações, designadamente no contexto social e laboral (Anexo x. Lista das convenções internacionais nos domínios social e ambiental): liberdade sindical, trabalho forçado e sua abolição, idade mínima para admissão a emprego, discriminação no acesso a emprego e profissão, igualdade remuneratória, eliminação de trabalho infantil [Pode ser útil tem em mente o que se descreve no considerando 37: tendo em vista a integração adequada dos requisitos ambientais, sociais e laborais nos procedimentos de contratação pública, é particularmente importante que os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes tomem as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações em matéria de direito ambiental, social e laboral aplicáveis no local onde as obras são executadas ou os serviços prestados, obrigações essas que decorrem de leis, regulamentos, decretos e decisões tanto a nível nacional como da União, bem como de convenções coletivas, desde que tais regras e a aplicação das mesmas sejam conformes com o direito da União. De igual modo, as obrigações decorrentes



de acordos internacionais ratificados por todos os Estados-Membros, constantes do Anexo X, deverão ser aplicáveis durante a execução dos contratos. Todavia, tal não deverá de forma alguma obstar à aplicação de condições de trabalho que sejam mais favoráveis para os trabalhadores].

No próprio procedimento de contratação pública, pode proteger-se (ou desproteger-se/afetar ou violar) direitos dos cidadãos em diversos momentos. As dimensões ambientais e económicas recebem mais atenção e em mais fases procedimentais, fruto do desenvolvimento jurídico e técnico. “Enquanto adquirente público, pode ter em consideração objetivos sociais em todo o processo de contratação pública, desde que não sejam discriminatórios e estejam ligados ao objeto do contrato”, comunicação de maio de 2021 [C(2021) 3573 final]. Apesar de ser possível salvaguardar direitos de cariz social na fase de formação do contrato público [ainda que seja certa a limitada previsão do artigo 68º da Diretiva (e vertida no artigo 75º do ccp português) quanto ao critério de adjudicação; mais visível na previsão da exclusão de candidatos/propostas], a sustentabilidade social encontrará mais dedicada atenção na fase de execução desses contratos. É evidente que encontramos exemplos da dimensão social imperativa na formação dos contratos nas normas do DUE e internas relativas, por exemplo, aos impedimentos. Veja-se, a este propósito, o artigo 57º da diretiva 2014/24: “1) As autoridades adjudicantes devem excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação se tiverem determinado [...] f) Trabalho infantil e outras formas de tráfico de seres humanos, tal como definidos no artigo 2º da diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho”; 2) “um operador económico fica

excluído da participação num procedimento de contratação se a autoridade adjudicante tiver conhecimento de que não cumpriu as suas obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social”. Em Portugal, todas as causas de exclusão foram consagradas como obrigatórias (artigo 55º): “Não podem ser candidatos, concorrentes ou integrar qualquer agrupamento, as entidades que [...] *d*) Não tenham a sua situação regularizada relativamente a contribuições para a segurança social [...] *f*) Tenham sido objeto de aplicação de sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de contratação pública previstos em legislação especial, nomeadamente nos regimes contraordenacionais em matéria laboral, de concorrência e igualdade e não discriminação [...] *g*) Tenham sido objecto de aplicação da sanção acessória prevista na alínea *b* do n.º 2 do artigo 562º do Código de Trabalho; *h*) Tenham sido objecto de aplicação, há menos de dois anos, de sanção administrativa ou judicial pela utilização ao seu serviço de mão-de-obra legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social, não declarada nos termos das normas que imponham essa obrigação”.

Mas, voluntariamente, como podem as entidades adjudicantes contribuir ativamente para a promoção destas políticas?

- i*) Na fase pré-contratual, as entidades adjudicantes podem usar as especificações técnicas para exigir o cumprimento de alguma *IL*O ou construir o critério de adjudicação, utilizando fatores associados a essa dimensão, para o concretizarem. Devem, no entanto, ter presente a jurisprudência do TJ que exige a ligação ao objeto do contra-

to de tais fatores. Contudo, como já acima se referiu, há dificuldades em plenamente dar tradução à sustentabilidade social: “As seguintes questões fundamentais foram mencionadas pelos Estados-Membros relativamente à aplicação de critérios sociais na contratação: a ausência de orientações claras sobre a aplicação correta, dificuldades no cálculo dos efeitos sociais e dos custos do ciclo de vida, dificuldades na ligação dos aspetos sociais ao objeto de um contrato, ausência de uma definição de CPSR geralmente aceite [COM (2021) 245 final].

- ii) A sustentabilidade social na execução dos contratos é, por agora, a face mais visível desta política. Existem alguns mecanismos previstos nas Diretivas: os contratos de serviços sociais e o seu regime específico; a previsão de a contratação poder ser um instrumento de promoção de políticas de emprego; de jovens ou de desempregados de longa duração; de políticas de integração de minorias ou de pessoas com incapacidades; de política salarial; de políticas de igualdade de género no acesso ao emprego; de políticas de proteção social.

Portugal transpôs internamente normas sobre muitos instrumentos valiosos para a sustentabilidade social:

- i) O n.º 6 do artigo 42º do CCP: “6. Os aspetos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer: a) A aplicação de medidas de promoção da igualdade de género e da igualdade salarial no trabalho; b) O aumento da participação

das mulheres no mercado de trabalho; *c)* A conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal de todos os trabalhadores afetos à execução do contrato; *d)* A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho; *e)* A valorização da economia local e regional [...] A contribuição para a promoção da inovação ou de emprego científico ou qualificado; *j)* A promoção de atividades culturais e a dinamização de património cultural; *k)* A valorização da contratação coletiva; *l)* O combate ao trabalho precário.

- ii)* Os contratos reservados, artigo 54º A: “1. As entidades adjudicantes podem reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às: *a)* Entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que pelo menos 30% dos respetivos trabalhadores tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei ou sejam desfavorecidos, independentemente do objeto e do valor do contrato a celebrar”.
- iii)* Os contratos reservados para determinados serviços, artigo 250º D: “As entidades adjudicantes podem lançar procedimentos de formação de contratos reservados quando estejam em causa os serviços de saúde, serviços sociais, serviços de ensino e serviços culturais que se encontrem incluídos no anexo x ao presente Código, do qual faz parte integrante”. Podem ser candidatos ou concorrentes aos procedimentos referidos no número anterior quaisquer organizações que preencham, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: *a)* Terem por objeto a prossecução de uma missão de serviço público ligada à prestação dos serviços a que se refere o número anterior;

b) Reinvestirem os seus lucros com vista à consecução do objetivo da organização ou, caso sejam distribuídos ou redistribuídos, fazê-lo com base em considerações de natureza participativa; c) Contarem com a participação dos trabalhadores no capital social da organização que executa o contrato ou basearem a sua estrutura de gestão em princípios participativos que requerem o envolvimento ativo dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas; d) Não terem celebrado nos últimos três anos, com a mesma entidade adjudicante, qualquer contrato abrangido pelo presente artigo”.

Existem, contudo, algumas questões associadas, por exemplo, ao rótulo social e a necessidade de regulamentação europeia; à implementação do conceito de “comércio justo” ou “compra ética” (no domínio social); à importância da sensibilização do mercado e dos operadores económicos e à importância das políticas de responsabilidade social das empresas que estão no mercado da contratação pública.

A sustentabilidade social na execução dos contratos públicos implica a observância das respetivas normas das diretivas relativas aos contratos públicos de 2014, dos princípios consagrados no TFUE e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, bem como os acordos internacionais, entre os quais o Acordo sobre Contratos Públicos (ACP) da OMC e os acordos bilaterais de comércio livre que incluam capítulos sobre contratos públicos e ainda a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CNUDPD).

5. Contudo, estas várias dimensões de sustentabilidade social colocam várias interrogações: *i) serão todas as políticas sujeitas ao mesmo regime?; ii) como se conciliam com*

o princípio da concorrência e de não discriminação entre os EM?; *iii*) como se conciliam com a obrigação de cumprimento de normas imperativas oriundas da EU e de conteúdo incompatível?; *iv*) como se ultrapassa a desigualdade dos EM em termos de desenvolvimento económico, que influencia as políticas laborais.

| Objeto | Regras aplicáveis | Exemplo de abordagem CPR |
|---|--|---|
| <p>Fornecimento de uniformes hospitalares (valor estimado de 300 000 EUR).</p> | <p>Diretiva 2014/24/UE (plenamente abrangido).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Critérios de exclusão e de seleção para assegurar práticas laborais éticas ao longo da cadeia de abastecimento. • Os critérios de adjudicação incluem uma referência a rótulos de terceiros que certificam uma produção ética. • As cláusulas contratuais reforçam os compromissos e permitem um acompanhamento da cadeia de abastecimento. • As especificações técnicas exigem a acessibilidade e a inclusividade das pessoas com deficiência. |
| <p>Serviços de acolhimento destinados a jovens vulneráveis (valor estimado de 1 milhão de EUR).</p> | <p>Diretiva 2014/24/UE (regime simplificado).</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Consulta preliminar do mercado para decidir sobre a forma mais eficaz de prestar o serviço. • Consulta de utentes e peritos para identificar as necessidades dos utentes, incluindo em termos de acessibilidade. • O contrato pode ser reservado para organizações com uma missão de serviço público (contratos reservados para serviços sociais). • Os critérios de adjudicação incidem na qualidade e na inclusão social (por exemplo, dando prioridade a características inclusivas para pessoas com deficiência e elementos de acessibilidade). • As cláusulas contratuais podem vincular os pagamentos aos resultados, por exemplo, resultados positivos definidos para a juventude. |



6. O quadro seguinte ilustra algumas tentativas de aplicação das normas e dos objetivos de sustentabilidade social (in “Compra social. Guia para ter em conta os aspetos sociais nos concursos públicos”).

7. A proteção dos DF através da contratação pública pode assim resultar do próprio procedimento com a verificação dos requisitos imperativos (e esta dimensão é mais simples de verificar e implementar), ou através da execução do contrato: não só quanto aos resultados da própria execução (e portanto da consecução dos objetivos da própria contratação pública), mas também na execução propriamente dita. A verificação destes dois aspetos carece de monitorização, revelando-se ainda incipiente.





La contratación pública sostenible como herramienta para promover estrategias empresariales ecológicas, sociales y económicas. El camino a seguir para la UE

Michele Cozzio*

EL MARCO SOBRE LA SOSTENIBILIDAD Y SU TRAYECTORIA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El tema de la sostenibilidad, su afirmación a nivel global y las repercusiones en todos los sectores de la vida económica y social, son resultado de un recorrido arraigado en los estudios de las ciencias ambientales que aparecieron en la segunda mitad del siglo xx, convertidos en principios y objetivos compartidos a nivel internacional, finalmente declinados con diferentes grados o niveles en políticas y solu-

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento.

ciones de *hard* y *soft law* en todas las regiones del mundo. La producción legislativa más reciente en los sistemas líderes de sostenibilidad (UE, Canadá, Estados Unidos, etcétera) también está inspirada y debe interpretarse a la luz de los objetivos, los modelos y las normas establecidos en el orden internacional.

Si observamos a lo largo del tiempo el camino hacia la sostenibilidad podemos señalar en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 el momento en que por primera vez la comunidad internacional toma conciencia de los vínculos que existen entre el desarrollo económico y la limitación de los recursos naturales, compartiendo la perspectiva de un crecimiento que debe reorientarse respetando el medio ambiente.

Otro punto de inflexión importante fue la publicación en 1987 del Informe *Nuestro futuro común* de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocido como *Informe Brundtland*, que por primera vez ofrece una definición internacionalmente aceptada de *desarrollo sostenible*, proponiéndolo como un principio rector para la política económica de los próximos años. El desarrollo sostenible se describe como un proceso basado en el equilibrio entre varios pilares: económico, social y medioambiental, a los que se suma el de la gobernanza. Desde el *Informe Brundtland* esta representación multidimensional de la sostenibilidad es un elemento constante en el debate internacional. El Plan de Acción Global para la Sostenibilidad de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas confirma el planteamiento del *Informe Brundtland*.

En más de 50 años, el concepto de sostenibilidad se ha desarrollado, lo que ha llevado al reconocimiento de una



responsabilidad intra e intergeneracional en el uso de los recursos y en el respeto de los derechos humanos. Esta evolución se refleja en *i)* los convenios internacionales, las constituciones de muchos Estados y los estatutos de organizaciones supranacionales; *ii)* las formas jurídicas y organizativas de las empresas; *iii)* la visión y la misión de muchísimas organizaciones y movimientos de la sociedad civil, desde el Fridays for Future vinculado a la figura de Greta Thunberg hasta Transparencia Internacional o a los más antiguos Greenpeace y Club de Roma.

Por otra parte, en cuanto al tema, los cambios que se están produciendo son numerosos, debidos a factores jurídicos, económicos y culturales.

De la perspectiva jurídica, por ejemplo, surge el activismo de tribunales y autoridades para garantizar la eficacia de los objetivos en materia de sostenibilidad definidos en los acuerdos internacionales. Lo vemos en los casos judiciales cada vez más numerosos donde los jueces, sustituyendo la inercia del Estado, obligan a los órganos de gobierno a perseguir los objetivos suscritos. En este sentido, no se puede decir que falte “coraje judicial e integridad” de la decisión de los jueces franceses¹ que, respondiendo a las peticiones de cuatro organizaciones ecologistas, ordenaron al Estado que adoptase las medidas necesarias para alcanzar los objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, para los cuales Francia se comprometió al suscribir el Acuerdo de París de 2015. Esa y otras decisiones llevan a considerar con renovada atención el contenido de estos

¹ *Notre Affaire à Tous and Others v. France*, No. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, Paris Administrative Court, 3 de febrero de 2021.

acuerdos, a menudo caracterizados por terminología y compromisos no suficientemente estrictos desde el punto de vista jurídico, dada la necesidad de alcanzar un consenso en las negociaciones.

Los Estados pueden desempeñar un papel decisivo en la consecución de los objetivos de sostenibilidad, incluso mediante la contratación pública. Cuando las autoridades negocian la adquisición de bienes y servicios pueden aplicar criterios económicos o dar preferencia a otros fines no económicos. De este modo, pueden orientar el comportamiento de las empresas, incentivando o desincentivando determinadas características y modalidades de producción de bienes.

Desde la década de 1990 es frecuente el recurso de expresiones como *contratación estratégica*, *uso estratégico de la contratación pública*, *contratación pública ecológica* y *contratación pública socialmente responsable*, para indicar que con estos contratos se persigue no sólo el uso eficiente de los recursos públicos sino también objetivos no estrictamente económicos: las llamadas *secondary considerations* u *horizontal policies*.

Las iniciativas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fueron las primeras en poner de manifiesto la relación entre sostenibilidad y contratación pública. Posteriormente, en el Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, adoptado en Johannesburgo en 2002, por primera vez se comparte el principio de la integración de la sostenibilidad (económica, social y medioambiental) en la contratación pública. A las autoridades de todo el mundo se les piden soluciones sostenibles en las decisiones sobre infraestructura y contratación pública. Además, se destaca la contribución de la Organización Mundial del Comercio en el marco de



la cual, en 1994, se concluye el principal acuerdo comercial internacional en materia de contratación pública (Government Procurement Agreement [GPA]). El texto del GPA, actualizado en 2012, hace referencia al uso de criterios no sólo económicos sino también técnicos, sociales y medioambientales en la adjudicación de contratos. Por consiguiente, las autoridades pueden perseguir objetivos de sostenibilidad exigiendo marcas, etiquetas ecológicas y normas internacionales, siempre que no sean discriminatorias, objetivas y verificables. Por último, el tema está presente en los Objetivos de la Agenda 2030 con referencias *directas* e *indirectas* a la sostenibilidad de la contratación pública.

Por lo tanto, desde finales del siglo xx la sostenibilidad ha pasado a formar parte de las políticas y las normas del mercado de contratación pública. En pocas décadas los caminos de la sostenibilidad y la contratación pública se han entrelazado fuertemente. En la actualidad la elección de orientar el mercado de contratación hacia la sostenibilidad es una tendencia general que une (aunque con diferentes soluciones) de Oriente a Occidente a países con contextos socioeconómicos, culturales y tradiciones jurídicas también muy diferentes.

EL CAMINO HACIA LA SOSTENIBILIDAD EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UE

La UE ha contribuido activamente a la definición de los objetivos de la Agenda 2030 y los ha incorporado a sus políticas y a sus estrategias de desarrollo, tanto a mediano como a largo plazos. Además, la sostenibilidad es uno de los pilares

de la programación 2019-2024 de la Comisión Europea, cuyas iniciativas (en materia de cambio climático, producción de energías renovables, transición hacia una economía de cero emisiones) se recogen en el Pacto Verde Europeo.

La adhesión de la UE a la Agenda 2030 y a las cuestiones de sostenibilidad no es resultado de decisiones políticas recientes, sino la continuación y el refuerzo de un camino iniciado ya en la década de 1990.

En cuanto a la contratación pública, el avance hacia la sostenibilidad se manifiesta en la ola del GPA celebrado en 1994 en la Organización Mundial del Comercio y en las novedades del Tratado de Ámsterdam de 1997. Durante el mismo periodo la Comisión Europea presenta una serie de documentos en los que, por primera vez, se subraya la eficacia de las normas europeas de contratación pública en la consecución de objetivos sociales y medioambientales. De ahí la invitación a los Estados —renovada por la comisión en 2001 y recientemente en 2022— a utilizar este mercado y las normas europeas para orientar el comportamiento de las administraciones y las empresas hacia la sostenibilidad.

El elemento innovador que podemos captar en las indicaciones de la comisión es el hecho de que el uso de cláusulas sociales y medioambientales implica la atenuación del principio de economicidad, tradicionalmente un criterio predominante e indiscutible (*almost a purity principle*) en las normas de adjudicación de contratos. En efecto, la legislación europea en materia de contratación pública, de primera generación de la década de 1970, no hacía referencia alguna a la protección de los trabajadores o del medio ambiente, sino que se ocupaba únicamente de garantizar —mediante la apertura de los mercados, la movilidad de las empresas y

la competitividad— la utilización más rentable de los recursos públicos.

En los mismos años, una serie de importantes sentencias del Tribunal de Justicia contribuye decisivamente al cambio. En el caso *Concordia Bus Finland* de 2002 los jueces europeos se pronuncian por primera vez sobre la admisibilidad de criterios medioambientales para la evaluación de las ofertas en la adjudicación de un contrato. A partir de entonces las administraciones de todos los Estados miembros pueden utilizar criterios no estrictamente económicos, como los medioambientales, para evaluar las ofertas (mientras estén vinculadas al objeto del contrato). En el caso *Wienstrom* de 2003 el tribunal confirmó que las entidades adjudicadoras pueden elegir discrecionalmente los criterios de evaluación de las ofertas y determinar su importancia, siempre que eso no suponga una violación injustificada de los principios de igualdad de trato de las empresas y de transparencia del procedimiento.

Esta y otras sentencias del Tribunal de Justicia de la UE son decisivas para la sostenibilidad del sistema europeo de contratación pública. No sólo es relevante el contenido de las sentencias, sino también sus efectos. En efecto, cuando el tribunal, al resolver un litigio, formula una norma, impone *erga omnes* esa única interpretación de la norma, que se sustrae a la discrecionalidad de legisladores, jueces y administraciones de los Estados miembros.

El giro que ha dado la comisión y el Tribunal de Justicia se confirma tanto en el marco establecido por las directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE como en la posterior reforma del alcance de las directivas de 2014. El legislador hace referencia explícita al uso estratégico de los contratos para la realización de objetivos medioambientales (*Green Public Procurement*).

rement [GPP]), sociales (*Socially Responsible Public Procurement* [SPRR]), para la innovación (*Public Procurement of Innovation* [PPI]), para luchar contra la corrupción, y a favor de las pyme (*Small Business Act for Europe*). Estos objetivos de políticas europeas han sido actualizados para cumplir con la Agenda 2030 y los últimos desarrollos de la economía circular.

En el marco legislativo descrito, los objetivos de sostenibilidad se traducen, por una parte, en una serie de medidas vinculantes en materia de medio ambiente, derechos sociales y derechos de los trabajadores. Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 18 (2) Dir. 2014/24/EU, los Estados miembros

adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral establecidos por el derecho de la Unión, la legislación nacional, los convenios colectivos o las disposiciones del derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo x.

Estas obligaciones también se aplican a los subcontratistas. En caso de incumplimiento, los ordenantes pueden excluir a los operadores de los procedimientos de adjudicación o rescindir el contrato en curso de ejecución.

La importancia de estas disposiciones se pone de relieve en la decisión del Tribunal de Justicia de la UE, *Tim SpA*, en la que se especifica que los operadores económicos deben cumplir las obligaciones medioambientales, sociales y laborales. Con este artículo, el legislador de la UE pretendía establecer este requisito de cumplimiento como un principio, al mismo nivel que los principios de igualdad de trato, no dis-



criminación, transparencia y proporcionalidad. A partir de ahora, esta disposición constituye un valor básico de la contratación pública y los Estados miembros deben respetarla.

Por otro lado, los objetivos de sostenibilidad están sujetos a medidas *voluntarias* que las administraciones *pueden* aplicar:

- i*) en la selección de los operadores económicos (por ejemplo, sobre la base de certificaciones de sistemas de calidad, normas medioambientales, garantías de trabajo digno...);
- ii*) en la definición de las características de los bienes y servicios que han de adquirirse (por ejemplo, sobre la base de especificaciones técnicas o etiquetas específicas, correspondientes a características ambientales, sociales u otras);
- iii*) en la definición de los criterios de adjudicación (por ejemplo, evaluando, además del precio, las características técnicas, funcionales y estéticas, la cualificación de los trabajadores, el coste del ciclo de vida de los bienes);
- iv*) en la ejecución del contrato (por ejemplo, mediante el establecimiento de modalidades vinculadas a soluciones innovadoras, medioambientales o sociales).

En todos estos casos, las soluciones aplicadas por las administraciones deben estar relacionadas con el objeto del contrato.

El marco de referencia ha sido completado por el *soft law* de la Comisión Europea que establece criterios comunes GPP/SPRR/PPI (no obligatorios) y apoya la inclusión de estos criterios en documentos de licitación, recopilaciones y difusión de buenas prácticas.

Las medidas voluntarias también incluyen soluciones de gran interés que abren nuevos escenarios para la sostenibilidad. Podemos señalar, por ejemplo, los pactos de integridad probados en 18 licitaciones en 11 Estados miembros en el marco del proyecto *Integrity Pacts: Civil Control Mechanisms for Safeguarding EU Funds* promovido por Transparencia Internacional y por la Comisión Europea. Los resultados positivos de la experimentación impulsan a la comisión a asociar los pactos a la utilización de los recursos del presupuesto 2021-2027 de la UE.

Además, en algunos ámbitos, el legislador de la UE ha impuesto el uso de cláusulas específicas obligatorias, sociales y medioambientales. Lo vemos, por ejemplo, en la regulación de los contratos de adquisición de vehículos de transporte por carretera, equipamiento de oficina, o en el rendimiento energético de los edificios y en la eficiencia energética.

Esta situación pone de manifiesto la doble moral de la contratación pública europea: por una parte, encontramos medidas no vinculantes que permiten, pero no imponen, a las administraciones, la aplicación de cláusulas de sostenibilidad en las licitaciones, y, por otra parte, medidas vinculantes, pero limitadas a unos pocos sectores. La contratación pública europea es, por lo tanto, una sostenibilidad que las administraciones pueden activar principalmente “a la carta”. La falta de normas generales vinculantes se refleja también en las diferentes soluciones y prácticas de los Estados miembros.





Transparência e contratação pública na União Europeia

Nuno Cunha Rodrigues*

O princípio da transparência – de harmonia com o qual o Direito da Contratação Pública deve assegurar que toda a informação relacionada com o ciclo da contratação pública, desde o lançamento dos procedimentos pré-contratuais até à execução dos contratos, é, na medida do possível, acessível a qualquer interessado, incluído os potenciais candidatos ou concorrentes, representa um pilar estrutural do Direito da Contratação Pública em todos os ordenamentos jurídicos.

A concretização deste princípio permite assegurar a adequada publicidade dos procedimentos pré-contratuais e contamina, de forma consequente, outros princípios, como os da concorrência ou da igualdade de tratamento.

* Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cátedra Jean Monnet. nunorodrigues@fd.ulisboa.pt.

Não se trata, no entanto, de um princípio absoluto. Deve ser positivamente estabelecido em conjugação com o princípio da proporcionalidade. Pretende-se, dessa forma evitar, entre outros, possíveis fenómenos de colusão entre concorrentes, suscetíveis de prejudicar a defesa do *value for money* enquanto valor subjacente ao Direito da Contratação Pública, que podem ocorrer num cenário de *excessiva* transparência por parte da entidade adjudicante.

Com efeito é sabido que, do total de cartéis detetados a nível mundial, 25% surgem no contexto da contratação pública.

Esta relação próxima entre a contratação pública e o Direito da Concorrência tem levado diversas autoridades da concorrência a nível mundial a promover campanhas de sensibilização junto de entidades adjudicantes, chamando a atenção para a necessidade de estarem atentas a possíveis sinais de colusão explícita entre concorrentes nos procedimentos pré-contratuais.¹

Certo é que a relevância e o alcance do princípio da transparência foram compreendidos nas diferentes dimensões que o Direito da Contratação Pública tem, nomeadamente a nível internacional; regional, nacional ou até local.

Aqui, está em causa o Direito da Contratação Pública multinível, que se encontra disseminado por diversas jurisdições a nível global e que tem contribuído para uma gradual

¹ V., a este propósito, a campanha promovida em Portugal pela Autoridade da Concorrência, disponível em <http://www.concorrenca.pt/combateaoconluio-nacontratacaopublica/>.

V. ainda a Recomendação de 2012 do Conselho da OCDE para combater a colusão na contratação pública, que tem sido acolhida em diversos países a nível mundial, disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-ocde-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

harmonização mundial deste ramo de Direito, através da disseminação de múltiplos instrumentos de *soft law* e de *hard law*.

Destacam-se, no primeiro caso *soft law*, e entre outros, os princípios sobre a promoção da integridade na contratação pública, afirmados pelo G20 em 2015.

Nesse documento os países do G20 comprometeram-se a garantir a implementação de “sistemas de compras públicas baseados na transparência, concorrência e critérios objetivos na tomada de decisões para prevenir a corrupção” e apelaram à OCDE para desenvolver um Compêndio de Boas Práticas para a Integridade nas Compras Públicas. Nesse momento o G20 defendeu igualmente que um grau adequado de transparência e acessibilidade para as compras públicas em geral, nomeadamente por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação e dados abertos, por forma a promover a integridade e concorrência, minimiza o desperdício e evita a corrupção.

O documento destacava ainda a relevância do princípio da transparência como forma de promover a integridade na contratação pública assinalando, em particular, a necessidade de, em todos os Estados, as “leis, regulamentos, políticas e procedimentos de contratação pública serem facilmente acessíveis e compreensíveis para o público interessado” o que pressupõe, entre outros aspetos, a “publicação oportuna e *online* de oportunidades de aquisições públicas”; o “tratamento imparcial e justo de fornecedores potenciais”; a “transparência das oportunidades e concessões de compras públicas, exceto caso se verifique a necessidade de considerar exceções (por estarem em causa motivos de segurança ou aquisições de baixo valor) ou, por fim, a “simplificação dos procedimentos de contratação pública, aumentando a trans-

parência e reduzindo a burocracia, nomeadamente através do recurso a tecnologia da informação”.²

No passado também a ocde emitiu diversos documentos de *soft law* onde reafirmou a relevância do princípio da transparência na contratação pública.³

Destaca-se, em particular, o texto de 2015 intitulado “*OECD Recommendation of the Council on Public Procurement*”, emitido na sequência dos princípios do G20, onde se incluem diversas recomendações que visam assegurar um nível adequado de transparência na contratação pública, tais como *i*) a promoção de um tratamento justo e equitativo a potenciais fornecedores; *ii*) o acesso gratuito, através de um portal online, a todas as partes interessadas, incluindo potenciais fornecedores nacionais e estrangeiros, a sociedade civil e o público em geral, para informações de contratação pública, nomeadamente relacionadas com o sistema de contratação pública (por exemplo, estruturas institucionais, leis e regulamentos), as aquisições específicas (por exemplo previsões de aquisições, chamadas de propostas, anúncios de adjudicação) e o desempenho do sistema de contratação pública, e *iii*) garantir a visibilidade do fluxo de recursos financeiros públicos, desde o início do processo orçamental até ao ciclo de aquisições públicas.

Por outro lado, e a nível internacional registe-se, enquanto instrumento de *hard law*, o Acordo sobre Compras Públicas (Government Procurement Agreement), do qual fazem parte, atualmente, quarenta e oito Estados.

² Cf. <http://g20.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/G20-PRINCIPLES-FOR-PROMOTING-INTEGRITY-IN-PUBLIC-PROCUREMENT.pdf>.

³ Cf. os documentos indicados na p. 13 da nota *The OECD Public Procurement Principles*, 2020, disponível em <https://www.oecd.org/south-east-europe/programme/OECD-Public-Procurement-Policy-Briefing-Note.pdf>.

Este acordo —cuja última versão foi aprovada em 2012— prevê, no artigo xvi, a necessidade de ser disponibilizada, de forma transparente, informação aos candidatos e concorrentes sobre contratação pública. Não obstante, e tendo presente a necessidade de ponderar a transparência com os riscos de incentivo à colusão que a excessiva transparência pode acarretar —anteriormente assinalada no presente texto—, o acordo determina, no artigo xvii, n.ºs 2 e 3 que as entidades adjudicantes não devam disponibilizar informação que possa prejudicar a concorrência entre fornecedores.

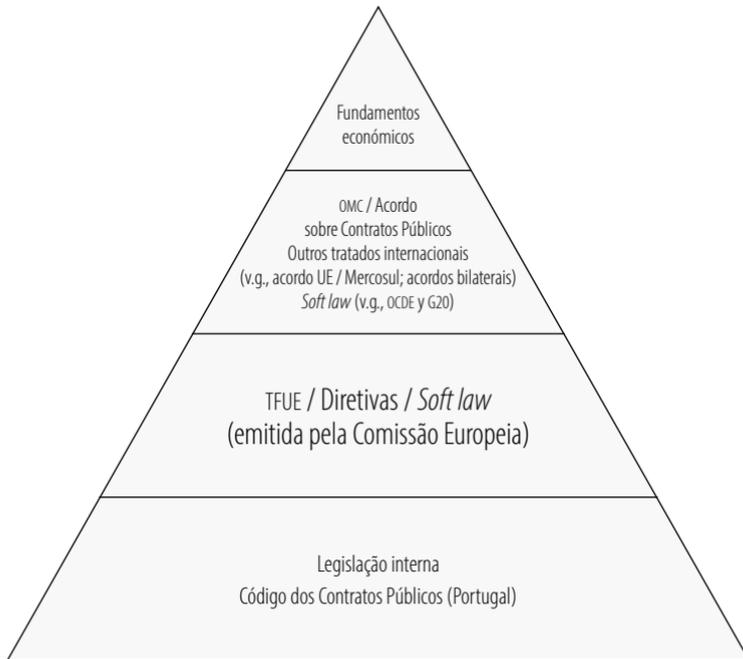
A nível regional, na União Europeia, as conhecidas diretivas sobre contratação pública aprovadas em 2014 assinalam, de forma idêntica, a importância nuclear que o princípio da transparência assume na contratação pública. A diretiva 2014/24/EU sublinha, no considerando 58, a necessidade de “assegurar um nível adequado de transparência que permita verificar se foi respeitado o princípio da igualdade de tratamento”.

Observe-se ainda que na União Europeia foi recentemente aprovada a diretiva 2019/1024, de 20 de junho, relativa aos dados abertos e à reutilização da informação do setor público (*open-dat*). Esta diretiva parte do pressuposto de que as informações do setor público representam uma fonte extraordinária de dados que podem contribuir para melhorar o mercado interno. Como tal, as entidades públicas (incluindo as entidades adjudicantes) ficam obrigadas a disponibilizar os seus documentos em qualquer formato ou linguagem em que já existam e, se possível e adequado, através de meios eletrónicos, em formatos que sejam abertos, legíveis por máquina, acessíveis, localizáveis e reutilizáveis, juntamente com os respetivos metadados.

Após a transposição desta diretiva pelos Estados-membros, é de prever que a transparência na contratação pública seja melhorada, de forma conexa, atendendo às enormes possibilidades que a diretiva abre, nomeadamente em torno do conhecimento da estatística da contratação pública realizada por cada entidade adjudicante.

Por fim, que a nível nacional, em cada Estado-Membro da União Europeia, pode ser identificado aquilo que designamos como uma pirâmide jurídica da Contratação Pública, a qual exprime um sistema multinível da contratação pública onde o princípio da transparência é absolutamente estrutural.

Esta pirâmide jurídica do Direito da Contratação Pública na União Europeia traduz-se no seguinte gráfico, que deve visto de cima para baixo (top down):



Neste contexto, e no caso específico de Portugal, tem-se procurado assegurar a promoção da transparência na contratação pública, respeitando o Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública, incluindo, portanto, o ACP e as Diretivas da União Europeia, o que foi materializado no Código dos Contratos Públicos vigente em Portugal.

Para além disso, Portugal tem feito um esforço nacional de implementação de novas formas de contratação pública eletrónica, desde 2008 —ano da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos em Portugal—, como forma de incrementar a transparência na contratação pública.⁴

Nesse ano foi criado um portal eletrónico, publicamente disponível, onde consta, de forma obrigatória, informação sobre todos os contratos públicos outorgados (incluindo informação sobre o clausulado do contrato).⁵ Os contratos de parcerias público-privadas (PPP) estão também disponíveis de forma pública, através da internet.⁶

Desde 2015 permite-se ainda que as entidades adjudicantes utilizem, de forma livre, qualquer plataforma eletrónica devidamente certificada, encontrando-se os custos de utilização destas limitados por lei por forma a torná-las acessíveis a todos os possíveis candidatos ou concorrentes.⁷

Note-se, por fim, que no ano de 2021 o Código dos Contratos Públicos em vigor em Portugal foi revisto.⁸

⁴ Contendo dados sobre o grau de transparência da contratação pública em Portugal, v. <https://www.opengovpartnership.org/members/portugal/commitments/PT0008/>.

⁵ O portal encontra-se acessível em www.base.gov.pt.

⁶ A informação encontra-se acessível em www.utap.gov.pt.

⁷ Assim, *cf.* a Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, que regula a disponibilidade e o uso de plataformas eletrónicas de aquisições públicas.

⁸ *Cf.* Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

De forma sintética, as modificações introduzidas neste ano visaram criar medidas especiais de contratação pública (que, em rigor, correspondem a procedimentos pré-contratuais mais simplificados), por forma a permitir o maior aproveitamento possível de fundos da União Europeia que serão disponibilizados no âmbito de programas de recuperação económica pós Covid-19 e permitir reservar contratos abaixo dos limiares comunitários a empresas locais ou a pequenas e médias empresas (ainda que esta última medida tenha sido questionada por eventualmente violar o princípio da não-discriminação consagrado no Direito da União Europeia).

Pode afirmar-se que as alterações operadas em 2021 não interferem com a desejada transparência da contratação pública.

Não obstante discute-se, em Portugal, até onde deve ir a transparência na contratação pública, porquanto, como vimos anteriormente, uma excessiva abertura pode afetar a desejada concorrência na contratação pública.

Neste contexto alguns tem defendido que as entidades adjudicantes não devem divulgar antecipadamente o preço-base do procedimento pré-contratual (*preço máximo* que a entidade adjudicante está disposta a pagar em cada procedimento) o que, atualmente, é obrigatório nos termos da lei. Na verdade, se a divulgação do preço-base visa garantir a transparência dos procedimentos pré-contratuais pode representar, por outro lado, um incentivo a possíveis fenómenos de colusão entre concorrentes.

Em síntese, o Direito da Contratação Pública tem, atualmente, um considerável grau de harmonização a nível mundial, em resultado da existência de um Direito multi-





nível, que resulta de diversos instrumentos de *soft law* e, no caso de alguns Estados, *hard law*. Todos estes instrumentos permitiram densificar o princípio da transparência na contratação pública e as exigências daí decorrentes.

Ao assegurar o conhecimento destes instrumentos jurídicos e a partilha das múltiplas experiências de contratação pública por parte dos Estados a nível mundial poder-se-á, a final, aperfeiçoar globalmente os sistemas de compras públicas nacionais.





Contratación pública estratégica en el sistema internacional

Enrique Díaz Bravo*

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ESTRATEGIA

Actualmente la contratación pública es una de las actividades más importantes de los gobiernos, afirmación apoyada por su impacto en el producto interno bruto de las distintas economías: cerca de 13.3% en los países de la Unión Europea, y cerca de 12% en los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Dicho apronte economicista de la disciplina es perfectamente compatible y, a su vez, complementario, con una análisis desde las políticas públicas, principalmente, porque es una actividad pública que permite alcanzar, además del

* Doctor en derecho; profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de la Rioja, España, y en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Chile, y asociado en Mackenna y Cruzat, Abogados. Correo: enrique.diazbravo@unir.net. <https://orcid.org/0000-0001-9355-0009>.

foco básico de la contratación —suministro de bienes, servicios y obras—, otra serie de fines de políticas públicas estratégicas, todos los cuales se han logrado posicionar en la mayoría de los países democráticos, incorporando criterios y objetivos tales como compras sostenibles desde el punto de vista medioambiental, inclusión de criterios sociales, medidas positivas de participación para las micro, pequeñas y medianas empresas, fomento para la innovación, medidas para promover la igualdad de género y de los salarios, incorporación de personas con discapacidad, entre otras, en el contexto de la mirada estratégica de la contratación pública.

De este modo, en 2010 la Unión Europea definió, en la denominada política “Europa 2020, estrategia para el crecimiento y la ocupación”, que el rol de la contratación pública es esencial para su desarrollo y su prosperidad, fijándose objetivos de crecimiento, desarrollo, competitividad, innovación y digitalización, para lo cual se deben generar entornos normativos que colaboren y garanticen el uso eficaz de los fondos públicos y una gobernanza regional que favorezca el crecimiento inteligente y sostenible y que fomente los derechos fundamentales. La regulación europea por medio de la denominada cuarta generación de directivas modernizó y asumió dichos desafíos en la arquitectura del sistema de contratación pública.

Por medio de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, España incorporó la visión de la contratación pública como una política pública de extraordinaria novedad. A partir de la adaptación de la normativa al derecho comunitario se genera el tránsito desde la voluntariedad de la incorporación de la contratación pública hacia el carácter obligatorio en todo el *iter* contractual. Y el legislador español no sólo se



ha quedado allí, ya que ha ordenado la incorporación transversal de criterios sociales y medioambientales, relacionados con el objeto del contrato, que promuevan la mejor utilización de los recursos públicos con contrataciones de mejor relación calidad-precio y, además, facilitando el acceso a las PYMES en condiciones de competitividad.

EL CARÁCTER *SOFT LAW* DE LA REGULACIÓN ESTRATÉGICA

La relevancia de la contratación pública estratégica evidentemente excede los límites de la Unión Europea (UE), ya que la interconexión de los mercados internacionales en materia de contratación pública queda de manifiesto con la gran cantidad de acuerdos internacionales suscritos por la UE con terceros países, a lo que se debe agregar la gran cantidad de organismos internacionales (públicos y privados) que dictan normas, recomendaciones y guías que tienen diversos grados de obligatoriedad, lo que vuelve complejas las relaciones internacionales comerciales, influyendo directamente en la consecución de los objetivos de la contratación pública y estratégica (CPE). El carácter *soft law* de esas normas en la práctica hace que queden en meras declaraciones no vinculantes para los Estados, pero que se proyectan como principios o buenas prácticas y que en ocasiones llegan a influir en la conformación de la jurisprudencia, que juega un rol crucial en la CPE.

Ahora bien, atendida la pluralidad de instrumentos internacionales, *hard law* y *soft law*, la interpretación y la utilización de éstos conlleva gran dificultad por su dispersión y

dificultan su conocimiento y la previsión de sus efectos. Los criterios estratégicos deben ser interpretados y utilizados de manera coherente y coordinada con los objetivos perseguidos por los Estados, los organismos internacionales, las empresas y las personas que promueven las políticas de contratación pública estratégica social, ambientales, de fomento a la innovación, entre otras, con el objetivo final de mejorar las condiciones de vida de los habitantes de cada territorio y la calidad democrática.

En 2019 la Comisión Europea, mediante la comunicación C (2019) 5494 final —*Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE*— presentó recomendaciones y orientaciones para el acceso a potenciales interesados de terceros países al mercado único. Se reitera el interés de la UE de promover el mercado único europeo garantizando los principios rectores de la contratación pública y, al mismo tiempo, protegiendo los intereses comerciales de sus miembros frente a terceros países que no siempre se encuentran sujetos a normas del mismo nivel de exigencia, competencia y transparencia que las normas del ordenamiento jurídico comunitario, especialmente, como destaca el documento, en el orden medioambiental, social, laboral o en lo referente al régimen de ayudas estatales o de subsidios o estímulos, que pueden llegar a producir desequilibrios en la relación de competencia entre operadores comunitarios con quienes no son miembros de la UE.

Los principales ejes de estas directrices son los siguientes:

- a) Apertura y acceso al mercado único de licitadores extranjeros, donde se debe distinguir la calidad del país



de los que no son miembros de la UE, ya que únicamente son los licitadores nacionales de países con los que la Unión tiene suscritos acuerdos que regulan específicamente lo relativo a la contratación pública, los cuales podrán acceder en igualdad de condiciones al mercado comunitario (con excepción de contratos relacionados con defensa y seguridad), pudiendo excluirse a operadores de países con los que no exista una regulación específica.

- b) Especial atención respecto de ofertas que contengan precios anormalmente bajos.
- c) Contratación estratégica y de calidad.

No obstante, las directrices no reemplazan a los acuerdos internacionales específicos, pero sí colaboran en su aplicación para que los poderes adjudicadores tengan en cuenta la participación de los terceros países a la hora de planificar los procedimientos de contratación, formular sus requisitos, efectuar las evaluaciones y, finalmente, adjudicar. Y, del mismo modo, todos los operadores económicos y todos los poderes adjudicadores deben tener en cuenta que la aplicación de las recomendaciones y, en definitiva, de las normas reguladoras de la relación entre la UE y terceros países, debe promover la igualdad de trato y la no discriminación por razón de nacionalidad, de modo que, como ha dicho la Comisión Europea, la aplicación de las normas de la UE se realice para que “se garantice que los licitadores de la UE y los de terceros países apliquen las mismas normas y requisitos, o normas y requisitos equivalentes”.

En el mismo orden de ideas, un punto muy relevante en la materialidad es la aplicación de los contenidos de la Co-

misión Europea en comento. Es el propio documento quien lo aclara:

El documento no es jurídicamente vinculante. Aunque parafrasea ocasionalmente las disposiciones de la legislación de la UE, no pretende ampliar ni recortar los derechos y las obligaciones en ella establecidos. En la medida en que el documento pudiera entenderse como una interpretación de la legislación de la UE, se incide en que sólo el TJUE tiene competencias para realizar una interpretación jurídicamente vinculante de la misma. Los ejemplos a los que se hace referencia en el presente documento no han sido verificados por lo que se refiere a su cumplimiento de la legislación de la UE.

Es decir, la totalidad de las recomendaciones sólo constituye una mera orientación, ni siquiera, a mi juicio, *soft law*, ya que no existe reproche alguno desde el ámbito jurídico en caso de incumplimientos. Una de las cuestiones que debemos discutir y resolver es la calidad de los instrumentos de regulación en contratación pública estratégica, para lograr dilucidar la utilidad de este tipo de guías orientadoras, ya que el esfuerzo y, sobre todo, los recursos públicos para su elaboración no pueden ser en vano.

CONSIDERACIONES FINALES

La importancia estratégica y económica de la materia objeto de esta breve presentación ha generado el desarrollo de una importante doctrina y jurisprudencia que ha explicado y proyectado el fenómeno estratégico de la disciplina desde

diversas ópticas y conceptos que colaboran con la multidimensionalidad de la contratación pública. Por eso, las investigaciones y las actividades de análisis y promoción de la contratación pública estratégica deben focalizarse en contribuir al desarrollo de la disciplina de la contratación pública como estrategia de los gobiernos y, del mismo modo, entregar herramientas a los operadores, especialmente en el ámbito de organización y la sistematización del entramado normativo y jurisprudencial multinivel (internacional, europeo y español), para contribuir al conocimiento y la previsibilidad de la arquitectura y la ingeniería de los sistemas.

La revisión de las técnicas normativas para abordar los fenómenos estratégicos de la contratación pública son un desafío que hay que enfrentar a partir de la falta de materialidad de un sinnúmero de disposiciones, recomendaciones, orientaciones, entre otras formas, que no tienen fuerza obligatoria y, por lo tanto, en momento de grave crisis, como la pandemia de nuestra época, desaparecen de la órbita de las autoridades y de los operadores, retornando a herramientas jurídicas poco flexibles que atentan contra los principios de la contratación. Las reglas que se persiguen en torno de la igualdad de trato, no discriminación y transparencia, como fundamentos de la contratación pública, no pueden ser únicamente de “tiempos de paz”, sino que, especialmente, deben ser visibles y materiales en las crisis. Allí es donde podremos observar la fortaleza o la debilidad de los sistemas.

Finalmente, la contratación pública en tiempos de crisis y, especialmente, en estos tiempos de pandemia, así como en la proyección pospandémica, ha asumido un irrefutable rol de herramienta de justicia social y de política pública, como sostienen Gimeno Feliú y Moreno Molina, respectivamente,

lo que permitirá promover la competitividad, recuperar la confianza en las políticas de inclusión social, en la apertura de los mercados y en la competencia, con el fin de evitar la concentración económica de sectores estratégicos para las sociedades democráticas, profundizando la transparencia y la publicidad de los procedimientos de contratación para garantizar el correcto uso de los recursos públicos, vigilar el crecimiento responsable y sostenible y materializar el principio de igualdad como principio nuclear de esta disciplina del derecho público. Estos desafíos nos invitan a replantear el sistema de fuentes del Derecho de la contratación pública para materializar su contenido estratégico.



Los retos de futuro de la contratación pública: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como nuevos ejes de una estrategia pública socialmente responsable

José María Gimeno Feliú*

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA AL SERVICIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La contratación pública se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática (directamente relacionada con las señas de identidad del derecho administrativo) y de la gestión práctica en tanto afecta la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera). Esto explica que la con-

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

tratación pública —y su fundamento— haya cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva, ha evolucionado hacia la idea de la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”. Por ello la contratación pública (que supone el 22% de los presupuestos públicos, según los últimos datos) debe ser recontextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de las políticas públicas, debe permitir el reforzamiento de los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensa desde los mercados orientales que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. La contratación pública puede ser una palanca del cambio económico.

La contratación pública puede —y debe, insistimos— ser una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, con la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión acerca de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y las técnicas de la contratación pública.





LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE COMO NUEVOS EJES DE UNA COMPRA PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas, agendados en el horizonte 2030 (aprobados el 25 de septiembre de 2015 y con vigencia desde enero de 2016), con la finalidad de promover la convergencia entre los países de la Unión Europea, en el seno de las sociedades y con el resto del mundo, han tenido una indudable repercusión en las agendas públicas de todos los poderes públicos. Los 17 objetivos, bajo el lema “Transformar nuestro mundo”, presentan un carácter integrado e indivisible que abarca las esferas económica, social y ambiental (son una estrategia de futuro muy ambiciosa y transformativa). Agenda de Naciones Unidas que se propone, entre otros objetivos, un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible como algo esencial para lograr la prosperidad. Asimismo, la agenda aborda los factores que generan violencia, inseguridad e injusticia, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza, entre otras (como es conocido, estos retos se agrupan en cinco ejes: planeta, personas, prosperidad, paz y alianzas).

Más allá de su marcado carácter didáctico, los ODS tienen una clara incidencia en la forma en que los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los ODS en las políticas y las iniciativas de la UE en todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea. Idéntica estrategia de asumir como retos de primer orden los ODS se



puede constatar entre los distintos poderes públicos españoles, que hacen de su mención una especie de mantra ideológico, cuando lo que interesa son sus consecuencias prácticas y su capacidad de transformación.

Frente a posibles planteamientos que pivotan sobre el criterio precio frente al de valor, interesa recordar que el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado con base en modelos exclusivamente economicistas, sino que tiene que velarse por el adecuado estándar de calidad de la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia debe articularse atendiendo a objetivos sociales, ambientales o de investigación, lo que redimensiona la visión estratégica de la contratación pública con una amplia perspectiva del derecho a una buena administración.

Asimismo, transparencia, rendición de cuentas y justicia social son propios de la nueva arquitectura del contrato público en el contexto de desarrollo de los ODS, a modo de brújula ética. Ya en 1944 la importante Declaración de Filadelfia —actual Carta de la Organización Internacional del Trabajo— declaró que un país no puede ser sostenible sin justicia social. Brújula que señala como norte una visión estratégica y horizontal de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales y de postulados economicistas. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y las técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad de la prestación de los “servicios públicos” desde la lógica de los ODS, que también son brújula ética del sector privado.



Frente a empresas que ponen el acento en una estricta visión mercantil que vincula el éxito con el mayor beneficio, existe cada vez una mayor cantidad de organizaciones empresariales que hacen de la responsabilidad social corporativa su principal identidad, fijando su éxito más allá de la lógica del mayor rendimiento económico (y sin atajos fiscales o de corrupción) y vinculando su propia justificación al compromiso social, tal como sucede con muchas empresas del tercer sector. Una sociedad que tenga clara la dirección ética debe reconocer y poner en valor esta forma de gestión empresarial, fomentando las relaciones con empresas “especuladoras”.

Por otra parte, el actual contexto de crisis económica derivado de la pandemia de 2020 refuerza la necesidad de avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que “piense en verde” y en “sostenibilidad social”, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor. Esta exigencia de sostenibilidad ambiental debe articularse con la priorización de los proyectos de infraestructuras por financiarse, que deberán cumplir, en España, con los objetivos de la Agenda Verde europea y acomodarse con las directrices dictadas por las instituciones comunitarias (no puede olvidarse la exigencia de neutralidad climática). Desde esta perspectiva, parece oportuno que la norma legal a la que nos venimos refiriendo determine de manera clara los objetivos que se pretenden fomentar, con la finalidad de dar seguridad jurídica a las propuestas de inversiones que se propongan: entre otros, proyectos que permitan descarbonizar la economía, para cumplir con los objetivos del Tratado de París, para luchar contra la degradación de la naturaleza y de los ecosistemas, para combatir la contaminación y para promover la economía circular.

En definitiva, las condiciones sociales y ecológicas constituyen uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública claramente amparada por varios ods. En consecuencia, podemos afirmar que son admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, puesto que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino una “potestad” al servicio de otros fines de interés general (como la estabilidad laboral, la calidad ambiental, la integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Así, la sentencia del 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, apartado 38, afirma:

Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral [...] un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros.

La necesidad de reactivar un nuevo modelo económico (utilizando el contrato público), atendiendo a la lógica de los ods, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un nuevo modelo productivo más sostenible y más “inteligente”. Corresponde a los poderes públicos liderar la nueva “cultura verde” que permita, desde la planificación, un nuevo escenario económico y social respetuoso del medio ambiente. Los ods son la oportunidad para relanzar este nuevo modelo de servicios públicos inteligentes y “circulares”, que integren lo social y lo ambiental, así como la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecua-





do reequilibrio de riqueza y derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva.

Para cumplir con estos objetivos, más allá de apriorismos ideológicos, es necesario revisar e impulsar modelos de colaboración público-privada orientados a satisfacer el interés general. El ejemplo de muchas empresas en la crisis no puede ser cuestionado y su compromiso social debe ser la seña de identidad de un modelo productivo cimentado en la mejor prestación de servicios y suministros a los ciudadanos. Por ello, una correcta lectura de los ODS aconseja atender a la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra, y no tanto en quien los presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

El objetivo de la transformación que pretende la Agenda de la Organización de las Naciones Unidas obliga a una actitud (y a un a aptitud) proactiva, para aportar la mejor solución a las necesidades de la ciudadanía, necesidades que no son de simple ideología.

CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

La nueva regulación de los contratos públicos exige un *big bang* que permita impulsar la necesaria regeneración democrática y el rediseño de la contratación pública como estrategia de liderazgo público que pivotea sobre los principios de eficiencia, transparencia y buena administración. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta in-



eludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, para delimitar de forma adecuada los distintos roles y las diversas funciones de la gestión contractual. Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, requieren la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad e inmunidad, que son incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos.

Frente a inercias o dogmatismos, la situación “global” obliga a repensar soluciones jurídicas en la contratación pública que promuevan la eficacia de las políticas públicas y que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importen las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*) que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial.

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública al servicio de las políticas públicas: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva, no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación.

Una última reflexión: con base en una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social” sobre las que se basan los ODS, que deben ser el impulso para rearmar un



modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico, para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y derechos y deberes, para avanzar a una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción y planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a mediano y largo plazos (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Y es que los ODS, en su dimensión funcional, pueden ser el instrumento para reconstruir las murallas del derecho público, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social); lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y a asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno.

La idea de buen gobierno va más allá de la ausencia de corrupción. Se refiere a unas instituciones transparentes, objetivas y con reglas predecibles para todos que favorezcan la necesaria seguridad jurídica con el fin de que pueda emerger “una economía sana y competitiva”.

En este contexto, los ODS, que deben facilitar la articulación armónica de los denominados *círculos de excelencia*—excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento)—son una “ventana de oportunidad” para un nuevo liderazgo institucional público, por medio de una adecuada articulación de la política de contratación pública que, además, puede ayudar en la estrategia de mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir



de “política palanca” para proteger con eficacia los derechos sociales.

Los retos de los ods en la contratación pública son, en esencia, retos de una nueva gestión pública al servicio de la ciudadanía.





Contratación pública y derechos humanos

María del Carmen de Guerrero Manso*

Resulta fundamental e imprescindible adoptar la óptica de los derechos humanos en la contratación pública. Esto implica volver la vista a los ciudadanos y a sus derechos, puesto que toda contratación pública debe ir encaminada a satisfacer necesidades de interés general y prestar de forma más adecuada los servicios a las personas.

Son muchos los aspectos que están involucrados en el logro del respeto a los derechos humanos que, como es sabido, tienen una perspectiva amplia y no siempre se consigue su plena implantación. En esta línea, en el ámbito de la

* Profesora titular de derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza. Trabajo realizado dentro del grupo de investigación ADESTER, S22_20R del gobierno de Aragón y del proyecto de investigación “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza”, Ministerio de Economía y Competitividad PID2019-109128RB-C21.

contratación pública, desde hace años se maneja la idea de la compra pública estratégica y responsable. Es decir, ya no se busca sólo adquirir bienes, obras y servicios, sino, al mismo tiempo, incidir en otras políticas públicas, especialmente en las de ámbito social, medioambiental y de innovación. Además, al mismo tiempo, se puede mejorar la participación de nuevos operadores económicos, como las pymes, lo cual también se vincula con el derecho al trabajo.

En el derecho español, la relación entre la contratación pública y los derechos humanos que, como hemos dicho, se vinculan de manera directa en la contratación pública estratégica, se plasma en varios niveles. Sin embargo, el que tiene más incidencia en la práctica es el nivel normativo. Así, vamos a exponer los aspectos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, del 8 de noviembre, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que permiten más directamente la promoción y la defensa de los derechos humanos a través de la contratación pública.

En primer lugar, es imprescindible apuntar el objeto y la finalidad de la LCSP, puesto que recoge la esencia y la voluntad de este texto normativo. En su artículo 1.3 esta norma dispone que toda contratación pública deberá incorporar “de manera transversal y preceptiva” criterios sociales y medioambientales, con la advertencia de su necesaria relación con el objeto del contrato. Se aclara que el objetivo de esa previsión es proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Es decir, la utilización de este tipo de criterios que permitirán



afrontar retos de otras políticas públicas no es algo aislado o contrario a los intereses públicos, sino que ambos aspectos están interrelacionados. En el mismo precepto inicial de la LCSP se establece, asimismo, el objetivo de facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y las medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Tras este precepto, que pone de manifiesto la voluntad del legislador español, encontramos a lo largo de la LCSP muchas referencias adicionales y específicas a la posibilidad de lograr objetivos vinculados a los derechos humanos. Así, por ejemplo, mediante la determinación funcional del objeto del contrato o con la previsión de criterios de selección que se determinen de forma proporcional a las prestaciones por desarrollar, de manera que no excluyan la participación de pymes o de empresas de nueva creación, y que puedan premiar la solvencia profesional relacionada con aspectos sociales, medioambientales o de innovación de determinados operadores económicos. Se puede ir un paso más allá por medio de la previsión de reserva de ciertos contratos a centros especiales de empleo o mediante la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, extendiéndose esa reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en su plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su regulación respectiva.

La ley también permite potenciar la implementación de la contratación pública estratégica mediante la elección de determinados criterios de adjudicación que otorguen una puntuación superior a las ofertas que cumplan con determinadas condiciones sociales, medioambientales o de innovación, a la par que se reste importancia al precio. Una de las

novedades que introdujo la LCSP fue la nueva regulación de las ofertas anormalmente bajas. En la actualidad se exige al órgano de contratación una especial diligencia en la supervisión de estos casos, orientada específicamente (aunque no en exclusiva) a rechazar las ofertas si comprueba que el motivo de su carácter anormalmente bajo es el incumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral. Para eso, con carácter previo dará un plazo suficiente al licitador o a los licitadores que hayan presentado esas ofertas en forma para que puedan justificar y desglosar razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro con base en el cual se haya definido la anomalía de la oferta, mediante la presentación de la información y los documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Como hemos apuntado, la LCSP cuenta con diversas posibilidades para incorporar aspectos estratégicos en la contratación pública. Sin embargo, con base en la experiencia comparada, quiero detenerme especialmente en el análisis de la buena práctica que supone en España la inclusión en su ley de contratos de la obligación de incorporar medidas sociales, medioambientales o de innovación como condiciones especiales de ejecución en la contratación pública. Para comprender mejor la importancia de esta previsión es preciso apuntar que su carácter obligatorio no se deriva de las directivas de contratos pues, de hecho, otros países de la Unión Europea no recogen una previsión similar en sus normas. Este hecho destaca la relevancia de las medidas adoptadas por el legislador español.

Este deber se deriva, en primer lugar, del artículo 201 de la LCSP, que tiene como expresivo título “Obligaciones



en materia medioambiental, social o laboral”. Conforme a ese precepto, los órganos de contratación están obligados, por un lado, a tomar las medidas necesarias para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplan con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, en el derecho nacional, en los convenios colectivos o en las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado. Es decir, se establece de manera expresa y con carácter general la necesidad de cumplir con todas las normas aplicables en el ámbito medioambiental, social o laboral, sin que sea preciso, por lo tanto, recoger esta previsión de manera expresa en los pliegos o los documentos reguladores de cada contrato.

Además, los órganos de contratación tienen la potestad de comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y los licitadores cumplen con las obligaciones mencionadas. Esta previsión resulta de gran utilidad, puesto que no se limita a la exigencia del cumplimiento formal de las normas, sino que se advierte desde la propia ley la posibilidad de revisar el cumplimiento efectivo de esa obligación.

Junto a lo anterior, este precepto establece que el incumplimiento de las obligaciones mencionadas y, especialmente, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o en la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades.

En segundo lugar, en su artículo 202 la LCSP recoge de manera expresa y ejemplificativa determinadas condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético y medioambiental. Conforme a ese artículo, se permite a los

órganos de contratación establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que se cumplan cuatro requisitos: que estén vinculadas al objeto del contrato, que no sean directa o indirectamente discriminatorias, que sean compatibles con el derecho de la Unión Europea y que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Al mismo tiempo, se impone la obligación de establecer en los pliegos una condición especial de ejecución que haga referencia a la obligación del contratista de someterse a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos, siempre y cuando la ejecución del contrato implique la cesión de datos por las entidades del sector público al contratista. Además, se advertirá al contratista que esta obligación tiene el carácter de obligación contractual esencial de conformidad.

Sin embargo, en relación con el aspecto que estamos analizando, tiene mucha más relevancia práctica la previsión contenida en el mismo artículo 202 según la cual será obligatorio en todo caso el establecimiento, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al menos de una condición especial de ejecución. Corresponderá al órgano de contratación decidir por cuál o por cuáles opta atendiendo a los cuatro requisitos mencionados antes. Como es lógico, en esta elección será conveniente tener en cuenta aspectos prácticos como la finalidad del contrato, la posibilidad de exigir la efectiva implantación de la medida, su eficacia, y la mayor o menor dificultad de comprobar el cumplimiento de la obligación.

Según el legislador español, estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones eco-



nómicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Sin embargo, no se limita a recoger una mención genérica y abstracta de los grandes ámbitos en torno de los cuales podrán establecerse condiciones especiales de ejecución, sino que ofrece una relación muy detallada y ejemplificativa de posibles consideraciones medioambientales y sociales que podrán recogerse en los pliegos.

Así, en relación con el medioambiente, se podrán establecer, entre otras, consideraciones que persigan

la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables, o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Como se observa, se trata de objetivos globales y flexibles que permiten su adaptación a los diversos objetos contractuales y que afectan a elementos clave de la protección del medioambiente, como la reducción de la contaminación vinculada a la lucha contra el cambio climático, la gestión de recursos naturales, el fomento de energías renovables, la reducción de la generación de residuos y la producción ecológica.

En relación con el ámbito social y el empleo, podrán introducirse, entre otras, consideraciones con alguna de las siguientes finalidades:

Hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

En este caso se observa también de manera muy directa la vinculación entre la compra pública estratégica y los dere-



chos humanos, plasmada, por ejemplo, en la defensa y la promoción de determinados colectivos como los discapacitados, la búsqueda de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, o la exigencia y la promoción de elementos esenciales de este ámbito como combatir el paro, promover la formación, prevenir los accidentes laborales o garantizar el respeto de los derechos laborales básicos.

Estas consideraciones propuestas como ejemplos para que los órganos de contratación tengan mayores posibilidades de elegir las condiciones especiales de ejecución que se adecuen mejor a cada contrato se complementan con la opción de que incluyan en los pliegos penalidades para el caso de incumplimiento y les atribuyan el carácter de obligaciones contractuales esenciales. En caso de que el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave. De esta manera se pone de manifiesto la voluntad real de exigir la puesta en práctica de las consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social exigidas en los pliegos.

Con la misma finalidad de obtener resultados en este importante ámbito, el cuarto apartado del artículo 202 de la LCSP establece que todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo. Así se podrá garantizar mejor la obtención de resultados positivos.

A modo de conclusión, puede afirmarse que el legislador español ha diseñado un sistema bien articulado y, por lo tan-

to, con garantías suficientes para ser eficaz en el objetivo de lograr retos pendientes en materias tan importantes como los derechos sociales, laborales o medioambientales, a través de la contratación pública. Esperemos que sus esfuerzos sean exitosos.





Obra pública y medio ambiente

María del Consuelo Juárez Mendoza*

El crecimiento de las ciudades demanda servicios básicos como agua potable, luz eléctrica, suministro de combustible para uso doméstico e industrial, calles pavimentadas, hospitales, escuelas, vialidades, caminos, carreteras, entre otros, y para atender estas necesidades de la población el Estado es responsable de llevar a cabo las obras de infraestructura correspondientes.

La obra pública surge entonces como el principal objeto de las políticas públicas, cuyo beneficiario directo es la población, pues los grandes objetivos de la planeación nacional en materia de educación, salud y vivienda tienen un importante componente de infraestructura que se construye, remodela o amplía, según las necesidades de los ciudadanos.

Sin embargo, a partir de la década de 1970, con el surgimiento de la Ley Federal de Protección al Ambiente, en el

* Maestra en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

sistema jurídico mexicano se incluyó un nuevo ordenamiento cuyo principal objeto de protección, además de la salud humana, era el entorno ecológico que favoreciera la subsistencia de los seres humanos.

Si bien es cierto que esa primera pieza legislativa en materia ambiental estaba encaminada a la prevención de la contaminación a la atmósfera, también es cierto que a partir de la reforma constitucional promulgada a partir de 1988 se introdujeron al marco jurídico nacional esquemas de protección ambiental directamente relacionados con el desarrollo de obras de infraestructura, pública o privada, así como la evaluación del impacto ambiental.

Por primera vez el origen de los recursos que se aplicaban al desarrollo de infraestructura pasó a segundo plano, para dar paso al análisis de los efectos que las obras de construcción, rehabilitación, ampliación y modificación de infraestructura podían tener sobre los elementos naturales como el suelo, el agua, la vegetación y la flora y la fauna silvestre, y, consecuentemente, la obra pública se transformó en la principal actividad a evaluar en materia de impacto ambiental.

Lo anterior amplía el marco jurídico aplicable a las obras públicas y a los servicios relacionados con ellas; sin embargo, tanto en el nivel federal como en el estatal las disposiciones jurídicas no están armonizadas en cuanto a plazos y procedimientos, lo que afecta directamente a los contratistas al colocarlos en situación de incumplimiento.

En efecto, la legislación en materia de obras públicas, federal y local, establece en algunos casos que las dependencias y las entidades contratantes deben considerar las disposiciones jurídicas en materia ambiental desde el momento de la planeación de las obras públicas por ejecutar.



En algunos casos, los contratos de obra pública establecen expresamente que la dependencia o la entidad contratante entregará al contratista las autorizaciones en materia ambiental, de desarrollo urbano y todas las autorizaciones que se requieran para la ejecución de la obra contratada, aunque, en otros casos, los contratos no establecen claramente a quién corresponde obtener las autorizaciones.

¿POR QUÉ LOS ASPECTOS AMBIENTALES SE HAN CONVERTIDO EN UN PROBLEMA EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA PÚBLICA?

La materia ambiental es concurrente; es decir, las autoridades ambientales federales, estatales y municipales tienen competencia para regular, autorizar e inspeccionar el cumplimiento de las obligaciones ambientales de quienes ejecutan obra pública o privada, dependiendo de la ubicación, las dimensiones y las características de las obras.

Así, una obra pública en materia hidráulica consistente en una presa requiere autorización en materia de impacto ambiental federal; sin embargo, también se considera obra hidráulica los sistemas de drenaje municipal, y estos sistemas, cuando abarcan más de un municipio (pero se ubican en una misma entidad federativa), requerirán la autorización ambiental estatal. Y cuando se trate de obras hidráulicas en un municipio y en centros de población, la autorización ambiental corresponde expedirla a la autoridad municipal.

En este orden de ideas, al planear una obra pública la dependencia contratante requiere identificar, en primer término, si el proyecto correspondiente se encuentra su-

jeto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, en segundo término, qué autoridad ambiental (de qué orden de gobierno) es la competente para llevar a cabo esa evaluación.

Es importante tomar en consideración que si una obra pública, por sus características, no está sujeta al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la autoridad ambiental competente es la única que puede determinarlo así; es decir, no le es dado a la dependencia contratante determinar que una obra no requiera evaluarse ambientalmente sólo porque se ubica en un área impactada o se trate de una remodelación que no tenga repercusiones ambientales adicionales.

Lo anterior es así porque la legislación ambiental, federal y estatal, en la mayoría de los casos contiene disposiciones relativas a las obras públicas que están exentas de sujetarse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, o los casos de excepción o aquellos en que no se requiere autorización en materia de impacto ambiental y establecen que serán las autoridades ambientales las que determinen expresamente si una obra corresponde a algunos de esos casos.

Otro aspecto que hay que resaltar es el relativo a la falta de armonización entre los plazos para obtener las autorizaciones en materia de impacto ambiental y los correspondientes a los procedimientos de contratación de la obra pública.

Por ejemplo, en las obras públicas de grandes dimensiones (como las del sector hidrocarburos) los proyectos ejecutivos de la obra pueden tener variaciones como resultado de las juntas de aclaraciones, lo que impide que se pueda contar con la autorización en materia de impacto ambiental, pues



para someter una obra al procedimiento de evaluación correspondiente se requiere la elaboración de una manifestación de impacto ambiental que tiene como punto de partida el proyecto ejecutivo de la obra de que se trate.

Sin embargo, una vez agotada la etapa de aclaraciones en un procedimiento de contratación los interesados presentarán sus propuestas, las cuales serán evaluadas para después recibir el fallo respectivo.

En la mayoría de las legislaciones, los procedimientos de evaluación de impacto ambiental se desahogan en un término de 60 días hábiles con opción de prorrogarse por otros 60 días hábiles más, dependiendo de la complejidad del proyecto por evaluar.

Lo anterior implica que el fallo se emitirá antes de que la autoridad ambiental resuelva el procedimiento y expida la autorización correspondiente. Esto representa un riesgo tanto para el contratante como para el contratista, pues para cumplir con los plazos de inicio de obra necesariamente se tendrán que comenzar actividades sin contar con la autorización en materia de impacto ambiental.

Esta situación puede complicarse si se toma en consideración que existe la posibilidad jurídica de que la autoridad ambiental niegue la autorización o establezca condiciones para las etapas de preparación de sitio y construcción, lo que colocará a los contratistas en estado de incumplimiento de las obligaciones ambientales, incumplimiento que es fácilmente identificable si se considera que la autoridad ambiental establece como condición que se le presente el aviso de inicio de obra o bien informe a la autoridad inspectora en materia ambiental sobre los proyectos que no fueron autorizados para que se verifique que no se estén ejecutando.

Finalmente, en los casos en que las contratantes cuentan con las autorizaciones ambientales correspondientes, no basta con que se entreguen esas autorizaciones a los contratistas adjudicados, pues las autorizaciones en materia de impacto ambiental establecen condiciones técnicas que deben ejecutarse a lo largo de las etapas de preparación del sitio y construcción.

Entre las condicionantes señaladas en el párrafo precedente destacan las relativas a la presentación de estudios económicos que sustenten las garantías que se propongan respecto de la ejecución y el cumplimiento de los estudios de recuperación, rehabilitación y traslocación de especies, o las acciones previas para la remoción de vegetación forestal.

Esto requiere que el contratista tenga a la vista la información con la cual se acredite el cumplimiento de las obligaciones ambientales; se coordine con los responsables técnicos que se encargan de ejecutar los estudios y demás acciones en materia ambiental establecidas en las autorizaciones correspondientes, o, en el peor de los escenarios, corresponderá al contratista asumir el cumplimiento de esas obligaciones ambientales.

Como puede advertirse, es indispensable que tanto los contratantes como los contratistas siempre tengan en consideración las disposiciones ambientales aplicables al tipo de obra por contratar o por ejecutar.

Del mismo modo, los contratantes deben establecer de manera clara en la convocatoria, en las bases de licitación, en los requerimientos técnicos y en los modelos de contrato, a quién corresponde gestionar las autorizaciones ambientales o, en su caso, llevar a cabo las acciones relativas al cumplimiento de las condicionantes que establezca la autoridad





ambiental, con el fin de evitar que se generen costos adicionales en los contratos o la clausura de las obras por parte de la autoridad ambiental, lo que implica retrasos y cargas tanto para el contratante como para el contratista.





La contratación pública como instrumento para la garantía y efectividad de los derechos humanos. Consideraciones desde el derecho brasileño¹

Vivian Cristina Lima López Valle*

El Estado contemporáneo se presenta como un *contracting state* por el hecho de interiorizar en sus modos de acción el contrato como instrumento para la realización de sus fines institucionales. Se trata de la realización de derechos funda-

¹ Ideas propias de un artículo desarrollado por la autora: Emerson Gabardo y Vivian Cristina Lima López Valle, “Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales: la concesión como herramienta de planeación”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 25, 2021, pp. 285-308. doi: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.09>.

* Profesora titular de derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Curitiba (PR), Brasil; doctora y magíster en derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná, Curitiba (PR), Brasil; coordinadora del curso de especialización en licitaciones y contratos de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Curitiba (PR), Brasil, y abogada independiente en el área de derecho público. Correo-e: vivian.lima@pucpr.

mentales a partir de la orientación y la implementación de políticas públicas con la ayuda de contratos administrativos, esto es, bajo una planeación estatal fundada en la consensualidad. De esta manera, la contratación pública asume un papel decisivo en la reconfiguración del rol del Estado y en el establecimiento de puentes de cooperación con particulares en los que, a través de asociaciones, el Estado está en condiciones de alcanzar los cometidos públicos definidos en la Constitución.

La verdad es que el Estado del siglo XXI se desarrolla sobre el extenso campo de la contractualización administrativa. La contratación pública asume progresivamente una mayor relevancia en la administración contemporánea, en sustitución o complemento de las tradicionales formas unilaterales de la acción administrativa. De esta manera se vuelve habitual, en diferentes ordenamientos, la idea del ejercicio de la actividad gubernamental por medio de contratos.²

¿Qué modelo, entonces, debería ser compatible con las demandas del siglo XXI en el contexto legal brasileño? Debido a las demandas de satisfacción de los derechos fundamentales existentes en la provisión de servicios públicos, el modelo anterior (estático y unilateral) no es satisfactorio. Por esa razón, en la teoría contractual administrativa la categoría jurídica que resulta más compatible con la asociación entre el Estado y la sociedad civil, para responder a la satisfacción de los derechos fundamentales, corresponde con la noción de contratos relacionales.

² Thiago Lima Breus, *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*, tesis de doctorado en derecho, Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Paraná, 2015.

La estabilización de las políticas públicas exige una racionalidad consensual en la formación del contrato y en su gestión. La visión del contratista como socio o asociado, y no como litigante, es factible y necesaria en los contratos de largo plazo para la prestación de servicios públicos, exactamente en los que viabilizan la materialización de derechos fundamentales. En ese punto, la noción de contratos estatales relacionales aplicada a la teoría contractual administrativa otorga respuestas al principio más compatibles con la naturaleza jurídica de esos contratos y con la propuesta de una asociación entre el Estado y la sociedad civil.³

La visión del contratista como socio o asociado para la satisfacción del bien común se desarrolla en un nuevo ambiente del negocio jurídico, en el que se combinan dos elementos: tanto la lógica procesal de los contratos de concesión como la teoría relacional analizada aquí. Esa teoría relacional viabiliza la planeación del contrato, de la política pública en él inscrita, y de los costos envueltos para la realización de los derechos fundamentales. Y con eso hay una conciencia del pasado, del presente y del futuro en la relación contractual, con la consideración de la promesa individual, de la afirmación de voluntad y de la individualización del participante, donde los contratos son constituidos a partir de relaciones primarias y envuelven una red de agentes y no sólo de las partes, en la medida en que las transacciones económicas involucran el cambio de valores, inclusive no económicos.

³ Vivian Cristina Lima López Valle, “Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 72, 2018, pp. 175-208.

El inicio y el término contractual no son claramente definidos, pues la planeación toma en cuenta la incertidumbre del futuro, asumiendo un carácter procesal y dinámico. En el régimen concesionario, basado en la teoría relacional, los beneficios de la carga de la prueba son compartidos y hay solidaridad, cooperación y fuentes de apoyo moral y económico. Ese es el enfoque que innova en el campo contractual administrativo y permite una visión de la administración pública como función constitutiva de la sociedad.⁴

En la teoría relacional, los contratos estatales imponen un cambio marcado por el comportamiento altruista, el sentimiento del tiempo, las expectativas sobre los problemas futuros, los múltiples aspectos de las relaciones primarias, la emergencia de la planeación y de la cooperación y la división y la socialización de la carga y de los beneficios. Al no dejar claro el futuro, anticipándolo para el presente, se permite una planeación estructural consecuente con la realidad. Por esta razón los contratos estatales sujetos a la teoría relacional son naturalmente incompletos, pues tienden a diluirse entre el pasado, el presente y el futuro a partir de un proceso estructural continuo en el cual la realidad del contrato valora elementos del pasado y considera posibles escenarios del futuro. Asimismo, imponen un reconocimiento de los límites de la personificación del futuro.

El ambiente relacional propicia la discusión de la asignación de los riesgos por las partes como una manifestación de esta nueva concepción relacional de los contratos estatales.

⁴ Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 591-594.

Dentro de ella, la asignación del riesgo sobre la parte que esté en mejores condiciones de soportarlo, así como los posibles escenarios a los que se ve sometido el contrato, entre ellos la mutabilidad, la imposibilidad de ejecución, etcétera, se analizan a partir de un contenido dialógico entre el Estado y los particulares, siempre orientado a la satisfacción del interés público.

Esta naturaleza incompleta de los contratos de larga duración permite una nueva racionalidad en la planeación de políticas públicas que definen derechos fundamentales, y al mismo tiempo desafía los límites impuestos para su modificación. Se parte de una visión procesal del contrato, un concepto dinámico y no estático, donde la alteración de las circunstancias exige una revisión natural del equilibrio contractual, respetando las garantías sustanciales y procesales propias de cada contrato. Un ejemplo de lo anterior corresponde a la contractualización de los servicios públicos a través del régimen de concesión. En este caso, la prestación de los servicios públicos implica una mutabilidad, naturalmente influida por las alteraciones de las demandas sociales.

En este tipo de contratos se exige una discusión respecto del tiempo de la decisión de las cuestiones difíciles del contrato, del modo de la tarifa frente a los imprevistos de la ejecución del objeto, de la ampliación de la demanda y hasta de la alteración de la necesidad de interés público que da origen al contrato. Esa discusión también impone cierta complejidad de los deberes públicos dentro de la contratación, pues evidencia las fragilidades del negocio, exigiendo una planeación contractual adecuada, con asignación de riesgos; la elaboración apropiada de proyectos, y la evaluación técnica, ambiental, económica y hasta social del proyecto.

La complejidad demuestra que, en la actualidad, la agenda de los gobiernos debe responder al incremento cuantitativo y cualitativo de la demanda de servicios públicos.⁵ En Brasil, en pleno siglo XXI, se presenta un aumento de demandas por servicio público con vocación de universalidad que permiten atender y garantizar los derechos fundamentales establecidos por la Constitución federal.

El contrato puede asumir la función de definir el régimen de prestación de los servicios públicos, bajo un amplio contenido normativo infraconstitucional deseable y adecuado a la natural mutabilidad de las demandas sociales. La consecuencia de esto es que el régimen de prestación del servicio público variará dependiendo de los diferentes tipos de contratos existentes en el sistema jurídico. Sin embargo, ese incremento en el contenido normativo de la actividad contractual parte de la ley. Es decir, en Brasil no es la actividad la que define el régimen contractual tradicional, sino los supuestos formales del sistema legal. Por ende, el contrato determina el régimen de prestación del servicio público y al mismo tiempo es condicionado por él, siempre que cumpla con las normas generales establecidas por el legislador. La ampliación en la densidad normativa infraconstitucional necesita fomentar el proceso de apertura del contrato con su propia ejecución. Esto requiere una revisión periódica de las reglas que rigen el sistema de contratación pública. La apertura del contrato, producto de esa idea relacional, enseña así su natural mutabilidad, la cual también se presenta in-

⁵ Pedro Costa Gonçalves, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, Seminário de Justiça Administrativa 9, *Cadernos de Justiça Administrativa*, núm. 64, 2007, p. 36.

trínseca a la propia noción de servicio público. El principio de mutabilidad otorga, especialmente para la realidad de los contratos de larga duración, sentido y unidad, pues confiere fundamento al aspecto de la incompletitud que caracteriza a esos contratos.⁶

Con todo, utilizándose como filtro el sistema constitucional, el contrato de concesión puede representar un instrumento para combatir o superar las amenazas que de alguna manera impiden la correcta y total garantía de los derechos humanos, un valioso espacio de reserva histórica y de estabilidad jurídica. No es razonable la deconstrucción de políticas públicas concesivas de derechos sociales implementadas a través de contratos estatales en el régimen concesionario, con retrocesos históricos y un claro perjuicio al interés público.

⁶ Marçal Justen Filho, “Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos”, en Romeu Felipe Bacellar Filho (coord.), *Direito administrativo contemporâneo*, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 194.



El derecho humano a una buena administración en la contratación pública

Miguel Alejandro López Olvera*

INTRODUCCIÓN

El derecho humano a una buena administración pública, que constituye un principio de actuación para los poderes públicos y un verdadero derecho fundamental de las personas, se vincula y se interrelaciona con otros, como los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición y a diversas prerrogativas de carácter prioritario.

Es un derecho complejo que agrupa principios, garantías, prohibiciones y derechos, cuyo objetivo es dar vigencia al Estado de derecho para hacer eficientes a las administraciones públicas en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos que les co-

* Investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

rresponde tutelar. De este modo, la contratación pública, al menos en México, al incorporar internamente el derecho humano a la buena administración pública, ya está incluyendo la innovación y sus elementos componentes.

No cabe duda que la plena vigencia del derecho humano a la buena administración pública está permeando los ordenamientos latinoamericanos y, especialmente, el espectro de las contrataciones públicas. En México, los tribunales del Poder Judicial Federal ya han dejado claro que este importante derecho humano, reconocido en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y en la Constitución Política de la Ciudad de México, debe generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, con el fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, y que toda persona servidora pública garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y la observancia de los principios generales que rigen la función pública.

La compra pública de innovación, especialmente con base en el uso de las tecnologías, consiste en adquirir un bien o un servicio que no existe en el momento de la compra, aunque puede desarrollarse en un periodo de tiempo razonable, pero también en la incorporación de las tecnologías a los procedimientos de contratación pública. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por las regulaciones estatales e internacionales.

En ese contexto, es importante señalar que el derecho fundamental a la buena administración pública, especialmente en su aplicación a las contrataciones públicas, también



se vincula y se interrelaciona con otros importantes derechos humanos, como los derechos de igualdad de trato, publicidad y claridad de las normas, transparencia y acceso a la información pública, derecho a la verdad, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, así como prerrogativas de carácter prioritario, en términos del artículo 1° de la Constitución mexicana y del parámetro de control de regularidad constitucional, acorde con los criterios jurisprudenciales y los tratados internacionales. A continuación, nos referimos a ellos.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Igualdad de trato

En virtud del principio de igualdad de trato, todos los participantes y todos los contratistas serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato y prohibiéndose expresamente todas las formas de discriminación, cualquiera que sea su naturaleza, en un procedimiento de contratación pública.

Los procedimientos de contratación pública deben distinguirse precisamente por la igualdad de trato. Los actuales instrumentos digitales deben potenciar este principio a través de la interoperabilidad que debe existir entre las diferentes plataformas y los sistemas tecnológicos.

El gobierno es el que posee toda la información de las personas y de las empresas, por lo cual las bases de datos de las dependencias que tienen a su cargo el registro de las

empresas deben interrelacionarse con las bases de datos de Compranet y de todas las demás plataformas de los entes estatales, así como de aquellas bases de datos, como la del Sistema de Administración Tributaria, que puedan potenciar la participación del mayor número de personas en un procedimiento de selección de contratistas.

Publicidad y claridad de las normas

Pensamos, en coincidencia con el profesor Rodolfo Cancino, que el problema de la inflación legislativa en materia de contrataciones públicas se podría solucionar con la expedición de un gran Código Nacional de Contrataciones Públicas.¹

Las directivas internacionales señalan que las autoridades procurarán dar a conocer a las personas interesadas, de manera sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada uno de los países de la región, sus actos, sus contratos y sus resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva esa información.

Las miles de regulaciones dispersas provocan caos normativo y es un verdadero caldo de cultivo de la corrupción. El código puede constituir el gran límite a este tipo de actos y el garante de la seguridad jurídica y de los demás principios que deben regir en las contrataciones públicas. La

¹ Véase Rodolfo Cancino Gómez y Miguel Alejandro López Olvera, *La contratación pública*, Bosch, México, 2019.



publicidad se puede garantizar a través de la contratación pública de innovación si se albergan todas las regulaciones en una sola plataforma digital.

Expediente digital y derecho a la verdad

La era digital nos ofrece la posibilidad de acceder a los expedientes desde nuestras computadoras, herramientas que contribuyen a la garantía de los derechos al debido proceso, acceso a la información, transparencia, igualdad de trato, pero, principalmente, al derecho a la verdad, como un derecho accesorio del derecho a la buena administración pública.

Se debe garantizar el derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos sobre compras públicas. También se tiene que facilitar el ejercicio de este derecho a través de medios electrónicos, como portales de transparencia y acceso a la información de interés general, vinculados a las plataformas de contratación pública.

En cumplimiento del derecho a la verdad, el funcionamiento, la actuación y la estructura de la administración pública deberán ser accesibles a todas las personas, de acuerdo con los estándares del derecho a la buena administración pública, de manera que los participantes y los contratistas, en concordancia con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos digitales adecuados, la información generada por las administraciones públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y

por todas las instituciones que realicen funciones de interés general en materia de contratación pública, con base en los estándares mencionados antes.

Transparencia y acceso a la información pública

Las autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las herramientas que ofrece la era digital con el objetivo de que los procedimientos de contratación pública se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas, según los enunciados de las normas fundamentales e internacionales, como la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico.

La transparencia y el acceso a la información pública, como derechos humanos y principios rectores de la contratación pública, deben ser fomentados a través de las plataformas digitales, los sistemas tecnológicos y las páginas web de los entes públicos.

La contratación pública es un instrumento público garante de los derechos humanos que debe potenciar los principios de ética pública; de ahí que este nuevo derecho humano incorporado al ordenamiento latinoamericano obliga a las entidades contratantes a utilizar la contratación pública de manera estratégica para fomentar la innovación. Por lo tanto, la incorporación, desde hace unas décadas, de numerosos derechos humanos, principios y herramientas tecnológicas, refuerzan la aplicación y el desarrollo de contrataciones públicas de innovación, con fundamento en los derechos humanos a la buena administración pública, a la transparencia y al acceso a la información pública.





DEBERES DEL PARTICIPANTE, OFERTANTE Y/O CONTRATISTA

Como parte del derecho a una buena administración pública, las personas, tanto físicas como morales o jurídicas, en los procedimientos de contratación pública, en sus relaciones con las administraciones públicas, tienen, correlativamente con sus derechos, sendos deberes y obligaciones.

Así lo señala el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

En el mismo sentido, los artículos 24 y 25 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas mexicana establecen el denominado *compliance*, o política de integridad anticorrupción, para las personas morales y jurídicas, el cual debe contener, entre otros elementos, los siguientes:

Un manual de organización y procedimientos que sea claro y completo, en el que se delimiten las funciones y responsabilidades de cada una de sus áreas.

Un código de conducta debidamente publicado y socializado entre todos los miembros de la organización, que cuente con sistemas y mecanismos de aplicación real

Sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría, que examinen de manera constante y periódica el cumplimiento de los estándares de integridad.



Sistemas adecuados de denuncia, tanto al interior de la organización como hacia las autoridades competentes, así como procesos disciplinarios y consecuencias concretas.

Sistemas y procesos adecuados de entrenamiento y capacitación respecto de las medidas de integridad que contiene este artículo; políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad.

Mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de sus intereses.

De este modo, frente a los derechos que reconoce y otorga el ordenamiento jurídico a los participantes y a los contratistas con el Estado, también establece sendas obligaciones, cuyo cumplimiento es parte fundamental del derecho a una buena administración pública, y son, entre otras, la lealtad, la veracidad, la colaboración y la responsabilidad.

La contratación pública de innovación debe potenciar el respeto de estas obligaciones, al exigir a los participantes y a los contratistas que incorporen a las plataformas los documentos mencionados antes.

Lealtad

Los participantes y los contratantes en los procedimientos de contratación pública deberán cumplir sin cortapisas con los principios y las obligaciones derivados de la Constitución, las leyes, así como el ordenamiento jurídico internacional, con arreglo a las exigencias de un Estado de derecho. Dichas obligaciones deben constar en las plataformas digitales.





El ordenamiento jurídico, especialmente en materia de contrataciones públicas, debe ser acatado por los contratantes, interpretado a la luz de los derechos humanos. Si una regulación no contiene una obligación o un derecho humano de manera expresa, no es un motivo para incumplirlo. Los principios convencionales obligan a todos los entes y a todas las personas, especialmente a aquellas que reciben dinero público, a realizar un control de convencionalidad a favor de los sujetos que, en su conjunto, representan el interés general o público del Estado.

La lealtad también se relaciona con el principio de bien común, en virtud del cual todas las decisiones y las acciones, tanto de los funcionarios como de los contratistas, deben estar dirigidas a la satisfacción de las necesidades y los intereses de la sociedad, y estar por encima de intereses particulares.

Veracidad

En virtud del principio de veracidad, los participantes y los contratistas tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la administración pública, evitando cualquier afirmación o aportación falsa o temeraria.

Las convenciones anticorrupción, así como los programas anticorrupción estatales, son los ejes que deben seguir los Estados para sancionar cualquier acto de corrupción; no sólo para combatir potenciales violaciones a la legalidad, sino también para garantizar los derechos humanos y los principios de la ética pública.

Los códigos de ética que rigen para los entes públicos son aplicables a los contratantes, ya que forman parte del



ordenamiento jurídico, y también son aplicables a las personas que reciben fondos públicos, es decir, funcionarios y contratistas con el Estado.

Colaboración

El principio de colaboración, especialmente en materia de contrataciones públicas, tiene que ser respetado. Los contratistas y los participantes en los procedimientos de contratación pública deberán colaborar, siempre y en cualquier momento, para garantizar el buen desarrollo de los procedimientos y las actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico, especialmente en materia de derecho a la buena administración pública.

Responsabilidad

Tanto los funcionarios como los participantes y los contratistas deben ejercer, con la máxima responsabilidad, los derechos y las obligaciones que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen erogaciones innecesarias de los recursos del Estado.

El principio de responsabilidad se aplica tanto a los funcionarios como a los entes públicos contratantes, y se les debe sancionar disciplinaria y penalmente cuando incurran en conductas reprochables.





Pero también se deben reparar los daños patrimoniales a los participantes y a los contratistas cuando el Estado los haya causado.

No puede haber innovación sin un sistema efectivo de responsabilidades.

CONCLUSIONES

No cabe duda de que la contratación pública es uno de los elementos que mayor impacto recibe del derecho a la buena administración pública, cuyo fin último es garantizar y proteger la dignidad humana.

La incorporación de este derecho fundamental a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos será el motor que impulse el respeto a los derechos humanos, que garantice el interés general de la sociedad y que ayude a combatir eficazmente la corrupción.

En síntesis, la contratación pública de innovación se ve reflejada en la incorporación del derecho a la buena administración pública a los ordenamientos jurídicos.





La rendición de cuentas y la gestión del riesgo de corrupción en la contratación pública

Javier Miranzo Díaz*

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años se viene trabajando, de manera notoria, tanto en la esfera nacional como en la internacional, por la creación de un entorno jurídico y administrativo adecuado en la contratación pública que permita implantar las necesarias medidas de prevención. Sin embargo, este proceso de transformación de la administración y de los órganos de contratación hacia una cultura de la integridad o de la gestión de riesgos todavía dista de haberse completado. Este objetivo se plasmó con decisión a nivel europeo con la aprobación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, traspuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley

* Profesor lector de derecho administrativo en la Universitat Oberta de Catalunya.

9/2017 de contratación pública. Ambas componen el marco normativo de referencia actual en España, que propone un cambio de paradigma en la forma en que la administración rinde cuentas y gestiona los riesgos de corrupción.

Este interés se hace especialmente evidente si tenemos en cuenta que en la actualidad se encuentra en proceso de trasposición la directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones al derecho de la Unión. Su contenido debió ser trasladado al ordenamiento jurídico español antes del 17 de diciembre de 2021, pero, incluso en el probable supuesto de incumplimiento en el plazo de trasposición, el contenido de la directiva incluye numerosos artículos que pueden entenderse con efecto directo, dado su contenido claro, preciso e inequívoco.

La nueva responsabilidad de la administración exige un cambio de paradigma que transforme a los organismos públicos de actores pasivos en la lucha contra la corrupción —sujetos vigilados— a protagonistas activos de este camino hacia la integridad —sujetos vigilantes—. El papel de las entidades adjudicadoras debe cambiar, y en este nuevo rol su objetivo debe ser gestionar los riesgos de corrupción. Para tal efecto, las administraciones deben impulsar los mecanismos necesarios que les permitan llevar a cabo esta función de detección, evaluación y gestión de riesgos.

LOS CANALES DE DENUNCIAS

En concreto, en el camino hacia la construcción de este entorno que permita identificar los riesgos, el cambio de perspectiva de la normativa europea y española, la directiva



prevé la obligatoriedad de la creación de un canal interno de denuncias anual en las municipalidades de más de 10 000 habitantes y de aquellas entidades públicas que superen los 50 empleados. La existencia de estos canales, además, se justifica por el hecho de que, según han mostrado diferentes estudios, los denunciantes utilizan, de manera generalizada, los canales internos como primera opción, los cuales han demostrado ser más efectivos en cuanto a su utilización y su acceso por parte de los empleados. Para que este canal sea efectivo tendrán que abordarse cuestiones como la forma de recepción de las denuncias, la confidencialidad, el órgano competente para su recepción, etcétera. En este sentido, no debemos olvidar que más de 50% de los casos de corrupción detectados en la Unión Europea lo son gracias a informaciones o denuncias de las personas involucradas en los procedimientos afectados.

DECLARACIONES DE AUSENCIA DE CONFLICTO DE INTERÉS

Otros elementos, como el sistema de declaración de conflictos de interés o los canales informativos, en efecto pueden estar condicionados por la forma en que hayan sido configurados estos canales, pues sus funcionalidades pueden solaparse o cruzarse en determinados supuestos. Un diseño de los buzones de denuncias o de los procedimientos de declaración de conflictos de interés, contrarios o ajenos a este procedimiento de denuncia interno, podría derivar en incongruencias e incoherencias que pondrían en riesgo la eficacia de los instrumentos. Por el contrario, la construcción de este

sistema en concordancia con el resto de los instrumentos generaría sinergias altamente positivas en el sistema de gestión de riesgos de corrupción y permitiría contar con un engranaje coherente, en el cual los canales de flujo de información podrán servirse de los incentivos de los actores intervinientes para potenciar la visibilización de situaciones de riesgo. Este correcto sistema de visibilización de riesgos, ligado a un adecuado sistema organizativo y a un correcto reparto de competencias, permitiría la implantación efectiva de un sistema de evaluación de riesgos *ex ante* o con carácter cíclico.

EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y HERRAMIENTAS DIGITALES

La transformación digital, la creciente abundancia de datos en general y la disponibilidad de normas de datos abiertos ofrecen oportunidades para establecer mejores análisis con objeto de elaborar políticas basadas en las necesidades y los sistemas de alerta para señalar y combatir la corrupción en la contratación pública. Al día de hoy, la existencia de numerosos sistemas de indicadores, unida a la implantación de los sistemas electrónicos, permiten una mayor racionalización de los esfuerzos, atendiendo a las áreas de riesgo y no a criterios meramente legales o cíclicos. El flujo de información debe permitir la identificación adecuada de situaciones de riesgo a nivel micro (contrato a contrato) y realizar evaluaciones globales a nivel macro (en el sistema de contratación a nivel nacional o europeo).

Estas herramientas pueden hacer que determinados indicadores, que hasta ahora se consideraban inobservables o



irrecopilables, se vuelvan observables. Así, los indicadores que son difíciles o imposibles de apreciar, incluso si se realiza una supervisión “sobre el terreno” del contrato, como en el caso de las presiones a los miembros de la mesa de contratación, la falsificación de currículums en prestación de servicios, etcétera, o los que no dejan un rastro palpable en los documentos de contratación, y son difíciles de identificar en un “examen de oficina”, como la elaboración de especificaciones técnicas o de criterios de selección en exceso limitadores de la concurrencia, ahora pueden ser identificados si se aplican determinadas herramientas tecnológicas.

GESTIÓN DEL RIESGO

Por último, deben abordarse estos indicadores evitando estigmas y celos ante posibles resultados negativos. Las administraciones deben vislumbrar que un riesgo no es un peligro sino una probabilidad de peligro. Y este matiz es muy importante porque toda la gestión de riesgos gira en torno de la idea de que si la probabilidad es significativa (riesgo inherente) hay que planificar actuaciones para reducirla (riesgo residual). De esta manera, debemos asumir que la posibilidad de que exista un riesgo de corrupción persiste en mayor o menor medida, igual que en su día se interiorizó la existencia de riesgos laborales.

Para eso es preciso emplear métodos de trabajo que garanticen el diseño de actuaciones encaminadas a evitar, en la medida de lo posible, que los riesgos identificados se materialicen (planificación preventiva), y establecer los mecanismos para detectar, lo antes posible, los riesgos que ya se han ma-

terializado y responder con celeridad para evitar que las consecuencias se agraven (planificación contingente). Así pues, si existen riesgos (o áreas de riesgos) que requieren una gestión inmediata en caso de que haya muchos valorados con puntuaciones elevadas, o calificados como muy probables o muy graves, deberán priorizarse y agendarse, así como asignarse y tramitarse los recursos necesarios para iniciar la gestión.

Las entidades contratantes deben, pues, desarrollar una verdadera planificación en materia de integridad. Para eso, deben incluir una evaluación inicial que permita identificar los riesgos (llevar a cabo un análisis de los riesgos existentes en la contratación pública), evaluar la probabilidad de que ocurran y analizar los posibles factores de riesgo y los factores potenciadores. También se deben analizar las medidas existentes en la organización y su eventual efecto mitigador o potenciador de las irregularidades. Sobre ello las entidades pueden diseñar un plan de actuación, estructurado temporalmente, con la asignación de recursos y la implementación de las medidas necesarias. De esta forma, las entidades deben ser responsables de optimizar su sistema administrativo con el objetivo de visibilizar cualquier irregularidad, así como disponer de los medios para abordarla y corregirla con las debidas garantías.

CONCLUSIONES

Más allá de una conceptualización correcta, la esencia de una adecuada formulación de un entorno de contratación íntegro pasa por la *desmitificación* de la corrupción, la cual precisa de un conocimiento exhaustivo del fenómeno. De-



bemos ser conscientes, tanto la sociedad como los gestores, de que la corrupción no es un fenómeno extraño que afecta únicamente a personas sin escrúpulos dedicadas a hacer el mal de la forma más pueril. A pesar de los estigmas de la sociedad, la corrupción sobrevuela la realidad y puede afectar a cualquier persona y a cualquier procedimiento o contrato, en mayor o en menor medida. No se trata de una realidad taxativa, y sus límites —lo que la diferencia del resto de las irregularidades— no son de apreciación evidente.

La construcción de un nuevo derecho de la contratación pública que pretenda ser efectivo contra la corrupción debe generar un entorno íntegro en la totalidad de los contratos y no sólo en aquellos de gran tamaño o de abultado presupuesto. Las formas de materialización de estas irregularidades son casi interminables, pueden aparecer en cada una de las fases del procedimiento y, en muchas ocasiones, trascender la legalidad o la ilegalidad del acto para pasar a ser una cuestión de exceso en la discrecionalidad administrativa. La identificación de los límites o de los motivos subyacentes en este tipo de desviaciones del interés general es extremadamente difícil. Para eso es necesaria una aproximación funcional, la utilización de indicadores que faciliten la detección de tendencias anómalas en los contratos y redoblar la vigilancia. Se trata de identificar elementos que puedan representar un riesgo o esconder prácticas fraudulentas, como la reducción injustificada del plazo de presentación de ofertas; el uso constante, excesivo o injustificado de procedimientos extraordinarios de concurrencia limitada o de adjudicación directa; la celebración de contratos que acarian, sin alcanzarlos, determinados umbrales de publicidad; la limitada concurrencia en uno o varios contratos, etcétera.

La instrumentalización de los actores en el procedimiento de contratación se configura, pues, como una de las esencias de la normativa en materia de integridad: se deben generar mecanismos para que los empleados públicos, la sociedad civil y los propios licitadores se sientan motivados y sean capaces de actuar como vigilantes del proceso. La entidad adjudicadora, como elemento central del sistema de compra pública, debe asumir un papel principal en la detección, la mitigación y la corrección de los eventuales riesgos existentes.





La imprescindible profesionalización de la contratación pública

José Antonio Moreno Molina*

El impacto de la pandemia de Covid-19 ha sido enorme en todos los ámbitos de la vida social, política, económica y jurídica.¹

La contratación pública ha sido uno de los sectores del derecho público más afectados por el Covid-19, al hacer necesario adquirir, los gobiernos y las administraciones nacionales, regionales y locales, muchos bienes y servicios y contratar obras para hacer frente a la gravísima situación ocasionada para atender los derechos y los servicios esen-

* Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Castilla La Mancha, España.

¹ El monográfico contenido en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, con el título “Coronavirus y otros problemas”, incluye análisis completos desde distintas disciplinas de la normativa generada en este contexto. El especial está disponible en <http://www.elcronista.es/El-Cronista-número-86-87-Coronavirus.pdf>. Consultado el 29 de julio de 2021.

ciales de los ciudadanos, especialmente relacionados con la protección de su vida y su salud.

Lo anterior ha dado lugar a compras públicas, en muchos casos tramitadas mediante procedimientos excepcionales y de emergencia que han dado lugar a graves problemas de adquisiciones con sobrepuestos, en las cuales no se ha controlado la necesaria calidad de los bienes y los servicios contratados. Ha habido una competencia desenfadada y sin sentido entre los gobiernos nacionales y, en ocasiones, entre las propias administraciones regionales y locales de los países.

Entre los aspectos más criticables de esta situación a nivel global se puede señalar la falta de publicidad y transparencia de muchos de estos contratos para hacer frente al Covid-19; las graves carencias de planificación y programación de las compras públicas; la ausencia de compras conjuntas por parte de distintas administraciones, a nivel tanto nacional como internacional, así como la paralización de los contratos públicos en ejecución o de los procedimientos de licitación pública en curso no relacionados con el Covid-19 pero que afectaban los servicios públicos de los ciudadanos que no deberían haberse suspendido.

En este sentido, ha fallado la utilización efectiva de la contratación pública electrónica, así como la administración electrónica en general, que podían/debían haber permitido que se siguieran desarrollando la mayoría de las funciones y los servicios públicos.

Pues bien, en este escenario de legislación compleja y sujeta a constantes modificaciones los operadores de las compras públicas tienen que actuar y por eso resulta de verdad imprescindible la profesionalización de la contratación pú-



blica.² En la Unión Europea hay que destacar, en este sentido, las propuestas de la recomendación UE 2017/1805 de la Comisión Europea del 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública, así como de ProcurCompEU, un instrumento diseñado por la Comisión Europea para contribuir a la profesionalización de la contratación pública, que puede consultarse en el enlace https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf (consultado el 29 de julio de 2021).

Como señala este último documento, la profesionalización es esencial para garantizar que los compradores públicos dispongan de las capacidades, los conocimientos y la integridad necesarios para llevar a cabo su trabajo y sus tareas, de conformidad con la ley, de manera eficiente, eficaz y estratégica, con vistas a lograr rentabilidad para los ciudadanos.

El Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública (ProcurCompEU) tiene por objeto valorizar la profesión de la contratación como una función estratégica y prepararla para los retos futuros, desarrollando un marco de competencias como herramienta de recursos humanos que define el conjunto de conocimientos y capacidades que deben poseer los profesionales para realizar su trabajo y sus tareas de una manera eficaz y eficiente.

² Véase M. A. Sanmartín Mora, “La profesionalización de la contratación pública”, en varios autores, *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, J. M. Gimeno Feliú (dir.), Civitas, 2012, pp. 318 y ss.; E. Malaret, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2016, pp. 21-60, y J. Cantero Martínez, “La profesionalización de la contratación pública como herramienta de innovación”, en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, I. Martín Delgado y J. A. Moreno Molina (dirs.), Iustel, Madrid, 2020, pp. 197 y ss.

Este marco de competencias en la contratación pública puede ayudar a los profesionales a autoevaluar sus capacidades y sus puntos fuertes, detectar las deficiencias y las necesidades de formación, diseñar y planificar un itinerario de desarrollo personal y profesional, y mejorar su rendimiento.

La contratación pública va a ser clave en los próximos meses y años para impulsar una reactivación de las economías nacionales y el empleo. Por ejemplo, la Unión Europea ha aprobado un histórico fondo de reactivación económica para paliar los daños del Covid-19, dotado con 750 000 millones de euros a los 27 Estados miembros de la Unión, que impulsa inversiones que deben ser digitales, sostenibles, inclusivas e integradas globalmente. En este sentido, puede consultarse la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Plan de inversiones para una Europa sostenible. Plan de inversiones del Pacto Verde Europeo” (COM [2020] 21 final, del 14 de enero de 2020); el reglamento 2020/2094 del Consejo, del 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un instrumento de recuperación de la Unión Europea para apoyar el rescate tras la crisis del Covid-19, y el reglamento 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, del 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

Como acertadamente señala el profesor J. M. Gimeno Feliú, resulta imprescindible una nueva cultura de contratación pública

responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en



valor la calidad de la prestación. La poscrisis es la oportunidad para impulsar este modelo”.³

La programación y la planificación son fundamentales en el nuevo sistema de compras públicas que debe tener como grandes objetivos el impulso de la contratación estratégica, la simplificación procedimental y la plena efectividad de la contratación pública electrónica.

Uno de los principales retos de la contratación pública que más claramente ha puesto de manifiesto la pandemia del Covid-19 ha sido la necesidad de impulsar el proceso de implantación de la licitación electrónica y garantizar la plena efectividad de la utilización de medios electrónicos en todos los procesos y fases de los procedimientos de compra pública.

De la pandemia también resulta la necesidad de impulsar la transparencia, la publicidad y la contratación abierta a todos los ciudadanos (las principales características de un sistema de contratación abierta las define la *Guía sobre gobierno abierto* de la Open Contracting Partnership, https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2019/06/open-gov-guide_summary_cross-cutting-topics_ES.pdf, consultada el 21 de julio de 2021).

El nuevo escenario de la normativa contractual y los principios relevantes que deben respetarse en todos los contratos públicos recientemente han sido destacados por la sen-

³ J. M. Gimeno Feliú, “La crisis sanitaria Covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas”. Disponible en <http://www.obcp.es/sites/default/files/2020-04/LA-CRISIS%20SANITARIA%20COVID19.%20REFL%20EXIONES%20SOBRE%20SU%20INCIDENCIA%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA%20Y%20LAS%20SOLUCIONES%20ADOPTADAS2.pdf>. Consultado el 18 de junio de 2021.

tencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 30 de enero de 2020, asunto C-395/18 (ECLI:EU:C:2020:58), con referencia expresa a la necesidad de respetar los requisitos sociales y ambientales por parte de todas las administraciones y las entidades públicas.

Hay que tener en cuenta el decisivo impulso de la contratación pública estratégica por los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas; por la directiva de la Unión Europea 2014/24, que la vincula con la consecución de los objetivos de la Estrategia 2020 de la misma Unión Europea, y por la Ley española 9/2017, de contratos del sector público, que llega más allá incluso que la directiva 2014/24, con su artículo 1.3 al frente, al determinar la aplicación, en toda la contratación pública, “de manera transversal y preceptiva”, de criterios sociales y medioambientales.

La Comisión Europea acaba de publicar la segunda edición de *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas* (DOUE 2021/C 237/01, del 18 de junio de 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2021_237_R_0001&, consultada el 16 de julio de 2021) que define la contratación pública socialmente responsable como aquella cuyo objetivo es abordar la repercusión que los bienes, los servicios y las obras adquiridos por el sector público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no sólo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue.





Por otra parte, hay que destacar también la reciente publicación de la comunicación de la Comisión Europea “Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación” (2021/C 267/01, 6 de julio de 2021), y, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), del informe “Government at a Glance 2021” (<https://www.oecd.org/gov/>), que destaca que el uso de la contratación pública estratégica se encuentra presente en la regulación de 26 países de la OCDE y de un socio como Brasil.





La cláusula anticorrupción en el régimen nacional de contrataciones públicas de Argentina

Jorge I. Muratorio*

LA IDONEIDAD MORAL DEL OFERENTE Y DEL CONTRATISTA PÚBLICO

Sostenía entre nosotros Miguel S. Marienhoff que “uno de los fines esenciales del Estado debe consistir en lograr la vigencia de un orden de vida basado en las más puras actitudes morales”,¹ siendo éste uno de los tantos motivos por los cuales siempre se ha exigido que en las contrataciones públicas los oferentes y los contratistas del Estado

* Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires (1990), magíster profesional en derecho administrativo por la Universidad Austral (1992), director del Observatorio de la Contratación Pública de la Universidad Austral y socio del Estudio O’Farrell de la ciudad de Buenos Aires.

¹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, Buenos Aires, 1983, núms. 663.B, 628.B y ss.

presenten suficiente idoneidad moral, técnica y financiera. Así, la integridad se ha erigido en un verdadero principio de la contratación pública, siendo su principal afrenta la corrupción.

En ese sentido resultan de especial interés la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley 24.759 (1996), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Ley 26.097 (2006), en las cuales son conocidas la definición de los actos de corrupción y soborno que involucran a funcionarios públicos y la consecuente obligación de prevención, especialmente en materia de contrataciones públicas.

En cumplimiento de estas normas existe una tipificación penal de esos delitos, pero no se ha quedado atrás el sistema de contrataciones público que autónomamente tipifica y sanciona estas conductas. Son las llamadas cláusulas anticorrupción.

LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIONES ARGENTINO

En Argentina, en función del régimen federal de gobierno, la regulación de la contratación pública corresponde al Estado nacional, a los 23 estados provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los municipios.

En ese contexto, en el Poder Ejecutivo Nacional, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN, aprobado por decreto 1023/01) se aplica a la mayoría de los órganos que integran la administración pública nacional —exceptuadas empresas públicas, fondos fiducia-



rios, entre otros— y para contratos tanto administrativos (suministros, consultoría, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado, obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias) como regidos por el derecho privado (compraventas, locaciones, servicios, alquileres con opción a compra, permutas).

La cláusula anticorrupción se encuentra en el artículo 10 del RCAN y textualmente establece lo siguiente:

Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que:

a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descrita, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica.

Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa.

La conducta tipificada

Como se advierte, la conducta considerada corrupta básicamente consiste en “dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva” con la finalidad de que por ese motivo los agentes públicos (funcionarios y empleados) competentes hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones y en interés del oferente o contratista, por sí o influenciando con su cargo al agente competente.

De igual modo, habrá acto de corrupción cuando cualquier persona influya sobre el agente competente a igual fin. Y todo esto, aun en grado de tentativa.

Determinación de la existencia de la conducta

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿quién determina que ha ocurrido esa conducta y mediante qué medio?

Como se advierte, la norma no requiere la preexistencia de una sentencia penal, por lo cual está previendo que se determine su acaecimiento en sede administrativa y que, ante ello, se proceda sin más trámite.

Aun así podemos agregar que se requiere que esa constatación sea “fehaciente”, como surge del decreto 1169/2018 que establece la sanción de suspensión para contratar por un plazo mayor a un año y hasta cinco años cuando se constate fehacientemente que el oferente, adjudicatario o cocontra-



tante, hubiere incurrido en las conductas descritas en el artículo 10 del RCAN [anexo II, artículo 1.b)].

Esa constatación fehaciente podrá hacerse propiamente en sede administrativa o bien ser tomada de una causa penal (*v.gr.*, de la prueba producida), pero no porque se requiera estrictamente esto último, sino como modo de acreditar lo primero. En este sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), máximo organismo de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional, ha procedido de esta forma —con base en lo investigado en una causa penal— para otro supuesto de vicio licitatorio, esto es, la licitación dirigida, contemplada en el artículo 18 del RCAN (dictamen del 12 de junio de 2017).

Asimismo, la administración ha dispuesto en más de un caso la investigación administrativa de la situación de contratos en función de sospechas de corrupción.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA CONDUCTA

La constatación fehaciente de la existencia de la conducta de corrupción produce efectos desestimatorios o rescisorios, según la etapa en que se encontrare la contratación, ya sea de licitación pública o privada (restringida), o bien durante la ejecución del contrato.

Claro está que en ambos casos será necesario un acto administrativo que así lo declare, que cumpla con todos los requisitos de validez, pudiendo ser impugnado por los interesados mediante el sistema de recursos administrativos.

Asimismo, corresponde precisar que la aplicación de la norma anticorrupción genera efectos para el caso concreto,

ya sea del rechazo sin más trámite de la propuesta o la oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato.

Pero eso de por sí no extiende igual solución para otras licitaciones o contratos en curso de ejecución.

En efecto, esto último no sólo no lo prevé la norma —de interpretación restrictiva— sino que expresamente se establece la continuidad de esas ofertas y esos contratos en los decretos 1030/2016 (artículo 108) y 1169/2018 (anexo II, artículo 3º), en cuanto instituyen que una vez aplicada una sanción de suspensión —por ese motivo—, ella no impedirá la obligación de cumplir con los contratos que la persona tuviere adjudicados o se encontraran en curso de ejecución, ni de sus posibles ampliaciones o prórrogas. La normativa sí prohíbe que se le puedan adjudicar nuevos contratos desde el inicio de la vigencia de la sanción y hasta la extinción de aquélla.

LA SOLUCIÓN REVOCATORIA EN LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Más allá de la solución revocatoria contemplada en la cláusula anticorrupción, nuestra Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (LNPA, 1972) también prevé el ejercicio de esa potestad, pudiendo aplicarse de modo concurrente.

En efecto, la LNPA, que es aplicable a las contrataciones administrativas (artículo 7º, inciso *f*), establece el deber de revocar el acto administrativo afectado de “nulidad absoluta” en sede administrativa, cuando el particular ha conocido



el vicio; de lo contrario deberá plantearse la acción judicial de lesividad (artículos 17 y 18 de la LNPA; PTN 182:170 y 206:141; Corte Suprema de Justicia de la Nación, casos “Almagro” y “Furlotti Setien”, fallos 321:169 y 314:322, respectivamente).

La revocación posee efectos retroactivos; es decir, restablece la situación al momento anterior al acto de adjudicación (*ex tunc*), procediendo, en su caso, las indemnizaciones pertinentes.

Como principio la declaración y/o la revocación de la nulidad absoluta del contrato en sede administrativa y/o, en su caso, el planteo de la acción judicial para ello, se considera imprescriptible.

De este modo, los contratos afectados por vicios graves en sus elementos esenciales (voluntad, competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) deben ser revocados en sede administrativa o judicial, según el particular haya conocido o debido conocer esos vicios.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

En relación con el tema en análisis, conforme lo establece el artículo 28 del RCAN, no están en habilidad para contratar con la administración los sancionados, como quienes hayan incurrido en la conducta del artículo 10 del RCAN, en cuanto, y como lo ha explicado la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC), órgano rector del RCAN, la sanción es punitiva, excede el contrato y puede producir inhabilidad (dictamen de la ONC del 15 de enero de 2020).

También se inhabilita a las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la administración pública nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción (artículo 28 del RCAN).

Lo anterior incluye a personas humanas y jurídicas. Respecto de estas últimas cabe aclarar que desde finales de 2017 en Argentina rige la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal Empresaria, por la cual los delitos en cuestión abarcan a las personas jurídicas involucradas en hechos acaecidos desde aquella fecha (PTN, dictámenes 307:176).

Asimismo, se ha discutido mucho si el procesamiento mencionado en la norma debe estar “firme” para que se configure la causal de inhabilitación; sin embargo, se ha entendido que no se requiere esa exigencia pues la norma no lo establece (ONC, dictámenes de 2012 y 2018).

La oferta presentada por personas incursoas en esas inhabilidades será desestimada sin posibilidad de subsanación [artículo 66, inciso *b*, anexo del decreto 1030/2016].

INELEGIBILIDAD

La reglamentación del RCAN (aprobada por el decreto 1030/2016) establece como pauta de inelegibilidad y, por ende, el deber de desestimar la oferta, en los supuestos en que sean oferentes personas jurídicas condenadas, con sentencia firme recaída en el extranjero, por prácticas de soborno o cohecho transnacional, en los términos de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para combatir el cohecho a funciona-

rios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, por un lapso igual al doble de la condena, y las personas humanas o jurídicas incluidas en las listas de inhabilitados del Banco Mundial y/o del Banco Interamericano de Desarrollo, a raíz de conductas o prácticas de corrupción contempladas en aquella convención de la OCDE mientras subsista esa condición (artículo 68, incisos *b* e *i*, anexo del decreto 1030/2016).

La oferta presentada por personas inelegibles será desestimada sin posibilidad de subsanación [artículo 66, inciso *c*, anexo del decreto 1030/2016].

COLOFÓN

Conforme hemos visto, la cláusula anticorrupción otorga a la administración unas potestades desestimatorias, revocatorias y sancionatorias muy graves e importantes.

En nuestro derecho esas potestades prácticamente no se han utilizado hasta el momento, pues es claro que la determinación de esas conductas prohibidas en sede administrativa es de difícil comprobación fehaciente, mientras que las causas penales suelen extenderse más allá de la vida de los contratos públicos.

Asimismo, diversas encuestas confirman que debe existir una confianza mucho mayor para que se produzcan las denuncias de fraude y corrupción en contratos públicos, lo cual seguramente requiere concentrar y simplificar la regulación, un mejor y más eficiente funcionamiento institucional (incluido un órgano independiente de apelación en sede administrativa), una mayor información accesible y

sistematizada, una evaluación sistémica de los riesgos de la corrupción y una adecuada participación ciudadana. En fin, como dice Ortega y Gasset en *Meditaciones del Quijote*, es de la aspiración de lo que vive la noble ficción heroica.





Asociación para la innovación en la contratación de energía y otros sectores especiales

Jaime Pintos Santiago*

El artículo 1, grupo 22 de la directiva 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, define la innovación como la

introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros, con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a

* Socio director del despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores, profesor de derecho administrativo por la Universidad a Distancia de Madrid, director del Título de Especialista en Contratos Públicos UDIMA y funcionario de Carrera en Excedencia.

apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

El procedimiento de “asociación para la innovación” se introduce en el régimen jurídico español en la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014 (LCSP), como uno más junto a los ya existentes: abierto, restringido, negociado y en diálogo competitivo.

Como bien se señala en el preámbulo de la LCSP vigente, en concordancia con el considerando 49 de la directiva 2014/24/UE, este nuevo procedimiento surge con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras y se ha previsto expresamente para los casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la administración. Se trata, por lo tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. Para estos efectos pueden utilizarse las consultas preliminares del mercado, previstas en el artículo 115 de la LCSP.

Así, los artículos 177 de la LCSP y 31 de la directiva clásica, caracterizan la asociación para la innovación como el procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes.





La directiva 2014/24/UE, de contratación pública, perfila, en relación con este nuevo procedimiento, un proceso en el que, tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Éste podrá desarrollarse en fases sucesivas y culminará con la creación de la asociación para la innovación.

Esta asociación para la innovación se estructurará, a su vez, en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre el órgano de contratación y los licitadores, sino entre aquél y uno o más socios, y generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por lo tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, asociación con los socios y adquisición del producto resultante.

Procedimiento que también ha sido recogido como novedoso en el real decreto-ley 3/2020, del 4 de febrero, de medidas urgentes, por el cual se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores: de seguros privados, de planes y fondos de pensiones, del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Su objeto es la trasposición parcial a la directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, del 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 también dar trasposición



parcial a la directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

De este modo se introduce como novedad la regulación del procedimiento de asociación para la innovación, imponiéndose a las entidades contratantes la obligación de motivar la elección del procedimiento.

El nuevo procedimiento de asociación para la innovación, también para los sectores especiales o excluidos (comúnmente conocidos así en la doctrina), nace con la idea de fomentar el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado.

Se prevé su utilización y como recurso al cual se puede acudir cuando las soluciones que hay disponibles en el mercado no pueden dar satisfacción a la necesidad de una entidad contratante en relación con el desarrollo de determinados productos, obras o servicios innovadores y su ulterior adquisición, y permite, como decíamos, a las entidades contratantes, establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas a realizar este desarrollo y esta adquisición posterior, generando así el denominado “tirón comercial”.

El procedimiento que se perfila en la directiva es el que sigue:

- Tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, después de lo cual los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación.
- Éste podrá desarrollarse en fases sucesivas y culminará con la creación de la asociación para la innovación.





- Esta asociación para la innovación se estructurará, a su vez, en fases sucesivas, pero ya no tendrá lugar entre la entidad contratante y los licitadores, sino entre aquél y uno o más socios.
- Generalmente culminará con la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes.

Se trata, por lo tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, asociación con los socios y adquisición del producto resultante. A este esquema responde el artículo 87 del real decreto-ley 3/2020, dedicado monográficamente a la regulación de este nuevo procedimiento, cuyo esquema desarrollado obedecería a la siguiente representación:

I. *Preparación del expediente*

- a) Estructura
- b) Configuración y seguimiento
- c) Régimen jurídico
- d) Los pliegos
- e) Valor estimado

II. *Licitación*

- a) Anuncios
- b) Plazos
- c) Solicitudes de participación
- d) Propositiones
- e) Negociación
- f) Mesa especial del procedimiento de asociación para la innovación



III. *Adjudicación*

- a) Selección de candidatos
- b) Adjudicación

IV. *Ejecución y conclusión*

- a) Adquisiciones derivadas del procedimiento
- b) Informes

En el procedimiento de asociación para la innovación cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio que sirva de convocatoria de licitación.

En los pliegos de condiciones la entidad contratante determinará la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará, asimismo, qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los participantes.

Asimismo, la entidad contratante podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios empresarios que realicen por separado actividades de investigación y desarrollo.

Sólo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por la entidad contratante tras haber evaluado la información facilitada.

Las entidades contratantes podrán limitar el número de candidatos admitidos a presentar una oferta que serán invitados a participar en el procedimiento y los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio. La asociación para la innovación





tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre la entidad contratante y los participantes.

La asociación para la innovación deberá estructurarse en etapas sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

A partir de esos objetivos, la entidad contratante podrá decidir, al final de cada etapa, poner fin a la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de aquéllos, siempre que la entidad contratante haya indicado en los pliegos de condiciones que puede hacer uso de estas posibilidades y de las condiciones en que puede hacerlo.

Salvo que se disponga lo contrario, las entidades contratantes negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por éstos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Durante la negociación las entidades contratantes velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, las citadas entidades no facilitarán de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.



Además, las entidades contratantes no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo y expreso de éste.

Las negociaciones se podrán hacer en fases sucesivas, con el fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación. En el anuncio que sirva de convocatoria de licitación, o en los pliegos de condiciones, la entidad contratante deberá indicar si hará uso de esta opción.

Al seleccionar a los candidatos, las entidades contratantes aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y el desarrollo, y del desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras.

En los pliegos de condiciones la entidad contratante definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, la entidad contratante no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo expreso y específico de este último, que no podrá adoptar la forma de una renuncia general.

La entidad contratante también velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes etapas, reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

El valor estimado de los suministros, servicios u obras adquiridos no será desproporcionado con respecto a la inversión para su desarrollo.





En definitiva, estamos ante un novedoso procedimiento y un excelente tema de estudio, que puede dar lugar a interesantes resultados tras la aplicación de cada una de las fases previstas como reglas de general aplicación. Será cuestión de estar atentos y, por qué no, de ser parte activa de este avance normativo, procedimental y de gestión.





Estándares de derechos humanos en la contratación pública

José Antonio Ramos Meza*

INTRODUCCIÓN

Los cambios digitales que ha enfrentado la sociedad moderna han significado una nueva relación entre el aparato gubernamental y la población. La sociedad cuenta hoy con herramientas para informarse prácticamente en tiempo real sobre la actividad de los servidores públicos, formular críticas y exigir rendición de cuentas sin esperar una visita del servidor público, acudir a su dependencia o durante las campañas electorales.

En este contexto, los Estados, los organismos internacionales y la sociedad han impulsado la construcción de un marco regulatorio para el combate a la corrupción. Uno de los temas centrales es el régimen de contratación pública, ya

* Catedrático de la Universidad Cristóbal Colón.

que éste constituye una de las herramientas indispensables para prestar servicios públicos e infraestructura de calidad a la población.

Este artículo tiene como finalidad reflexionar sobre la relación entre los derechos humanos y el régimen de la contratación pública, abordando la función de la rendición de cuentas en el Estado constitucional, el reconocimiento de un derecho humano a la prohibición de la corrupción y los demás derechos humanos que rodean los procedimientos de contratación pública.

LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La rendición de cuentas es uno de los pilares del Estado constitucional y, por lo tanto, de la democracia contemporánea. Los elementos de la rendición de cuentas son indispensables para evaluar el régimen de contratación pública y su eficacia, ya que en su ejecución se involucra la aplicación de recursos públicos. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) incluye en su definición de contratación pública la expectativa de comportamiento estatal eficiente y ajustada al marco jurídico, al señalar que

la contratación pública se refiere a la compra por parte de los gobiernos y las empresas estatales de bienes, servicios y obras. Dado que la contratación pública representa una parte sustancial del dinero de los contribuyentes, se espera que los gobiernos la lleven a cabo de manera eficiente y con altos estándares

de conducta a fin de garantizar la alta calidad de la prestación del servicio y salvaguardar el interés público.¹

La rendición de cuentas en el régimen de contratación pública se inserta en la configuración del Estado constitucional como una herramienta que favorece la protección de derechos humanos y el sistema de control constitucional pues representa un auténtico parámetro de actuación por parte de los entes públicos y de los particulares al celebrar contratos públicos en los que se conjugan tanto intereses privados como erogaciones de recursos públicos que están sujetos al principio de máxima transparencia.

Asimismo, es posible analizar la rendición de cuentas desde una óptica de derechos humanos. Según Carlos Gutiérrez González, la rendición de cuentas contiene una serie de obligaciones hacia el Estado: 1) información oportuna y puntual; 2) conducción con transparencia antes, durante y después del ejercicio del presupuesto o de la ejecución de programas; 3) prevención de actos de corrupción o desviaciones en el proceso; 4) revisión de sus propios actos y corrección de las desviaciones encontradas; 5) recepción e investigación de quejas o denuncias; 6) búsqueda y difusión de la verdad histórica y jurídica de los hechos; 7) fincamiento de responsabilidades, y 8) sanciones a los responsables de las faltas encontradas.²

En suma, la rendición de cuentas implementada en el marco constitucional mexicano en los artículos 6º, 74 y 76,

¹ OCDE, “Contratación pública”, en <https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.

² Carlos Martín Gutiérrez González, *Impunidad y corrupción*, Novum, México, 2016, p. 63.

y en el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) aplicable al régimen de contratación pública, no consiste únicamente en un informe de labores por parte de los órganos administrativos, sino que debe abarcar transparencia, justificación y responsabilidad en el proceso de contratación, ya sea mediante licitación pública, invitación o adjudicación directa cuando sea procedente.

RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA PROHIBICIÓN DE LA CORRUPCIÓN

La reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, así como las obligaciones internacionales del Estado mexicano en la materia, han generado el desarrollo de una doctrina que ha reconocido el derecho humano a la prohibición de la corrupción. En este sentido, Miguel Alejandro López Olvera señala que a partir de la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, la CPEUM

establece, en diferentes artículos, que los servidores públicos que cometan hechos de corrupción serán sancionados en términos de la legislación penal, lo cual debemos interpretar, desde nuestro punto de vista, como una total prohibición a no cometer hechos de corrupción tanto por parte de los servidores públicos como por parte de los particulares.³

³ Miguel Alejandro López Olvera, “La prohibición absoluta de corrupción como elemento esencial de los derechos humanos”, en Daniel Márquez Gómez (coord.), *Corrupción y Sistema Nacional Anticorrupción: temas y problemas*, Novum, México, 2016, p. 179.



Por su parte, Daniel Márquez Gómez ha señalado que la normativa internacional en materia de combate a la corrupción ha impactado en la expectativa de actuación de las autoridades estatales:

La conclusión es obvia: si los tratados internacionales establecen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, es evidente que de ellos se puede extraer sin ninguna dificultad la existencia de un derecho humano a la no corrupción.⁴

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado algunos estándares respecto del combate a la corrupción, señalando que la finalidad es crear un mecanismo de defensa de la “salud democrática” del Estado constitucional, ya que la corrupción implica un obstáculo para el goce efectivo de los derechos humanos que afecta a los grupos vulnerables, por lo cual los procedimientos correspondientes deben regirse por los principios de seguridad jurídica y ajustados a los principios de la Convención Interamericana contra la Corrupción que incluyen la obligación de los Estados de tomar medidas en su derecho interno.⁵

En resumen, la prohibición a la corrupción es un derecho humano, un principio de interpretación y una regla de actuación de la autoridad administrativa. Aplicar estas

⁴ José René Olivos Campos (coord.), *Derechos humanos en Iberoamérica*, Cidem, Morelia, 2010, p. 211.

⁵ Corte IDH, “Caso Andrade Salmón vs. Bolivia”, sentencia de 1º de diciembre de 2016, párrafo 178, y Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, sentencia del 9 de marzo de 2018, párrafo 241.

vertientes de la prohibición a la corrupción al régimen de contratación pública nos permite construir un mecanismo para vigilar y dotar de exigibilidad para el cumplimiento de los parámetros y las buenas prácticas en la adjudicación de los contratos públicos, sea por licitación, invitación o de forma directa, así como el seguimiento del ejercicio de los recursos públicos en las obras, las adquisiciones y los servicios, garantizando los principios de eficiencia, calidad y condición más favorable al Estado.

DERECHOS HUMANOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La exigibilidad del derecho humano a la prohibición a la corrupción es un punto de partida para el control de los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, es necesario ampliar el espectro de derechos humanos con los que se puede partir para la defensa de una adecuada contratación pública. Esos derechos son: 1) el derecho a la buena administración, 2) el derecho de acceso a la información pública y 3) la garantía de protección a los denunciantes.

El derecho a la buena administración es la facultad que tienen las personas de exigir a los órganos administrativos del Estado una actuación que atienda las necesidades de la población, en especial de los grupos más vulnerables, en un plazo razonable, de forma fundada y motivada, y bajo los principios éticos rectores del servicio público. Este derecho está directamente relacionado con los derechos de tutela administrativa efectiva, el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, que encontramos inmersos en nuestra regulación constitucional en el artículo 134 de la CPEUM.



En el contexto del Estado constitucional no podemos entender una buena administración pública sin un gobierno que integre en su régimen de contratación los principios de transparencia, colaboración, participación y rendición de cuentas, ejes de lo que se ha denominado “gobierno abierto”, es decir, una forma de ejercicio de la actividad administrativa que implica una mayor vinculación con la sociedad a través de medios electrónicos, en los que ésta puede actuar proponiendo, vigilando y opinando sobre los problemas que azotan a la población.

En el régimen de contratación pública, el derecho de acceso a la información se manifiesta en tres etapas: la primera, la facultad de las personas de consultar los procedimientos y los contratos adjudicados; la segunda, la posibilidad de las personas de difundir sus hallazgos sobre posibles actos de corrupción por cualquier medio, y la tercera la facultad que tienen las personas de crear una opinión a partir de la verificación de la información.

Por su parte, la protección al denunciante debe implicar no sólo el anonimato de la denuncia, la confidencialidad de la identidad del denunciante, el establecimiento de un sistema o de áreas de fácil acceso para presentar las denuncias cuando un particular detecte la comisión de un acto de corrupción, situaciones previstas en los artículos 91, 92 y 93 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, sino que, además, conforme a los estándares de las instituciones de la Unión Europea, debe existir un canal seguro, transparente, sencillo y efecto de denuncias que al día de hoy se encuentra deshabilitado en la Plataforma Nacional Digital, así como mecanismos de asistencia jurídica a los denunciantes, sanciones a las represalias o a las amenazas y

recompensas para denuncias que desincentiven los actos de corrupción.⁶

Asimismo, como parte del control de derechos humanos en los procedimientos de contratación pública, las mejores prácticas para la contratación pública están integradas por un conjunto de reglas y principios establecidos en normativa internacional que tienen por objeto combatir los actos ilícitos que signifiquen corrupción por parte de organismos públicos y particulares que participen en los procesos de licitación pública. Los principales instrumentos que establecen esas mejores prácticas son: 1) la Convención Interamericana contra la Corrupción; 2) la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; 3) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y 4) el Capítulo 27 del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, del 30 de noviembre de 2018.

Los instrumentos anteriores trazan las reglas y los principios generales de los Estados parte para combatir la corrupción y, por lo tanto, aplicarlos a los procedimientos de contratación pública, como la cooperación internacional, la transparencia, el establecimiento de criterios objetivos para tomar decisiones en los procesos de licitación o adjudicación, la armonización de modelos contractuales, el uso de tecnologías en los procesos, entre otras.⁷

⁶ Parlamento Europeo, “Informe sobre las medidas legítimas para la protección de los denunciantes de irregularidades que, en aras del interés público, revelan información confidencial sobre empresas y organismos públicos (2016/2224[INI])”. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0295_ES.html.

⁷ Rodolfo Cancino Gómez y Miguel Alejandro López Olvera, *La contratación pública*, Bosch, México/Madrid, 2019, pp. 89-116.



CONCLUSIONES

La rendición de cuentas, de acuerdo con los estándares internacionales de *soft law* y de *hard law*, debe estar integrada por mecanismos efectivos de control, prevención, investigación y sanción de hechos de corrupción. Esos principios son esenciales en el régimen de contratación pública, pues su cumplimiento no sólo es necesario para lograr una eficiente actuación del Estado ajustada al cumplimiento de un debido proceso, sino, además, para construir una herramienta permanente de control del desempeño de los servidores públicos con el objetivo de lograr una mayor legitimación de los órganos públicos y elevar el nivel de confianza de la sociedad en las instituciones.





Tutela judicial efectiva

César Rocha García*

APROXIMACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como una aproximación al tema, el derecho humano a la tutela judicial efectiva en nuestro orden jurídico nacional se establece en el artículo 17 constitucional, disposición que es la pieza angular de todo el sistema de justicia en nuestro país.

A 12 años de la reforma constitucional de 2011 que reconoce los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, surge la permanente necesidad de que el disfrute de esas prerrogativas sea promovido, respetado, protegido y garantizado por los órganos impartidores de justicia.

En el ámbito internacional, en los artículos 8 y 25 la Convención Americana sobre Derechos Humanos se contemplan los elementos esenciales que deben garantizar los Estados miembros, como acceso a la justicia, independencia

* Consultor en contrataciones públicas.

judicial, imparcialidad y efectividad de las sentencias, entendida ésta como la certeza de que se habrá de ejecutar lo juzgado.

La tutela judicial efectiva es un derecho al que puede atribuírsele una característica poliédrica, como ocurre con diversos derechos humanos, en tanto que tiene diversas formas de manifestarse con el objetivo de dotar al individuo de herramientas que faciliten la solución de sus problemas.

Como primer aspecto debe recordarse que existe una prohibición de autotutela derivada precisamente del primer párrafo del artículo 17 constitucional; de esta manera, el acceso a la justicia como derecho humano permite exigir al Estado que cumpla con su elevado deber de impartir justicia de forma pronta, completa e imparcial, con el objeto de que las personas tengan posibilidades reales de solucionar sus conflictos.

En la impartición de justicia se debe realizar un ejercicio de ponderación entre la rigidez de las normas procesales y los derechos de las personas para, así, siempre poner en el centro del debate al ciudadano y garantizar el acceso real a la justicia.

Eliminados los obstáculos de acceso a la justicia, nos enfrentamos al gran reto que representa que la justicia logre su objetivo: proteger los derechos humanos, lo que implica que sea capaz de resolver los conflictos en el tiempo adecuado, atendiendo la totalidad de los aspectos planteados y logrando que se ejecute lo juzgado para permitir que las decisiones produzcan una verdadera protección de los intereses de la persona cuyo derecho se vulneró.

Mención especial merece lo relativo a la necesidad de que los órganos del Estado que imparten justicia sean im-



parciales en sus decisiones. Válidamente, este aspecto puede servir de indicador de la solidez de un Estado de derecho democrático, pues entre más se tenga garantizada la independencia judicial, menos limitaciones se tendrán para proteger de manera efectiva los derechos humanos.

LOS RIESGOS ELEVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

La tutela judicial efectiva en las contrataciones públicas constituye una herramienta indispensable para el buen funcionamiento de cualquier sistema de compras gubernamentales, pues es un mecanismo de combate a la corrupción que permite reconducir a la legalidad los procedimientos de contratación.

Deténgase un momento y reflexione sobre un escándalo de corrupción reciente que haya ocurrido en su país. Muy probablemente se le vino a la mente un caso relacionado con las contrataciones públicas, como sobrecostos en la construcción de un hospital o una carretera, o incluso la simulación de la contratación de servicios innecesarios en pleno conflicto de intereses entre el ente contratante y el proveedor.

La alta incidencia de casos de corrupción no es casualidad, pues los riesgos son altos. Sobre este aspecto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) afirma, en el “Reporte de cohecho internacional: un análisis del delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros”, de 2014, que 57% de la corrupción ocurrida en los países miembros de esa organización se materializa en

temas relacionados con la contratación pública, por lo que inhibirla tiene implicación de alto impacto en los sistemas de compras públicas.

DERECHOS DE LOS PARTICULARES FRENTE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para una comprensión correcta de las formas en que se puede tener acceso a la justicia en el ámbito de las contrataciones realizadas por el Estado, debe recurrirse a una obviedad: estamos frente a la satisfacción de necesidades de la colectividad mediante el ejercicio del gasto público al que todos contribuimos.

Ante eso, ¿qué derecho tengo como ciudadano para exigir que una licitación pública se lleve a cabo de forma íntegra y libre de sospechas de actos de corrupción? Para responder a esta interrogante debemos hacerlo bajo el principio de progresividad de los derechos humanos.

- *Derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción.*

Así se puede sostener que realizando una interpretación integradora podremos impulsar, a través de medios extraordinarios de defensa, la protección al derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción, el cual ha sido reconocido por nuestro Poder Judicial Federal mediante la tesis con registro digital 2021043, publicada el 15 de noviembre de 2019.

La necesidad de ampliar los derechos humanos nos permite considerar lo previsto en el artículo 9 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, conocida como la Convención de Mérida, en lo relativo a las obligaciones

de que exista un mecanismo de solución de controversias eficaz para prevenir la corrupción, lo que en principio no exige que el interesado esté participando o no en el procedimiento de contratación.

El acceso a la justicia completa e imparcial, así como el derecho fundamental a vivir en un ambiente libre de corrupción, se encuentran relacionados íntimamente con la protección del interés general, entendida como la necesidad de que el procedimiento de contratación se ajuste a lo dispuesto por el artículo 134 constitucional, como disposición suprema de límites al ejercicio del gasto público, por lo cual tenemos enfrente la posibilidad de impulsar acciones para la construcción y el reconocimiento pleno de ese derecho a favor de cualquier persona.

- *Derecho a participar en una competencia justa y al acceso a la justicia.*

De forma más concreta se regulan los derechos que les asisten a los participantes en procedimientos de contratación competitivos y que se reducen a la participación en una competencia justa sin que se discrimine ni se beneficie a nadie para asegurar que el Estado efectivamente esté contratando en las mejores condiciones disponibles en el mercado, lo que implica la existencia de un mecanismo de tutela judicial que garantice ese derecho mediante la reconducción a la legalidad de los actos que no cumplan ese propósito.

- *Derecho al respeto a las obligaciones contraídas entre las partes.*

Una vez que un particular resulta beneficiado con la suscripción de un contrato público es de suma importancia que se

respeten los derechos y las obligaciones plasmados en ese instrumento para dotar de certeza jurídica a las partes y, sobre todo, atendiendo al principio de conservación del acto administrativo del que esté revestido el acuerdo, y al Estado de derecho, desde luego.

MECANISMOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

El medio ordinario de defensa en la materia es la inconformidad, la cual debe ser entendida como una instancia administrativa de control a favor de los particulares con interés en los procedimientos de contratación pública que permite el estudio de la legalidad de los actos administrativos específicos con el fin de garantizar que el Estado contrate bienes, servicios, arrendamientos y obra con las mejores condiciones de contratación disponibles y asegurar una competencia justa en el proceso.

Dicho medio de defensa se incorpora al orden jurídico nacional con motivo de una exigencia en las negociaciones celebradas para la suscripción del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN), celebrado en 1994, concretamente en lo que concierne al capítulo de compras del sector público, y que dieron paso a que se estableciera la obligación de que los países crearan mecanismos de solución de controversias imparciales.

Por su parte, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) refuerza las exigencias de los medios de impugnación para garantizar los procedimientos de compra justos, abiertos e imparciales.



Por otro lado, la conciliación es el procedimiento no contencioso en virtud del cual las partes solicitan a la Secretaría de la Función Pública dirimir sus controversias derivadas de contratos o pedidos a efecto de privilegiar la conservación del contrato y llegar a acuerdos que eliminen la posibilidad de una contienda judicial, sin dejar de mencionar el arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias, como el contemplado en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de abril de 2016.

A partir de 2015 el juicio de amparo aparece como una posibilidad de acceso a la justicia en la materia, dado que la postura del Poder Judicial cambió mediante la contradicción de tesis con número de registro digital 2010357, en la que se resolvió que no es necesario agotar el principio de definitividad debido a que el procedimiento de inconformidad no establece un plazo para que la autoridad se pronuncie sobre la suspensión provisional, lo que produce inseguridad jurídica, atendiendo a que en la Ley de Amparo se establece el plazo de 24 horas.

RETOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA MATERIA

Los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales dan existencia plena a los derechos a favor de los particulares en la materia de contratación pública, con el reto de ir promoviendo el relativo al de vivir en un ambiente libre de corrupción.

Continúa vigente la deuda en torno de la necesidad de un programa de capacitación para los operadores de las contrataciones públicas en todas sus etapas.

La tutela judicial efectiva en las contrataciones públicas descansa sobre dos pilares: la solución oportuna del conflicto y la garantía de que se ejecute lo juzgado, debiéndose proteger a los particulares que ejercen sus derechos y evitar la discriminación en procesos futuros por el simple hecho de pedir justicia.





Los principios específicos de la salud y de la sanidad como actividades que integran el derecho administrativo social. Sus proyecciones sobre el régimen de contrataciones en materia de salud y sanidad

María José Rodríguez*

LA SALUD Y LA SANIDAD COMO COMPONENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL

Hoy se considera que la salud y la sanidad públicas integran lo que se denomina “derecho administrativo social” o “derecho administrativo de las actividades con dimensión social”.

* Directora de la maestría y la especialización en derecho administrativo, Universidad Nacional de La Matanza, República Argentina. Esta ponencia corresponde a la mesa 4, “Derecho a la salud”, 9 de junio de 2021, del Congreso Internacional de Contratación Pública y Derechos Humanos.

Este derecho administrativo de las actividades con dimensión social, que también se denomina derecho administrativo social cumple una función de “sector de referencia”, de depósito o almacén de principios que alimenta al derecho administrativo general del cual forma parte la contratación administrativa.

Pero ¿en qué consiste este “derecho administrativo social”, este “derecho administrativo de las actividades con dimensión social”?

Libardo Rodríguez Rodríguez explica que el objetivo fundamental de esta especialidad o subrama del derecho es

garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona, crear unas condiciones igualitarias para el libre desarrollo de la personalidad, proteger y ayudar a las familias, posibilitar la obtención de una remuneración suficiente a través de una actividad libremente elegida, y eliminar o compensar ciertas cargas de la vida.¹

En ese marco, según Rodríguez Rodríguez, formarán parte de las actividades administrativas de contenido social, de manera preponderante, los transportes, el agua potable y el saneamiento básico, el aseo y la electricidad, pero también la asistencia social, la seguridad social, la sanidad y la salud públicas, la asistencia de personas en situación de vulnerabilidad, el acceso a la vivienda, la protección y la asistencia a víctimas, entre otras.

¹ Libardo Rodríguez Rodríguez, “Marco conceptual de las actividades administrativas con dimensión social”, publicado en el Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en CIJur, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14864>. Consultado el 14 de julio de 2020.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SOCIAL. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Según Eberhard Schmidt-Assmann, el derecho social debe contribuir a garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona “valiéndose de la ayuda para la autoayuda”.

Por consiguiente, este derecho social perfila como principios primordiales a la propia responsabilidad y la solidaridad y a la cooperación y la subsidiariedad.²

En lo atinente al principio de la propia responsabilidad y la solidaridad, el objetivo fundamental de la administración social es garantizar el pleno desarrollo del individuo a través de la solidaridad. De esta suerte, el hecho de que el individuo sea responsable por sí mismo (autonomía o propia responsabilidad) constituye la idea característica de esta rama de la administración. Esta noción da lugar, a su vez, a la de autoayuda y autoorganización. La idea de solidaridad se encuentra con estas nociones en una relación de complementariedad. El carácter solidario de las prestaciones sociales implica que la realización de una prestación no puede contemplarse únicamente como una relación jurídica entre la entidad prestadora y el ciudadano, sino que ha de tenerse en cuenta su ulterior inserción dentro de un sistema general de compensación solidaria. Los poderes públicos se han de limitar a la creación y la activación permanente de

² Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons/INAP, Madrid, 2003, pp.143-144. En similar sentido, Johannes Messner señala: “Estrechamente ligado con el principio de responsabilidad propia [...] se encuentra el principio de la autoayuda [...] tanta ayuda como sea posible, tanta ayuda del Estado como sea necesaria, es decir, autoayuda mediante asociación de carácter cooperativo”. Véase Johannes Messner, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 338.

los circuitos de prestaciones y medios a través de los que se hace efectiva la solidaridad, es decir, a la organización de las transferencias sociales.³

En cuanto al principio de cooperación y subsidiariedad, la propia responsabilidad y solidaridad se articulan y se desarrollan a través del principio de cooperación. Por consiguiente, el derecho administrativo social se presenta como el ordenamiento jurídico de la cooperación solidaria.⁴

Por nuestra parte, consideramos que el derecho administrativo social debe asignar un rol protagónico al principio de irrevocabilidad de los logros alcanzados. Por cierto, éste tiene fundamento en la inviolabilidad del “derecho que es debido”; ser “debido” significa tanto como pertenecer y corresponder. En la medida en que el derecho es invulnerable, afirma el débito, su irrevocabilidad; la razón de que algo sea “debido” a alguien se encuentra unas veces en el establecimiento de pactos, contratos, promesas y disposiciones legales, mientras que, otras veces, hay que buscar en la naturaleza misma de la cosa, *ex ipsa natura rei*.⁵ Este principio de irrevocabilidad expande su virtualidad no sólo en el terreno de lo sustancial, sino en el marco del procedimiento administrativo vinculado con actos administrativos que se conectan con derechos sociales. En esta dimensión procedimental, la irrevocabilidad del acto, que en puridad dimana de su contenido, del “derecho debido”, debe estar consagrada por el legislador como acontece con la irrevocabilidad de los actos administrativos que garantiza el Código Social

³ Schmidt-Assman, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁴ *Idem*.

⁵ Joseph Pieper, *Las virtudes cardinales*, Rialp, Madrid, 1980, pp. 92-93.

alemán (artículos 44 a 48 del libro x del Código Social, SGB x),⁶ y no debería derivarse de la interpretación directa de los derechos constitucionalizados.

El principio de subsidiariedad es una norma delimitadora; se refiere a cualquier actividad social (no sólo a la estatal) y señala que ésta sólo ha de ser ayudada cuando los propios medios de los miembros de la sociedad no sean suficientes para el cumplimiento de sus tareas. En definitiva, el principio de subsidiariedad regula competencias que se basan en responsabilidades.⁷

La dialéctica del Estado social se materializa desde la perspectiva organizativa instrumental a través de la idea de la subsidiariedad. La intervención del Estado social sólo ha de producirse cuando la autorregulación de la sociedad no satisface las exigencias de la política social.⁸

Teniendo en cuenta, como se explicó arriba, que tanto la salud como el sistema de sanidad públicos constituyen actividades administrativas de dimensión social, reguladas por el derecho administrativo social, las particulares modalidades del derecho administrativo social referenciado a las aludidas actividades de la salud y de la sanidad transmiten sus principios informadores a la contratación administrativa (como integrante de la parte general del derecho administrativo), configurando las bases dogmáticas de la contratación pública en materia de salud.

La aplicación de los aludidos principios permite avalar las siguientes propuestas:

⁶ Schmidt-Assman, *op. cit.*, p. 172.

⁷ *Ibidem*, pp. 145-146.

⁸ *Idem*.

- *Eficiencia social*: en el campo de la contratación estatal la eficiencia debe ser medida en función de la calidad asistencial de los servicios que el sistema de salud preste o de los medicamentos, su universalidad y su accesibilidad; no en función de los costos y los precios (apartamiento de la lógica economicista).⁹
- *Generación de bienes públicos puros como desiderátum*: en el campo de la salud y de la sanidad el objetivo es la generación de bienes públicos puros. No nos referimos en modo alguno a ningún mecanismo de supresión de la propiedad privada de los medios de producción,¹⁰ sino a la aplicación de los principios cooperativos y de subsidiariedad que vertebran al derecho administrativo social para implementar mecanismos de transferencia social y asegurar la sostenibilidad financiera de estos bienes públicos.¹¹
- *Cooperación entre todos los interlocutores de la salud y la sanidad*: esta cooperación debe articularse con la promoción de la innovación tecnológica y de la investigación científica, coordinándose con proveedores, empresas, hospitales, universidades y áreas estatales competentes. Por consi-

⁹ José María Gimeno Feliú, “Novedades y retos de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial atención al ámbito salud”. Disponible en <http://www.obcp.es/opiniones/retos-de-la-contratacion-publica-en-el-ambito-de-la-salud-hacia-un-nuevo-modelo-de-valor>.

¹⁰ Tal como señala la doctrina social de la Iglesia, los bienes en manos de los privados fructifican mejor; nótese que, según esta doctrina, el derecho de propiedad se fundamenta en el denominado “destino universal de los bienes”. Pero el Estado, a través de mecanismos de transferencia social respetuosos del derecho de propiedad, puede garantizar el efectivo derecho a la salud.

¹¹ Véase María José Rodríguez, “La crisis generada por la pandemia del coronavirus: una oportunidad para el desarrollo y consolidación del ‘derecho administrativo social’”, en Alfredo Gustavo Di Pietro y Mariano Osvaldo Carbajales (eds.), *El derecho en tiempos de pandemia. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del Covid-19*, Col. Alternativa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

guiente, a través de las compras y las contrataciones públicas el Estado debe orientarse al mercado dando señales de las prestaciones y los servicios que requerirá para estimular su producción asociada con otros interlocutores del sistema de salud o próximos a él, como los hospitales, las universidades y los centros estatales o privados de investigación científica. Asimismo, en el marco de esta asociación cooperativa debe estimular la innovación creativa de nuevos productos médicos y asistenciales.¹²

RECURSO A FORMAS CONTRACTUALES FLEXIBLES QUE DISTRIBUYAN LOS RIESGOS Y OPTIMICEN LOS APORTES: LA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

En rigor se trata de conjugar los requerimientos y los principios jurídicos propios de la actividad administrativa vinculada con las temáticas de salud y asistencia médica que hacen la gobernanza en salud y que debe asegurar el Estado, con formas contractuales flexibles que plasmen los principios y las facetas propios de la actividad.

La innovación tecnológica y la investigación en este campo son esenciales; el contrato de participación público-privada será la figura que permitirá la flexibilidad necesaria para el logro de los cometidos contractuales en este campo de la salud y la sanidad. Esta agrupación de empresas, hospitales, instituciones de la salud y de la sanidad, universidades y centros de investigación con el área estatal requirente podría encontrar, en las modernas formas de contratación

¹² Gimeno Feliú, *op. cit.*

consistentes en la asociación público-privada, el marco jurídico más adecuado para concretar el reparto de los riesgos y el logro de los fines del modo más conveniente.¹³

- *Simplificación de la regulación normativa*: la flexibilidad repele la sobrerregulación; es necesario avanzar en la simplificación de la regulación normativa, con el objeto de eliminar, o al menos reducir significativamente, los excesos de trámites en los procesos de contratación pública, evitando cambios frecuentes en las normas que dificulten su conocimiento y su difusión —con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica—, y uniformar los procedimientos. Usualmente, la sobrerregulación implica un exceso en la utilización de los exorbitantes poderes del Estado.¹⁴
- *Preservación de la confidencialidad*: en materia de medicamentos pueden verificarse situaciones de confidencialidad, la cual exige adoptar medidas que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores.¹⁵

¹³ Véase directiva 2014/24, de Contratación Pública, del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la directiva 2004/18/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2014.

¹⁴ José María Baño León, “La Ley de Contratos del Sector Público y Gestión de lo Público. ¿Regulación o sobrerregulación?” Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6887516>.

¹⁵ Véase directiva UE 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, del 8 de julio de 2016, relativa a la protección de conocimientos técnicos y de la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 15 de marzo de 2016.



Rendición de cuentas en la contratación pública colombiana¹

César Augusto Romero Molina*

INTRODUCCIÓN

Este artículo presenta los resultados de una investigación jurídica relativa a la rendición de cuentas en materia de contratación pública en Colombia, desde su marco constitucional, legal y jurisprudencial, con énfasis en los principios de

¹ Este documento es resultado del estudio perteneciente a la línea de investigación “Contratación pública y sus principios generales de la UCLM” y al proyecto de investigación “El *softlaw* OCDE en materia de contratación pública: diagnóstico comparativo Colombia-España”, desarrollado por la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM) de España.

* Abogado por la Universidad Autónoma de Bucaramanga; doctor en derecho administrativo por la Universidad San Pablo CEU-Madrid, España; doctor en derecho *cum laude* (fiscalidad internacional y comunitaria) por la Universidad de Castilla La Mancha (UCLM) de España; miembro de la Escuela Internacional de Doctorado de la misma universidad; director de tesis doctorales, y jurado de tribunales doctorales internacionales. Actualmente es profesor en la Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, e investigador asociado Colciencias.

la función pública y de la contratación relacionados con esta importante etapa de control de la administración pública. Al respecto destacan los principios rectores de transparencia, responsabilidad e integridad del marco normativo colombiano y las precisiones proporcionadas por el *softlaw* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON LA RENDICIÓN DE CUENTAS

La Constitución política colombiana adoptó la democracia participativa, previendo la oportunidad de controlar el ejercicio del poder por los ciudadanos. Por eso los gobernantes deben abrirse a la inspección pública y responder por sus actos. De acuerdo con los principios y los derechos constitucionales, el poder puede ser controlado por los ciudadanos, entre otros instrumentos, a través del derecho a la participación (artículos 2, 3 y 103), a la información (artículos 20, 23 y 74) y a la participación en el control del poder político (artículo 40), así como del derecho a vigilar la gestión pública (artículo 270).

- *Principio de transparencia.* Este principio rector de la contratación pública² tiene amplia relación en materia de

² Desde la perspectiva de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el principio de transparencia constituye una pieza fundamental acerca de la cual se instruyen las BEPS de la OCDE sobre contratación pública, inspirado generalmente en los ideales de un “gobierno abierto” y concebido como medio por excelencia para la prevención y la lucha contra



rendición de cuentas. En este sentido, el artículo 24-3 de la Ley 80 de 1993 establece:

Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución política.

- *Principio de responsabilidad.* Este principio rector de la contratación pública³ se encuentra tipificado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 que establece, entre otras cosas, lo siguiente:

Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan

la corrupción. Generalmente lo que se busca desde el consejo de contratación pública del referido organismo de cooperación internacional con este principio integrador es “asegurar un grado adecuado de transparencia del sistema de contratación pública en todas las etapas de la contratación”. OCDE, “Public Procurement Toolbox. Principles and Tools”, trad. libre del autor. Disponible en <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/>.

³ El principio de responsabilidad en la contratación pública se encuentra relacionado con la implementación de procesos de cumplimiento y sanciones. De acuerdo con la visión de la OCDE, se ha precisado que “la contratación pública es una actividad particularmente vulnerable al fraude y la corrupción. Los mecanismos de supervisión y control ayudan a respaldar la rendición de cuentas en todo el proceso de contratación pública. Estos mecanismos abarcan no sólo el control y la auditoría (cumplimiento normativo, desempeño de calidad, reducción de costos, sostenibilidad), sino también los sistemas de revisión de decisiones de adquisiciones”. El principio en cuestión está relacionado con otros principios de la OCDE tales como la integridad, el acceso, la participación, las compras electrónicas, la capacidad y la evaluación. *Idem.*

verse afectados por la ejecución del contrato. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

- *Principio de integridad.* Este principio es uno de los más importantes⁴ porque se aplica en todas las fases del ciclo público contractual y se erige como uno de los principales estandartes en la lucha contra la corrupción en el sector público, donde la contratación estatal indudablemente siempre ha estado presente como un área de altos riesgos para algunos escenarios de corrupción.

En Colombia, en el artículo 209 constitucional y en los principios rectores de la administración pública, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad se enlazan con otros valores de igual estirpe que permiten desarrollar la rendición de cuentas como un principio superior porque entra en juego la participación ciudadana. Aquí es donde los representados exigimos al Estado mayor transparencia, integridad y responsabilidad, principios que nacen de la Constitución pero se incorporan directamente a las normas de contratación pública en nuestra legislación por medio de la Ley 80 de 1993, ley marco en cuyo artículo 24.3 se establece claramente el principio de transparencia mediante el cual las autoridades que manejan la contratación pública deben

⁴ Este principio no está consagrado expresamente en la Ley 80 de 1993. Se desarrolla a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado; por ejemplo, el expediente 2003-0014-01-24715, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 3 de diciembre de 2007. Doctrinalmente, puede ampliarse en Agustí Cerrillo Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2014.

generar el acceso a la información. A renglón seguido, el artículo 26 de la misma ley señala que hay un principio de responsabilidad, que se personaliza en el gestor o en los gestores del contrato, y que excluye lo que antes se hacía: designar comisiones o comités para rehuir y volver más elusivo el criterio de responsabilidad. No obstante, ahora la norma precisa quiénes deben asumir esa responsabilidad.

TEORÍA Y DISCUSIÓN SOBRE LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Desde el punto de vista universal, la rendición de cuentas en materia de contratación pública es fundamental y posee un contenido expreso sobre el control del sector público, bajo los postulados del buen gobierno en la administración pública que, según la OCDE, prescriben la necesidad de implementar los siguientes puntos en los diferentes sistemas de compra pública:⁵

- Establecer líneas claras para la supervisión del ciclo de contratación pública.
- Desarrollar un sistema de sanciones efectivas y exigibles para los participantes de compras gubernamentales y del sector privado.
- Manejar las quejas de manera justa, oportuna y transparente.

⁵ Luis Adrián Gómez Monterroza, *BEPS en la contratación pública: un análisis contrastado Colombia-España según estándares OCDE*, Editorial Académica Española, 2020, p. 48.

- Asegurarse de que los controles internos (incluidos los controles financieros, la auditoría interna y los controles de gestión) y los controles y las auditorías externos estén coordinados, cuenten con los recursos suficientes y estén integrados.

La rendición de cuentas en materia de contratación pública se hace evidente en el contexto de la OCDE a partir de la recomendación OECD/LEGAL/0435 del Consejo de Integridad Pública de 2017, instrumento de una expedición relativamente reciente, dirigido a todas las áreas que operan en el sector público sobre *integridad pública* y que pugna por la construcción de un sistema coherente y completo de integridad pública, efectividad y transparencia.⁶

En el contexto anglosajón, la *accountability* sustenta la rendición de cuentas en materia de contratación. Al respecto, los profesores S. Cohen y W. Eimicke argumentan a favor de la representación democrática para proteger el interés público y controlar tanto a los contratistas privados como a las entidades estatales que intervienen en la contratación de bienes y servicios, y hacen la precisión de que desde esta perspectiva la contratación pública tiene un arraigo ligado al campo de las políticas públicas, diferencia que se vuelve notoria en su comparación de los sistemas de compras públicas de tradición continental europea donde prevalece una

⁶ “La integridad pública se refiere a la alineación consistente y a la adhesión a valores, principios y normas éticos compartidos para defender y priorizar el interés público sobre los intereses privados en el sector público”. OCDE, “Recommendation of the Council on Public Integrity. OECD/LEGAL/0435”, traducción libre del autor. Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0435> (2017).

perspectiva más jurídica sobre el tema. Respecto del tema de la rendición de cuentas, estos autores afirman lo siguiente:

¿Cuál es la conexión de la representación con la rendición de cuentas? Nuestra preocupación es que los contratistas no hagan simplemente lo que creen que está permitido. La rendición de cuentas requiere que los contratistas actúen como agentes de un sistema representativo en el que las instrucciones que reciben están diseñadas para responder a las opiniones del público y garantizar que el gobierno funcione de manera eficaz. Es la rendición de cuentas al espíritu del contrato así como a la letra del contrato⁷ [traducción libre del autor].

Es importante destacar la conexión que existe entre la rendición de cuentas y el derecho a una buena administración, que dota a este mecanismo de control de un contenido sustancial que supera los postulados meramente formales y que supone la ejecución y la evidencia de escenarios de rendición de cuentas inspirados en los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad e integridad en el sector público, debido a su estricto carácter regulado por parte de los *stakeholders* o por los sujetos interesados en materia de contratación.

Es indispensable que esta rendición de cuentas en la contratación pública establezca líneas claras para la supervisión del ciclo de la contratación en su etapa precontractual, contractual y poscontractual, y que desarrolle un sistema de sanciones efectivas y exigibles para los participantes de las com-

⁷ S. Cohen y W. Eimicke, *The Responsible Contract Manager: Protecting the Public Interest in an Outsourced World*, Georgetown University Press, 2008.

pras gubernamentales y del sector privado, porque muchas veces nos quedamos cortos al involucrar en este ambiente de investigaciones y procedimientos sólo a los servidores públicos, pues quienes han generado muchos esquemas de corrupción en la contratación pública y que están vinculados al sector privado quedan excluidos de estas responsabilidades. ¿Y esto qué implica? Que las quejas sobre actos de corrupción deben ser atendidas de manera justa, oportuna y transparente, con base en el principio de oportunidad, y asegurarse de que los controles internos, llámense financieros, mediante auditorías y de gestión, estén coordinados y cuenten con los recursos suficientes para cumplir con su encomienda.

La rendición de cuentas requiere que los contratistas actúen como agentes de un sistema representativo en el que las instrucciones que reciben sean claras para que puedan responder a las requisiciones del público y garantizar que el gobierno funcione de manera eficaz.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en este artículo es posible aventurar las siguientes conclusiones:

- La rendición de cuentas se inspira en los principios de la función pública y de la contratación pública.
- Existe un marco normativo regulatorio sobre la rendición de cuentas en la contratación pública colombiana.
- La rendición de cuentas es una buena práctica en el contexto de la OCDE de la contratación pública.





- La rendición de cuentas supone un contenido sustancial más que formal con base en los principios de integridad, publicidad, transparencia y responsabilidad.
- Existe una conexión entre la rendición de cuentas y el derecho a una buena administración.
- Es necesario que la rendición de cuentas sea un verdadero principio sustantivo emanado de los derechos a la vida digna y a la buena administración pública, pues todos tenemos derecho a la transparencia a través de una contratación pública estratégica para que la rendición de cuentas sea eminentemente indicadora de un buen régimen de las finanzas públicas.





Buena administración y profesionalización en la contratación pública

Daniel Serna Bardavío*

BUENA ADMINISTRACIÓN

En relación con la idea o principio de “buena administración”, probablemente lo más fácil sea realizar una pequeña reflexión con base en la esencia del concepto.

En este sentido, por reducción a lo más sencillo, a lo más simple, podemos calificar a una administración pública como “buena” cuando realiza las funciones que le son encomendadas en aras de la consecución de las finalidades que le son propias. Todo ello, en el marco del ordenamiento jurídico que le corresponda. Y, además, esas funciones, esas actividades, tiene que hacerlas bien.

* Doctor en derecho, abogado y socio de Lacasa Abogados, Palacios & Partners, así como profesor de derecho administrativo de la Universidad San Jorge, Zaragoza.

En el caso del ordenamiento jurídico español, la llamada a la interdicción del artículo 103.1 de la Constitución española es evidente, puesto que el mismo, recogiendo los principios básicos de la actuación de las administraciones públicas, señala que “la administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Podemos decir también que el principio de buena administración encuentra asimismo acomodo en otros dos preceptos constitucionales; esto es, el artículo 9.3 en relación con la interdicción de la arbitrariedad y el artículo 31.2, vinculados de manera directa con ideas tan familiares en el mundo del derecho administrativo como la eficacia y la eficiencia en el gasto público.

Es un dogma, ajeno a cualquier discusión, que la administración pública tiene como finalidad última, como razón de ser, la satisfacción del interés general y la consecución de políticas públicas que satisfagan las necesidades de la ciudadanía.

Eso es así en España, pero también en el resto del mundo, más allá de que en función de los sistemas concretos (democráticos o no) de cada país podamos hablar de este objetivo como un fin alcanzable o como una quimera soñada.

El problema en sí mismo no es que la consecución del interés público sea inalcanzable en los países no democráticos. El problema es que su concepto de interés público es distinto al nuestro y, a su vez, también distinto entre los países democráticos.

En cualquier caso, pese al riesgo de sonar demasiado “práctico”, me permito la licencia de expresarlo de una ma-





nera aún más llana: buena administración es administrar bien. Ni más ni menos.

Y anudado a este concepto hay que considerar la idea de “buen gobierno” o de “gobernanza”, aunque no sean exactamente lo mismo que “buena administración” y que tan de moda están últimamente, como si acabaran de aparecer en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. Nada más lejos de la realidad.

Hemos de remontarnos tiempo atrás, mucho tiempo atrás, para traer la célebre cita de Aristóteles, cuando señala que “un Estado es gobernado mejor por un hombre bueno que por una buena ley”.

Desgraciadamente, vivimos tiempos a nivel global en los que tenemos demasiadas leyes y, por más que nos pese, la calidad de la técnica legislativa empeora estrepitosamente con el paso de los años. No es que no tengamos grandísimos juristas, que los tenemos a un lado y a otro del charco. El problema es que ahora se legisla, y se gobierna, pero en el corto plazo, con muy poca proyección, con muy poco sentido de Estado.

Habitamos un mundo en el que se vive rápido, donde importa más lo inmediato que lo meditado, y eso, por más que nos pese, en un mundo como el del derecho, y más si tratamos de configurar buenas prácticas públicas, no nos lleva por un camino demasiado halagüeño.

Sea como fuere, el concepto “buena administración” aparece irremediabilmente unido al de administración pública, como una etiqueta a un pantalón.

Y en esta etiqueta, en este concepto de “bueno”, podemos integrar dos acepciones, en mi opinión, igualmente válidas y significativas.



Por un lado, el concepto de “bueno” en el sentido de “bondad”. Las administraciones públicas han de desarrollar sus actividades con base en la buena fe, en la búsqueda real de la satisfacción de intereses generales caracterizados por las necesidades particulares de los ciudadanos. Deben comportarse bien y fielmente, atender y ayudar de manera adecuada a los administrados en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, el concepto de “bueno” en relación con la “calidad”. Es absolutamente imprescindible que las administraciones realicen su actuación con la mente puesta en satisfacer esos intereses generales con un altísimo grado de exigencia, con la mente puesta en la prestación de servicios del máximo nivel, por una única razón: porque es su obligación.

Pero la realización de esos fines y esos objetivos desgraciadamente no siempre es fácil. Y no es fácil por un sencillo motivo: las administraciones, como consecuencia de su vinculación positiva al principio de legalidad, están encorsetadas en su quehacer diario por las normas que determinan sus reglas de funcionamiento.

Además, esas normas, precisamente por establecer cautelas y cortapisas, por evitar corruptelas y malas prácticas, en ocasiones se tornan tortuosos laberintos que lejos de facilitar esa “buena administración” la dificultan hasta límites insospechados.

Y no ayuda, ni mucho menos, que en ocasiones, no siempre, pero sí en ocasiones, y no en todas, pero sí en algunas administraciones públicas, las personas a su servicio, quienes han de atender a los ciudadanos, carecen de la más elemental vocación de servicio público.

Aunque suene raro, ser funcionario público, ser personal de la administración, debiera ser vocacional. Se ha de querer





servir, de ayudar a los demás. Llegar todos los días a trabajar sabiendo que con tu trabajo consigues (o no) satisfacer el interés general; debería ser algo incomparable y sin parangón.

Al margen de todo lo anterior, hay alguna otra cuestión que hay que considerar; esto es, la propia visión subjetiva del término “buena administración”. Para algunos, será equivalente a rapidez o a velocidad en la respuesta. Para otros, la obtención de un resultado positivo o negativo en cuanto a sus pretensiones. Y, para otros más, los idealistas, realizar el trabajo con la máxima profesionalidad, con la mayor objetividad, con la vista puesta en un único fin, satisfaciendo los intereses generales y particulares del mejor modo posible y, siempre y en todo caso, dentro del marco legal vigente.

Sea como fuere, “buena administración” implica eficacia y eficiencia; saber hacer. Y para ello, como es obvio, resulta imprescindible disponer de medios materiales y humanos suficientes, con un grado de formación y de especialización muy elevado.

Desgraciadamente, muchas veces los puestos no están dotados de los mejores candidatos y/o no está bien considerado el personal y los medios necesarios para poder llevar a término las responsabilidades y las competencias que recaen en una concreta unidad administrativa o en un servicio.

Y con esos mimbres es muy difícil confeccionar una cesta robusta, sólida y con garantías que satisfaga a sus destinatarios finales.

En sede de contratación pública, la buena administración ha de ir ligada a la compra de calidad, al mejor precio, también, pero al buen uso del dinero público en la búsqueda de la satisfacción de necesidades prestacionales de la mayor calidad, y al mejor precio siempre que se pueda, obviamente.



En este escenario, habitualmente encontramos alternativas de lo más variopinto. Desde los funcionarios temerosos de Dios (o de los tribunales de justicia) y del mal uso del dinero público, incapaces de comprar algo que no sea lo más barato posible, en cuyo caso tenemos garantizada una mala compra. Y otra, la de los funcionarios que hacen uso, y por qué no abuso, del dinero público, sin preocuparse de aquello que es de todos, dilapidando recursos, en cuyo caso, obviamente, con seguridad la compra también será mala.

Entre unos y otros existen los funcionarios formados, capacitados, responsables, conscientes de la importancia de lo que manejan, que planifican y diseñan todo el proceso de compra pública. Que saben lo que quieren y por cuánto lo quieren.

Estos funcionarios tienen algo que los distingue de los otros, y no es otra cosa, ni más ni menos, que el simple hecho de que son profesionales de la contratación pública.

PROFESIONALIZACIÓN

La profesionalización, o la ausencia de ésta, es harina de otro costal. Obviamente, cumplir con el principio de buena administración con base en la profesionalización del personal al servicio de las administraciones públicas es mucho más sencillo que cuando esa profesionalización brilla por su ausencia.

En mi opinión, son varios los inconvenientes que acucian a la contratación pública, tanto desde el punto de vista del sector público contratante como desde el punto de vista del sector privado licitador, y, común a todos ellos, una falta de profesionalización en las personas que participan.



Desde la perspectiva del sector público, sin duda, los inconvenientes son: 1) la falta de medios materiales y técnicos; 2) la ausencia de personal; 3) la falta de formación; 4) la ausencia de criterios claros en determinadas estructuras de poder en cuanto al manejo de las herramientas de contratación; 5) la falta de criterios en cuanto a la elección del modelo de contratación caso por caso; 6) el irresponsable uso de modelos previamente establecidos (el tradicional corta y pega o *copy paste* por todos conocido), y, finalmente, 7) la falta de empatía con el licitador.

Desde la perspectiva del sector privado licitador hay tres inconvenientes comunes al sector público y al sector privado: 1) la falta de medios materiales y técnicos; 2) la falta de personal; 3) la falta de formación, pero con carácter complementario; 4) la ausencia de confianza en el sector público (se licita menos porque no se confía en ser adjudicatario); 5) la escasa preparación de las licitaciones desde la óptica de la adjudicación y, en particular, del precio, sin atender al resto de los criterios de adjudicación ni, por supuesto, a las condiciones de ejecución de la prestación; 6) la falta de rigor en la presentación de las ofertas, confiando en la generosa interpretación del principio de subsanación de la documentación, y 7) la ausencia de consideración de las consecuencias de la adjudicación del contrato en cuanto a las consecuencias derivadas del incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de la prestación.

Al margen de esta relación más o menos detallada de los problemas asociados a la contratación pública “diaria”, lo que está claro es que vivimos en una más que evidente falta de profesionalidad y de profesionalización de quienes participan en el mundo de la contratación pública. En ambos

lados. Tanto desde el sector público como desde el sector privado.

Desde el punto de vista del sector privado, es una verdadera pena constatar día a día cómo empresas que son capaces de ofrecer productos y servicios de altísima calidad a precios muy competitivos, fracasan estrepitosamente por no preparar las licitaciones con rigor y seriedad.

En muchas ocasiones esas empresas son expulsadas del procedimiento de licitación por la comisión de irregularidades insubsanables, sin solución de continuidad.

Otras veces avanzan en el proceso, pero no son adjudicatarias, no por no ser las mejores candidatas, sino por no haber aplicado criterios estratégicos a la licitación. Licitación no consiste en rellenar formularios e incorporar datos sin ton ni son. Eso es perder el tiempo.

Desde el punto de vista del sector público, como decía antes, se trata casi de predicar en el desierto. En muchos casos los responsables de las compras públicas tienen que buscarse la vida para obtener formación, para recibir actualización, y muchas veces esa formación o esa actualización es tan miserable que se limita a meras jornadas de unas pocas horas. Eso no es formar ni profesionalizar. Eso también es perder el tiempo.

Si quienes tienen que diseñar el contrato no saben, si quienes tienen que redactar los pliegos del contrato no saben, si quienes tienen que valorar ofertas no saben, si quienes tienen que adjudicar contratos no saben, y si quienes tienen que controlar la correcta ejecución del contrato no saben, entonces estamos perdidos.





CONCLUSIONES

La contratación pública es una magnífica herramienta que, en teoría, permite conseguir el cumplimiento de políticas públicas, dando con ello satisfacción a la finalidad última perseguida por todas las administraciones públicas. Pero el camino hasta la consecución del objetivo no es sencillo, toda vez que para lograrlo los procesos de compra pública han de estar correctamente definidos y proyectados. Debe haber una contratación pública estratégica desde el diseño y la planificación.

Para eso es indispensable que las administraciones públicas abreen de los principios que inspiran el ideario de la buena administración, y sean éstos, a su vez, los que presidan cualquier contratación.

Se ha demostrado que la profesionalización, la formación y la capacitación de las personas que participan en la contratación pública es algo indispensable sin lo cual no habrá compra pública de calidad, no habrá contratación estratégica y, en su lógica consecuencia, no quedará garantizado el ejercicio de una buena administración por nuestros poderes públicos.



