

Fecha de recepción
del artículo:
7 de febrero del 2012

Fecha de aceptación
del artículo:
20 de marzo del 2012

El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública

The building process of global law for public procurement

José Antonio Moreno Molina*

■ La contratación pública como paradigma de la formación y existencia de un Derecho Administrativo Global

A pesar de sus peculiaridades con respecto a los sistemas administrativos nacionales, resulta muy difícil cuestionar en nuestros días tanto la existencia

.....
Cómo citar este artículo: José Antonio Moreno Molina. *El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública*. Revista DIXI. Junio 2012. At. 8.

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Doctor en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Magistrado suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Ha realizado instancia de investigación en las Universidades de Bologna (Italia), Bruselas (Bélgica) y Gales (Reino Unido). En la actualidad es el director de la revista mensual *Contratación Administrativa Práctica* de la Editorial Wolters Kluwer, La Ley, y del Máster en Contratación Pública de la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha publicado varios libros sobre contratos públicos, entre los que se encuentran: *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos* (Madrid: La Ley, 2010); *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático* (Madrid: La Ley, 2007); *Los principios generales de la contratación administrativa* (Albacete: Ed. Bomarzo, 2006); *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al RDL 2/2000, del 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Madrid: La Ley, 2000, 2002 y 2003), y *Contratos públicos: derecho español y comunitario* (Madrid: McGraw-Hill, 1996).

También ha publicado libros sobre responsabilidad administrativa, medio ambiente y diversos capítulos de libros y trabajos en revistas especializadas —como la *Revista de Administración Pública*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, *Documentación Administrativa*, *Rivista Italiana di Diritto Pubbico Comunitario*, *Public Procurement Law Review*, *Noticias de la Unión Europea*— sobre derecho comunitario —fuentes y organización administrativa—, responsabilidad, procedimiento administrativo y función pública. Ha dictado conferencias y cursos tanto en diversas universidades españolas, europeas y de América Latina, como en el Instituto Nacional de Administración Pública. Ha participado en diversos proyectos de investigación financiados por la Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Correo electrónico: joseantonio.moreno@uclm.es

de un Derecho Administrativo Global, como su trascendente impacto en los ordenamientos administrativos nacionales.¹

Uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho Administrativo Global es, sin duda alguna, el de la contratación pública. Hasta tal punto ha llegado esta evolución, que se puede concluir con firmeza que es un sector paradigmático en la consolidación del Derecho Administrativo Global. En efecto, en los últimos años los contratos públicos han sido objeto tanto de importante legislación y acuerdos internacionales —de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales— como de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa.²

En este sentido, se puede destacar el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio,³ la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras, las normas en la materia

¹ Ver B. Kingsbury, N. Krisch & R. B. Stewart. *The Emergence of Global Administrative Law*. 68 *Law and Contemporary Problems*, 15. Summer/Autumn 2005.

B. Kingsbury, N. Krisch & R. B. Stewart. El surgimiento del derecho administrativo global. <http://www.iilj.org/gal/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. (7 febrero 2012).

² Elementos caracterizadores de la “gobernanza global”, véase R. B. Stewart. *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* 68 *Law and Contemporary Problems*, 15. Summer/Autumn 2005.

³ Véase S. Arrowsmith. *Government Procurement in the WTO*. Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law, volumen 16. La Haya (Holanda). (2003).

del Banco Mundial y la OCDE,⁴ o el muy desarrollado Derecho de la Unión Europea de la contratación pública, integrado por normas de Derecho originario (Tratado de la Comunidad Europea) y derivado (directivas sobre contratos públicos), y por una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha construido unos principios generales que dotan de unidad a todo el sistema administrativo de contratación.

La Unión Europea cuenta hoy con una completa legislación sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas como por normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación. Dentro de las normas sustantivas está la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo del 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo del 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. Entre las normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación están las Directivas de recursos en los contratos de obras y suministros —Directiva 89/665/CEE— y en los sectores especiales —Directiva 92/13/CEE—, que han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y del Parlamento Europeo.

⁴ Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudirse a los trabajos publicados en *Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement*. *Public Procurement Law Review*. Págs. NA 161-204. (2006).



Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las administraciones públicas suponen más del 19% del Producto Interior Bruto comunitario (la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, 19,3% de Francia o 30,9% que significan en Holanda).⁵

La noción de Derecho Administrativo Global de los contratos públicos puede ser entendida de dos maneras diferentes. En sentido estricto, este Derecho comprendería las normas y los principios que disciplinan la acción administrativa de las instituciones internacionales y de las administraciones nacionales como ejecutoras de esas decisiones. Ahora bien, en un sentido más amplio, la noción de Derecho Administrativo Global de la Contratación Pública puede describir el proceso de desarrollo de un Derecho administrativo común en esta materia.

Si nos detenemos en la primera de estas concepciones, podemos concluir, con Cassese, que este Derecho presenta caracteres muy próximos a los que son propios de los sistemas administrativos nacionales.⁶ En efecto, así se puede comprobar especialmente si analizamos las funciones en

materia de contratos públicos de las instituciones y los órganos comunitarios europeos, sus tipos de actividad, el régimen jurídico de la Unión Europea y la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. Nacida como poder público en el sector económico, la Unión Europea se ha convertido en un poder público plurisectorial o global.⁷ Como Schwarze ha afirmado con rotundidad,

[...] la Comunidad dispone en nuestros días de un fondo de normas y de principios de Derecho administrativo totalmente comparable al de los Derechos administrativos de los Estados miembros. Estas normas y principios han sido elaboradas principalmente en tanto que derecho pretoriano por la Corte de Luxemburgo sobre la base de los diferentes órdenes jurídicos de los Estados miembros, y por encima de todos del de Francia.⁸

■ La tendencia internacional hacia la formación de un Derecho Común de la Contratación Pública

El Derecho Comunitario Europeo ha desarrollado un papel decisivo en la unificación de los procedimientos de contratación pública en los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la

⁵ Véanse el informe y las estadísticas sobre la contratación pública elaborados por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm, y el documento *Public Procurement Indicators 2009*, Comisión Europea (DG Mercado Interior) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. (11 noviembre 2010).

⁶ AAVV. *Il Diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*. Diritto Amministrativo Comunitario (a cura de Vandelli, Bottari e Donati). Págs. 17 y ss. Maggioli Ed. (1994).

⁷ S. Cassese. *L'architettura costituzionale della Comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali*. Scritti in onore di Alberto Predieri. Pág. 421. Guiffrè. (1996).

⁸ J. Schwarze. *Droit administratif européen*. Pág. 83. Bruylant. (1994). Y J. Schwarze. *Tendances vers un droit administratif commun en Europe*. Revue trimestrielle de droit européen. (1993). At. 236.

tendencia hacia la elaboración de un Derecho Común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, no sólo se aprecia claramente en el Derecho Comunitario y, por ende, en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión (hoy en día 27), sino que también se manifiesta con fuerza en ámbitos territoriales mucho más amplios.⁹ En efecto, en los últimos años están surgiendo importantes normas internacionales cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública.

En este sentido, es preciso destacar las normas de este tenor aprobadas en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública), de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), del Banco Mundial y la OCDE.

Asimismo, se podrían señalar tanto las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), como los acuerdos de integración abiertos en el continente americano, el Acuerdo del Grupo de los Tres (Colombia, Venezuela y México) y los acuerdos bilaterales de México con Costa Rica, Bolivia y Chile,

⁹ R. Rivero Ortega. *¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?* Revista Española de Derecho Administrativo. (2004). At. 33, analiza la globalización del derecho de los contratos públicos por medio de la experiencia de Estados Unidos, que cuenta con la “Federal Acquisition Regulation”, un verdadero código de la contratación pública, y con una instancia administrativa, General Services Administration Board of Contracts Appeals (GSABCA), que resuelve los recursos planteados en procesos selectivos.

y los de Chile con Bolivia, Ecuador, Venezuela y México, los cuales contienen disposiciones que regulan las compras del sector público. No obstante, el resto de los esquemas de integración actualmente están contemplando la inclusión de disposiciones sobre compras del sector público en sus acuerdos. Así, en el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), integrada por 34 países, se ha formado el Grupo de Trabajo sobre Compras del Sector Público para que prepare un posible acuerdo sobre la materia. Además, existe un protocolo de contrataciones públicas en el ámbito de Mercosur.¹⁰ Pues bien, todas estas normas, acuerdos y negociaciones no vienen sino a corroborar la tendencia hacia la formación de un Derecho Común de la Contratación Pública.

■ Algunas precisiones conceptuales

Para el cumplimiento de sus funciones, las administraciones territoriales y —en nuestros días— el universo cada vez más amplio de las entidades instrumentales dependientes de estas necesitan adquirir bienes y servicios de terceras personas, ya sean estas públicas o privadas. A este tipo de

¹⁰ Para el análisis de otros acuerdos internacionales en contratación pública resulta de interés acudir al documento elaborado por las secretarías de Aladi, Comunidad Andina y Mercosur en el 2006, en cumplimiento de los mandatos de la I Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones (Documento Aladi, Comunidad Andina y Mercosur. Convergencia comercial de los países de América del sur hacia la comunidad sudamericana de naciones. Compras del sector público. 2006. www.mercosur.int/msweb/sm/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf (4 junio 2009).



negocios jurídicos,¹¹ esto es, a las adquisiciones para uso o consumo público, convencionalmente se les denomina *contratos públicos*.

Los contratos públicos no constituyen una categoría jurídica. Según esta denominación aparecen diversos tipos de contratos que se distinguen netamente los unos de los otros (contratos de obras públicas, de servicios, de bienes o suministro, entre otros).

Para definir a esta figura, los países utilizan nociones, como por ejemplo “marchés publics” (en Francia), “public procurement” (en el Reino Unido) y “öffentliche Aufträge” (en Alemania). En el ámbito internacional, es preciso destacar que en el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio se habla de “compras del sector público”. Por su parte, las Directivas Comunitarias Europeas sobre contratación pública, utilizan las nociones más específicas de contratos públicos de obras, suministros y servicios.

Ahora bien, esta clase de contratos se rigen por distintos regímenes jurídicos en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Así, mientras que en unos países, por influencia del Derecho francés, se conoce la figura del contrato administrativo, con la que se definen los contratos más frecuentemente celebrados por las administraciones (obras, suministros y servicios públicos) y cuya regulación se entiende objeto del Derecho administrativo sustantivo, en la mayoría de los otros ordenamientos, los contratos que celebran las administraciones públicas se consideran

¹¹ Sobre el concepto y la clasificación de los negocios jurídicos, puede verse la obra ya clásica de Federico De Castro y Bravo. *El negocio jurídico*. Civitas. (1985). (La edición original del texto fue publicada en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

contratos privados sujetos a las normas comunes del Derecho civil y mercantil.¹²

■ El Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. Su proceso de revisión

Antecedentes y origen

La contratación pública se omitió inicialmente del ámbito de los principales instrumentos comerciales multilaterales destinados a facilitar el acceso a los mercados. En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio que se negoció originalmente en 1947, la contratación pública quedó excluida de forma explícita de la obligación fundamental de conceder trato nacional. Pero la situación ha continuado hasta más recientemente, ya que los contratos públicos quedaron fuera de los principales compromisos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Habida cuenta de la importancia económica de la contratación pública, se trata de una laguna considerable del sistema de comercio multilateral.

El creciente reconocimiento de los efectos restrictivos para el comercio de las políticas de contratación pública discriminatorias y de la conveniencia de colmar esa laguna del sistema de comercio se concretaron en un primer esfuerzo

¹² Sobre la diferenciación entre ambos regímenes jurídicos, véase E. García de Enterría & T. R. Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Págs. 654 y ss. Civitas. (1993); J. R. Parada Vázquez. *Derecho administrativo*. Págs. 256 y ss. Marcial Pons. (1993), y André Laubadere, Frank Moderne & Pierre Delvolle. *Traité des contrats administratifs*. Págs. 15 y ss. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. (1983).

por incluir la contratación pública en las normas de comercio convenidas internacionalmente cuando se celebraron las Negociaciones Comerciales de la Ronda de Tokio. Como resultado de ello, en 1979 se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981, y se modificó en 1987 y cuya versión enmendada entró en vigor en 1988. Coincidiendo con la Ronda Uruguay, las Partes en el Acuerdo celebraron negociaciones para ampliar su alcance y aplicación. El Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) que está actualmente en vigor se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC. El nuevo Acuerdo entró en vigor el 1° de enero de 1996.

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es uno de los acuerdos “plurilaterales” que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los Miembros de la Organización están obligados por él. De hecho, ningún país iberoamericano está obligado por el Acuerdo.

El problema del Acuerdo sobre Contratación Pública es que sólo se aplica a un limitado número de contratos de importante cuantía económica y que las obligaciones que establece son muy débiles. La regulación comunitaria europea sobre los contratos públicos es, en general, mucho más completa y exigente que la del Acuerdo.

Principios fundamentales: no discriminación y transparencia

El Acuerdo sobre Contratación Pública establece un marco convenido de derechos y obligaciones entre sus partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación. Un

principio fundamental a este respecto es la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, las partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás partes en el Acuerdo, un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales (párrafo 1, apartado a) del artículo III). Además, las partes no pueden discriminar entre los productos, servicios y proveedores de otras partes (párrafo 1, apartado b) del artículo III). Asimismo, cada parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio (párrafo 2 del artículo III).

La utilización de compensaciones —medidas aplicadas para fomentar el desarrollo del país o mejorar la situación de las cuentas de su balanza de pagos mediante prescripciones relativas al contenido nacional, las licencias para utilizar tecnología, las inversiones, el comercio de compensación u otras análogas— está expresamente prohibida por el Acuerdo. No obstante, los países en desarrollo, en el momento de su adhesión, pueden negociar condiciones para la utilización de compensaciones siempre que estas sólo se utilicen a efectos de calificación para participar en el proceso de contratación y no como criterios para la adjudicación de contratos (artículo V).

Para garantizar la aplicación del principio básico de no discriminación y que los productos, servicios y proveedores extranjeros tengan acceso a los contratos, el Acuerdo hace especial hincapié en los procedimientos destinados a garantizar la

transparencia de las leyes, los reglamentos, los procedimientos y las prácticas, relativos a la contratación pública.

Existe la obligación general de publicar las leyes, los reglamentos, las decisiones judiciales, las resoluciones administrativas de aplicación general y los procedimientos relativos a los contratos públicos comprendidos en el Acuerdo. Las publicaciones pertinentes se enumeran en el apéndice IV (párrafo 1 del artículo XIX). Para aumentar la transparencia, el Acuerdo establece que cada gobierno tiene que reunir y facilitar a las demás partes, por medio del Comité, estadísticas sobre los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo (párrafo 5 del artículo XIX).

Alcance y cobertura

El Acuerdo se basa en un enfoque de lista positiva (es decir, lista de inclusiones) para determinar el ámbito de aplicación. En el apéndice I del Acuerdo, que se divide en tres anexos, se enumeran las

entidades de cada país. En el Anexo 1 figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2, las de los gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3, todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquellas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios, si: (i) el valor de la compra sobrepasa un umbral determinado, y (ii) los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del Acuerdo. Las notas generales figuran al final de la mayoría de las listas de las partes, y establecen numerosas exenciones.

El Acuerdo es aplicable a los contratos de un valor superior a determinados valores de umbral. Los umbrales que se aplican a los contratos de adquisiciones no son uniformes debido a que existen algunas diferencias entre los países signatarios. En general, para la mayoría de los países se aplican los umbrales que se resumen en la tabla 1.

Tabla 1. Umbrales aplicados a los contratos de adquisiciones

	Entidades del Gobierno Central (Anexo 1)	Entidades de los Gobiernos subcentrales (Anexo 2)	Otras entidades (*) (Anexo 3)
Bienes y servicios, excluidos servicios de construcción	DEG 130.000	DEG 200.000	DEG 355.000
Servicios de construcción	DEG 5.000.000	DEG 5.000.000	DEG 5.000.000

(*) "Otras entidades" incluye, en general, las empresas públicas o de servicios públicos.

Fuente: el autor

Asimismo, cabe señalar que está autorizado eximir de las obligaciones del Acuerdo a los países en desarrollo en determinadas situaciones (artículo V) y por razones no económicas, por ejemplo, para

proteger los intereses de la seguridad nacional, la moral, el orden o la seguridad públicos, la salud y la vida humana, animal o vegetal, la propiedad intelectual, etcétera (artículo XXIII).

Procedimientos de licitación

En el Acuerdo figuran diversas obligaciones de procedimiento pormenorizadas que las entidades contratantes tienen que cumplir para garantizar la aplicación efectiva de sus principios básicos (artículos VII a XVI). En muchos aspectos, estas disposiciones codifican buenas prácticas reconocidas en la esfera de la contratación pública, cuya finalidad es asegurar la eficiencia y una buena relación calidad-precio. En el contexto del ACP, también sirven para garantizar que el acceso a los contratos abarcados sea abierto y que se den las mismas oportunidades de competir por los contratos públicos a los productos y proveedores nacionales y a los extranjeros.

Antes de que se inicie realmente el proceso de licitación, las partes publicarán una invitación a participar, en forma de anuncio de licitación, en una publicación accesible a todos indicada en el Apéndice II del Acuerdo. La finalidad del anuncio es informar a todos los proveedores interesados acerca de la posibilidad de concertar un contrato, y sobre sus aspectos pertinentes. En Europa, esta publicidad se realiza en el DOUE (<http://simap.europa.eu>). En el ámbito de Estados Unidos, básicamente en la página web *Federal Business Opportunities*.

El Acuerdo autoriza licitaciones públicas, selectivas o restringidas, a condición de que el procedimiento utilizado sea compatible con las disposiciones establecidas en los artículos VII a XVI (estos supuestos coinciden con los procedimientos abiertos, restringidos y negociados de las Directivas comunitarias).

El Acuerdo establece determinados plazos mínimos para la preparación, presentación y recepción de licitaciones, que permitan efectuar las ofertas correspondientes (párrafo 2 del artículo XI).

Estos plazos deberán ser lo suficientemente largos como para que todos los proveedores, nacionales y extranjeros, puedan preparar y presentar licitaciones antes de que se cierre el procedimiento correspondiente.

El Acuerdo prevé obligaciones relativas a las especificaciones técnicas para asegurar que las entidades no discriminen contra las mercancías y los proveedores extranjeros, y entre aquellas y estos, mediante las características técnicas de los productos y servicios que especifican (artículo VI). Las especificaciones técnicas se formularán más bien en función de las propiedades de uso y empleo del producto que en función del diseño, y se basarán en normas internacionales, cuando existan, o, de lo contrario, en reglamentos técnicos nacionales, normas nacionales reconocidas, o códigos de construcción.

Las normas de procedimiento para la presentación, recepción y apertura de las ofertas tienen por finalidad garantizar la imparcialidad, equidad y transparencia del proceso de contratación pública (párrafos 1 a 3 del artículo XIII). Todas las ofertas de licitaciones públicas y selectivas se recibirán y abrirán con arreglo a procedimientos y condiciones que garanticen la regularidad de su apertura.

En las disposiciones pertinentes del Acuerdo se establecen como medios de transmisión el télex, el telegrama y el facsímil. El Acuerdo reconoce que sus disposiciones no tienen en cuenta el uso cada vez mayor de tecnología de la información en la contratación pública. Con el fin de velar por que esto no constituya un obstáculo al progreso técnico en esta esfera, el Acuerdo establece la celebración periódica de consultas en el Comité acerca de las novedades que se hayan producido en la tecnología de la información y, en caso necesario, la negociación de modificaciones al propio Acuerdo (párrafo 8 del artículo XXIV). Tras esas negociaciones entabladas de conformidad con el



párrafo 7 del artículo xxiv del Acuerdo sobre Contratación Pública (1994), en diciembre del 2006 los negociadores alcanzaron un acuerdo provisional sobre el texto de un Acuerdo revisado que prevé la utilización de instrumentos electrónicos en el proceso de contratación.

Después de haberse adjudicado el contrato también será preciso facilitar información sobre la decisión de adjudicación, en forma de anuncio en el que se facilite información sobre cuestiones como la naturaleza y cantidad de los productos y servicios objeto de las adjudicaciones, el nombre y la dirección del adjudicatario, y el valor de la oferta ganadora o de las ofertas más alta y más baja tomadas en cuenta para la adjudicación del contrato (párrafo 1 del artículo xviii).

La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública

El Acuerdo sobre Contratación Pública adoptado en 1994 previó su propia revisión en los apartados b) y c) del párrafo 7 del artículo xxiv. El proceso para su reforma ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en el 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre del 2011.¹³

Los principales objetivos de la renegociación del ACP han sido mejorar y actualizar el Acuerdo, a la luz de la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación, entre otras cosas; ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo, y eliminar las medidas discriminatorias que siguieran aplicándose.¹⁴

¹³ Véase la página oficial de la OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm, (6 febrero 2012).

¹⁴ Sobre la renovación del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, véase R. D. Anderson. *Renewing the WTO Agreement*

En este sentido, el Comité de Contratación Pública adoptó dos decisiones sobre las modalidades para las negociaciones sobre la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las medidas y prácticas discriminatorias: GPA/79 y (GPA/79/Add.1).

Las negociaciones también tenían por objeto facilitar la adhesión al Acuerdo de nuevas partes, en especial de países en desarrollo. Las negociaciones en el marco del ACP no forman parte de la denominada Ronda de Doha de negociaciones de la OMC, ni formaban parte de esta, que abarca otros muchos temas.

En diciembre del 2006, los negociadores llegaron a un acuerdo provisional acerca de la revisión del texto del Acuerdo plurilateral de 1994. Sin embargo, el Acuerdo estaba sujeto a una verificación jurídica y al resultado mutuamente satisfactorio de la ampliación del ámbito de aplicación (es decir, las listas de entidades gubernamentales cuya contratación está abierta a la competencia).

El 15 de diciembre del 2011 se adoptó en Ginebra, a nivel ministerial, una decisión sobre los resultados de todos los aspectos de las negociaciones. La decisión no solo aborda el texto y el ámbito de aplicación del Acuerdo revisado, sino que en ella también figuran decisiones para la adopción de los programas de trabajo futuros del Comité. Esto significa que ya se han convenido en principio todos los elementos de la renegociación, a falta solamente de una verificación definitiva y un examen jurídico.

El nuevo texto entraña una revisión a fondo de las disposiciones del Acuerdo a fin de que sean más fáciles de utilizar, con apoyo principalmente en la utilización de los medios electrónicos en

on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations. Public Procurement Law Review. (2007).

el proceso de contratación. Se ha previsto mayor flexibilidad en algunos ámbitos, por ejemplo, plazos más cortos para la contratación de bienes y servicios de un tipo que esté disponible en el mercado comercial. Se ha definido más claramente el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo; de esta manera, se espera facilitar la adhesión de esos países en el futuro. Se ha prestado especial atención a cuestiones como los procedimientos nacionales de recurso para las impugnaciones presentadas por los proveedores y las normas para modificar las listas de cobertura de las partes.

Las partes en el ACP han acordado que se deberá utilizar el nuevo texto como base para las negociaciones con los países que deseen adherirse al ACP, incluso antes de que el Acuerdo revisado entre formalmente en vigor.

Según una estimación preliminar de la Secretaría, los beneficios en materia de acceso a los mercados representan entre 80.000 y 100.000 millones de dólares anuales.¹⁵

Estos beneficios se deben a una reducción de los valores de umbral y a la incorporación de nuevas entidades y sectores en los actuales Anexos del Apéndice I de las partes en el Acuerdo. Por ejemplo, una parte ha convenido en incluir todas sus provincias y territorios. Las demás partes en el Acuerdo, en su conjunto, han añadido por lo menos 200 entidades adicionales en sus listas. Tres importantes partes darán nueva cobertura a los llamados contratos de construcción, explotación y transferencia. Asimismo, casi todas las partes han añadido la cobertura de los servicios, y tres partes han acordado reducir algunos de sus valores de umbral.

¹⁵ Véase http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm (6 febrero 2012).

La suscripción del Acuerdo por la Unión Europea

Mediante la Decisión 94/800/CEE, el Consejo aprobó el Acuerdo sobre Contratación Pública, cuya finalidad era lograr la liberalización y expansión del comercio mundial por medio del establecimiento, en lo que respecta a la contratación pública, de una normativa de derechos y obligaciones multilaterales equilibradas. El citado Acuerdo forma desde entonces parte del ordenamiento jurídico comunitario europeo y obliga tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros.

Ahora bien, en algunos aspectos, el Acuerdo sobre Contratación Pública preveía unas condiciones de acceso a los contratos públicos en el interior de la Comunidad, más favorables para los licitadores y productos de terceros países signatarios que las previstas por las Directivas Comunitarias sobre contratos de obras y suministros. Para eliminar esta situación discriminatoria para las empresas comunitarias, fueron modificadas las Directivas Comunitarias sobre contratos (93/36, 93/37 y 92/50/CEE) por medio de la Directiva 97/52/CE, que tuvo como principal objetivo la asunción de los compromisos internacionales que para la Comunidad Europea se derivaban de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994).¹⁶

¹⁶ Ver al respecto la Decisión 94/800/CEE, del Consejo, del 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (DOCE L No. 336, del 23 de diciembre de 1994).



■ La Ley Modelo sobre Contratación Pública aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La conveniencia del establecimiento de normas que disciplinen la contratación pública también se ha defendido en los últimos años en el ámbito de las Naciones Unidas. En efecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó en 1993 la denominada “Ley Modelo” sobre la contratación pública de bienes y de obras.¹⁷

En julio del 2011 se aprobó un nuevo texto de la Ley Modelo, que reemplaza la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994. Aunque se reconocía que el texto de 1994 era un importante instrumento internacional de referencia para la reforma del régimen de la contratación pública, en el 2004 la Comisión convino en que sería conveniente actualizar la Ley Modelo de 1994 para reflejar las nuevas prácticas, en particular las derivadas del

uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como la experiencia adquirida en la aplicación de esa Ley Modelo como base de reformas legislativas. De cualquier modo, no se han modificado los principios ni los procedimientos más importantes que constituían el fundamento de la eficacia del texto de 1994.

La Ley, que está fuertemente influenciada por los principios generales del ordenamiento comunitario europeo en materia de contratos públicos (aunque, como veremos a continuación, su nivel de exigencia es considerablemente menor que el europeo), tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países “para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia, de no disponer actualmente de uno”.

La decisión de la CNUDMI¹⁸ de formular un régimen modelo para la contratación pública se justificó, por tanto, en la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia. De ello, es fácilmente constatable que

¹⁷ El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su XXVI periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

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

¹⁸ La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio. En este sentido, durante los últimos 25 años la CNUDMI ha formulado convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”), leyes modelo (como la de arbitraje comercial internacional), el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

resultan ineficiencias en el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado.

Como ha destacado la propia CNUDMI, si bien todos los países sienten la necesidad de que su régimen y sus prácticas de la contratación pública sean eficientes, esta necesidad se hace sentir particularmente en muchos Estados en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición. En estos Estados, una gran parte de la contratación está en manos del sector público y muchos de los contratos adjudicados son para proyectos que forman parte del propio proceso de desarrollo económico y social del país. Estas naciones se ven particularmente afectadas por la escasez de fondos públicos para los fines de la contratación pública, por lo que es aún más importante para ellos que esa contratación se lleve a cabo de la manera más ventajosa posible.

Pues bien, hacia estos países, entre los que se encuentran por ejemplo los países de la Comunidad Andina, está principalmente dirigida la “Ley Modelo” sobre contratación pública. Además, esta puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de dicha contratación.

En consecuencia, el texto de la CNUDMI ha sido concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, susceptibles de servir de modelo a todos aquellos Estados que, por una u otra razón, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en la materia. Ahora bien, es preciso advertir desde este momento que la “Ley Modelo” no tiene

naturaleza contractual ni aspira a convertirse en tratado internacional, es decir, desde el punto de vista jurídico formal, carece de toda fuerza vinculante para los Estados; se trata tan solo de un “modelo” susceptible de inspirar las legislaciones estatales.¹⁹

En cuanto a su contenido, la “Ley Modelo” trata de significar los rasgos mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública. Sus objetivos principales, en este sentido, son desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. Por tanto, la norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos, quedando fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos (al igual que ocurre con el Derecho Comunitario de la contratación pública). El régimen de la “Ley Modelo” va destinado básicamente a la contratación efectuada por “dependencias de la Administración pública y otras entidades o empresas del sector público” (artículo 2). La “Ley Modelo” regula la contratación pública de bienes y de obras. Por lo que respecta a las formas de adjudicación de los contratos, la Ley se caracteriza por su flexibilidad, ya que deja a las entidades adjudicadoras una amplia libertad de elección.

¹⁹ Este tipo de acuerdos son considerados por la doctrina internacionalista como “Soft Law”, esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen (Ignaz Seidl-Hohenveldern. *International Economic “Soft Law”*. Págs. 173 y ss. *Recueil des Cours, Académie de Droit International*. [1979-II]).



Autor extranjero invitado

■ Referencias

- AAVV. *Il Diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*. Diritto Amministrativo Comunitario (a cura de Vandelli, Bottari e Donati). Págs. 17 y ss. Maggioli Ed. (1994).
- Aladi, Comunidad Andina y Mercosur. Convergencia comercial de los países de América del sur hacia la comunidad sudamericana de naciones. Compras del sector público. 2006. www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf (4 junio 2009).
- A. Laubadere, F. Moderne & P. Delvolve. *Traité des contrats administratifs*. Págs. 15 y ss. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. (1983).
- B. Kingsbury, N. Krisch & R. B. Stewart. *The Emergence of Global Administrative Law*. 68 *Law and Contemporary Problems*, 15. Summer/Autumn 2005.
- B. Kingsbury, N. Krisch & R. B. Stewart. El surgimiento del derecho administrativo global. <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. (7 febrero 2012).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI). *Ley Modelo*. Viena (1993).
- Comisión Europea. Dirección General del Mercado Interior. *Public Procurement Indicators 2009*. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. (11 noviembre 2010).
- Comunidad Económica Europea. Consejo. Decisión 94/800/CEE, del 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (DOCE L No. 336, del 23 de diciembre de 1994).
- Dirección General del Mercado Interior de la Unión Europea. http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm
- E. García de Enterría & Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Págs. 654 y ss. Civitas. (1993).
- F. De Castro y Bravo. *El negocio jurídico*. Civitas. (1985).
- http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm (6 febrero 2012).
- Ignaz Seidl-Hohenveldern. *International Economic "Soft Law"*. Págs. 173 y ss. *Recueil des Cours, Académie de Droit International*. (1979-II).
- J. R. Parada Vázquez. *Derecho administrativo*. Págs. 256 y ss. Marcial Pons. (1993).
- J. Schwarze. *Tendances vers un droit administratif commun en Europe*. *Revue trimestrielle de droit européen*. (1993). At. 236.
- J. Schwarze. *Droit administratif européen*. Pág. 83. Bruylant. (1994).
- Organización Mundial del Comercio (OMC) *La renovación del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)*. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm (6 febrero 2012).
- Public Procurement Law Review. Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement*. Págs. NA 161-204. (2006).
- R. D. Anderson. *Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*. *Public Procurement Law Review*. (2007).
- R. Rivero Ortega. *¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?* *Revista Española de Derecho Administrativo*. (2004).
- R. B. Stewart. *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* 68 *Law and Contemporary Problems*, 15. Summer/Autumn 2005.
- S. Cassese. *L'architettura costituzionale della Comunità europea dopo Maastricht e il posto dei poteri locali*. *Scritti in onore di Alberto Predieri*. Pág. 421. Guiffrè. (1996).
- S. Arrowsmith. *Government Procurement in the WTO*. *Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law*, volumen 16. La Haya (Holanda). (2003).