

## LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS MÁS ALLÁ DEL ESTADO-NACIÓN

### EL CASO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR EL BANCO CENTRAL EUROPEO

Eduardo TORRES ESPINOSA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho comunitario europeo y la teoría convencional de los contratos administrativos*. III. *El Tratado de la Unión Europea y el régimen jurídico del Banco Central Europeo*. IV. *Facultades del Banco Central Europeo para emitir actos y celebrar contratos administrativos*. V. *El Tribunal Europeo y la resolución de controversias*. VI. *¿Hacia un derecho administrativo global?* VII. *Conclusiones*.

#### I. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia se analiza el régimen jurídico del Banco Central Europeo a la luz de la legislación que le dio vida: el Tratado de la Unión Europea, suscrito en la ciudad de Maastricht en febrero de 1992. Al hacerlo se presta una atención especial a la independencia de dicho Banco, así como a su capacidad para emitir actos jurídicos en general, y para celebrar contratos administrativos en particular. Asimismo, se destina una sección a la manera en que el Tribunal de Justicia controla la actividad de la autoridad monetaria europea. El argumento central del trabajo es que el caso bajo escrutinio plantea atipicidades teórico-prácticas que ponen en tela de juicio algunos de los supuestos básicos en que se sostienen las teorías jurídicas dominantes.

Con el propósito de ubicar el objeto de estudio en su contexto, la primera sección destaca las diferencias que existen entre el novedoso derecho

\* Doctor en gobierno por la *London School of Economics* y profesor de carrera de tiempo completo en la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la UNAM.

comunitario europeo y el derecho administrativo convencional, con una especial referencia al derecho francés. En una sección de cierre se plantean —tomando como base el caso estudiado— algunas reflexiones acerca de la crisis por la que hoy atraviesa la doctrina westfaliana del Estado-nación. En lo general, este trabajo intenta contribuir a la corriente que sostiene la debilidad de conceptos tales como soberanía nacional, supremacía constitucional, división nacional de poderes y administración pública frente al fenómeno europeo de integración.

## II. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LA TEORÍA CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La constitución de la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* en julio de 1952 llamó poderosamente la atención de los juristas, en especial la de los franceses.<sup>1</sup> Lo novedoso de este acuerdo internacional entre Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Holanda explica el inusual interés. Hasta entonces, muy pocos casos habían ido tan lejos de las fronteras del Estado-nación y también de su doctrina. La constitución de la *Comunidad Europea de Energía Atómica* y la *Comunidad Económica Europea* en enero de 1958, junto con un creciente andamiaje institucional, aumentaría las interrogantes. En particular, la creación del Tribunal de Justicia y del Parlamento Europeo planteaban la pregunta: Pero, ¿qué es, realmente, eso que llaman derecho comunitario?

En el fondo, los juristas trataban de entender cómo un tratado internacional podía ser fuente generadora de normas obligatorias y de mecanismos institucionales para hacerlas cumplir y, todo ello, por encima de los derechos nacionales. Una tarea nada fácil si se considera que la doctrina dominante enseñaba que la producción y aplicación del derecho era una facultad soberana y, por tanto, exclusiva del Estado-nación. Al mismo tiempo, dicha doctrina negaba, categóricamente, la posibilidad de que pudiera cederse soberanía a instancias institucionales supranacionales. En combinación, ambas ideas habían justificado la falta de poder coercitivo como

<sup>1</sup> Mathijzen, Pierre, *Le droit de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1958.

una deficiencia casi consustancial del derecho internacional. A pesar de todo ello, el caso europeo estaba ahí y exigía una explicación.<sup>2</sup>

El objetivo central de los tratados fundacionales de la, hoy, Unión Europea fue construir un mercado económico común. De ahí la importancia de la Comisión Europea como su motor ejecutivo. La naturaleza administrativa de este órgano y de sus funciones da cuenta del rápido desarrollo de un vasto y cada vez más complejo “derecho administrativo comunitario”. Un catalizador de este proceso fue no sólo la constante ampliación de la esfera de acción de dicha Comisión, sino la creación de nuevas entidades administrativas supranacionales. Esta realidad conducía inevitablemente a Francia, país que hasta mediados del siglo pasado estaba a la vanguardia del derecho público y, en particular, del derecho administrativo.

Para entender la evolución y los principios fundamentales del derecho administrativo francés, es necesario tener en cuenta la actividad del Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*), el Supremo Tribunal Administrativo francés. Su creativa, dinámica y progresista jurisprudencia contribuyó de manera decisiva a la construcción del edificio conceptual y doctrinal de ese derecho.<sup>3</sup> Aunque los contratos administrativos siempre han sido uno de sus temas centrales, la concepción de su naturaleza, autoridad y efectos han cambiado notablemente con el paso del tiempo. En un primer momento, las decisiones de ese tribunal aportaron las bases para el desarrollo de la doctrina del “servicio público” (*service public*), la cual se convirtió en la piedra angular del derecho administrativo a través de los trabajos de Hauriou y Duguit, entre otros.

Dicha doctrina partía de reconocer el derecho incuestionable del Estado para satisfacer, en forma unilateral, el “interés común” de sus súbditos. Ello justificaba la posición privilegiada de la administración pública frente a los particulares y, como resultado, la incorporación de “cláusulas exorbitantes” (*clauses exorbitantes*) en los contratos celebrados entre ellos. No obstante, la misma jurisprudencia del *Conseil d'Etat* preparó el terreno para el desarrollo de una nueva doctrina y práctica administrativa, misma que acabó por reconocer que la administración pública y los particulares “cola-

<sup>2</sup> Torres Espinosa, Eduardo, “Integración europea y globalización. Una perspectiva institucional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2005, vol. 5, pp. 505-507.

<sup>3</sup> Langrod, Georges, “The French Council of Estate. Its Role in the Formulation and Implementation of Administrative Law”, *The American Political Science Review*, vol. 49(3), septiembre de 1955, pp. 673-692.

boran” para alcanzar sus respectivos fines. Así, para el ingreso de los contratos administrativos a la familia de los “actos consensuales” vendría a poner fin al tiempo de los actos unilaterales u “órdenes” de la administración pública.<sup>4</sup>

Para entonces, Langrod había notado ya que a pesar de las muchas diferencias entre el derecho francés y otros derechos nacionales (en particular del alemán) la flexibilización de la acción administrativa constituía una tendencia universal para mediados del siglo pasado.<sup>5</sup> Sin embargo, y a pesar de este indudable avance, el talón de Aquiles de todas las concepciones jurídicas seguía siendo su referencia última a la teoría tradicional de soberanía del Estado-nación y, por tanto, su categorización de algunos contratos en función de la intervención como parte de agentes de su órgano ejecutivo. La manifestación de esta debilidad se hacía cada vez más evidente en el campo del derecho internacional, donde los ejemplos de “internacionalización de los contratos” se multiplicaban.<sup>6</sup>

A mediados del mismo siglo, el tribunal administrativo de la Organización Internacional del Trabajo extendió su competencia a la resolución de conflictos derivados de contratos celebrados por esa Organización, lo que sentaría un precedente para las demás agencias de las Naciones Unidas. Casi simultáneamente, el tratado constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero creó un Tribunal de Justicia para garantizar “el respeto del derecho en la interpretación y aplicación” de dicho tratado, así como de sus “reglamentos de ejecución”. Asimismo, su artículo 42 señaló que el nuevo Tribunal sería “competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la Comunidad”.<sup>7</sup>

Desde entonces, el desarrollo de una “administración internacional” ha sido vertiginoso. Sin embargo, el desarrollo institucional de administraciones particulares derivadas de acuerdos internacionales ha tenido diversos

<sup>4</sup> Cf. Laubadère, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, París, LGDJ, 1956, 3 vols.

<sup>5</sup> Langrod, Georges, “Administrative Contracts: A Comparative Study”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 4(3), verano de 1955, pp. 325-364.

<sup>6</sup> Fatouros, A. A., “International Law and the Internationalized Contract”, *The American Journal of International Law*, vol. 74(1), enero de 1980, pp. 134-141.

<sup>7</sup> Las citas textuales de este Tratado provienen de la versión en español que ofrece el Portal de la Unión Europea en Internet <http://europa.eu.int/index-es.htm>, rubro Tratados.

grados y alcances.<sup>8</sup> En este contexto destaca el caso europeo, en virtud de que desde 1952 no ha dejado de brindar novedosas y efectivas soluciones a la necesidad de regulación y de resolución de conflictos en el ámbito supranacional. Sin duda, el ejemplo más acabado lo proporciona el Tratado de la Unión Europea de 1992, el cual pondría en manos de una inédita autoridad monetaria supranacional todas las facultades administrativas necesarias para la “europeanización” de la política monetaria.

### III. EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

El Tratado de la Unión Europea —también conocido como Tratado de Maastricht— constituye un momento estelar en el proceso europeo de integración económica. Su objetivo último fue lograr una Unión Monetaria Europea (UME) que permitiera la futura introducción de una moneda única en la región. Para lograrlo, dicho Tratado colocó los cimientos institucionales y jurídicos para el futuro establecimiento de un Banco Central Europeo (BCE) como columna vertebral de una compleja red institucional donde debían participar, en forma muy destacada, los bancos centrales nacionales de los Estados miembros. Un anexo del Tratado, denominado *Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo* (Estatutos) sistematizó y reglamentó la estructura y funcionamiento de la nueva autoridad monetaria.<sup>9</sup>

Para comprender la trascendencia política y jurídica del Tratado de referencia basta mencionar su impacto potencial en los órdenes jurídicos de los países signatarios.<sup>10</sup> El ingreso de los Estados miembros de la naciente Unión Europea (UE) a la UME quedó condicionado al cumplimiento de

<sup>8</sup> Raustiala, Kal, “Form and Substance in International Agreements”, *The American Journal of International Law*, vol. 99(3), julio de 2005, pp. 581-614.

<sup>9</sup> El Tratado de la Unión Europea (TUE) y el anexo de referencia fueron publicados en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 191, del 29 de julio de 1992. Ambos ordenamientos entraron en vigor en noviembre de 1993.

<sup>10</sup> En esta ponencia, salvo indicación en contrario, se utilizará la versión codificada del Tratado constitutivo de la Unión Europea (Título II del TUE) publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 224, del 31 de agosto de 1992. Es muy importante señalar que el Tratado de Amsterdam renumeró los artículos del TUE. El cuadro de equivalencias anexo a este Tratado, puede consultarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 340, del 10 de noviembre de 1997.

los llamados criterios de convergencia tanto económica como jurídica. Los primeros implicaban la obligación de dichos Estados de conducir “sus políticas económicas, con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad” (artículo 102 A, T).<sup>11</sup> El Consejo Europeo quedó facultado no sólo para coordinar esas políticas sino para establecer las “orientaciones generales” a que deberían ajustarse (artículos 103, 1o. y 2o., T). Así, una serie de indicadores macroeconómicos nacionales decidiría el ingreso a la UME.<sup>12</sup>

Por el otro lado, los criterios de convergencia jurídica exigían “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común” (artículo 3o., h, T). Así, los Estados miembros interesados deberían demostrar que habían compatibilizado su “legislación nacional, incluidos los estatutos de su banco central nacional” con el Tratado y los Estatutos (artículos 108 T, 14 y 14.1, E). Por esta vía, se modificó de manera radical el estatus jurídico tradicional de los bancos centrales nacionales al establecerse que pasarían a formar parte del Sistema Europeo de Bancos Centrales. Lo que implicaba que su actuación debía ajustarse “a las orientaciones e instrucciones del BCE” (artículos 14 y 14.3, E). Para “garantizar” que así fuera, se dotó al Consejo de Gobierno de este Banco de las facultades necesarias.

Cabe indicar que lo anterior sólo es aplicable a los doce Estados miembros de la Unión Europea que hasta la fecha han adoptado al *euro* como su moneda nacional. Estos países son: Bélgica, Alemania, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Finlandia y Grecia.<sup>13</sup> Junto con el BCE, los bancos centrales de estos países integran lo que se denomina como *Eurosistema* y sus territorios constituyen la eurozona o zona de circulación del euro. Es precisamente dentro de este ámbito espacial donde el BCE lleva a cabo sus principales funciones. Aunque con facultades mucho más limitadas, dicho Banco mantiene su presencia

<sup>11</sup> A partir de este momento y por economía de espacio, la citación de preceptos jurídicos del Tratado y de los Estatutos se hará en el texto principal, seguida en cada caso por la letra T o E y entre paréntesis.

<sup>12</sup> Para una breve pero ilustrativa descripción de los criterios económicos de convergencia, véase a Scheller, Hanspeter K., *The European Central Bank: History, Role and Functions*, Frankfurt del Meno, Banco Central Europeo, 2004, pp. 34-37.

<sup>13</sup> Históricamente, el Reino Unido, Dinamarca y Suecia se han resistido a formar parte de la Unión Monetaria Europea. Por su parte, los diez países de reciente ingreso a la UE se encuentran todavía muy lejos de cumplir con los criterios de convergencia.

en el Sistema Europeo de Bancos Centrales —instancia donde participan los 25 bancos centrales de la UE— a través de su Consejo General (artículos 45 y 45.1, E).

A la fecha, el marco “constitucional” del BCE establecido por el Tratado de la Unión Europea ha sufrido muy pocas modificaciones, las cuales tampoco han afectado sus elementos fundamentales. El Tratado de Amsterdam —en vigor desde mayo de 1999— únicamente fortaleció el régimen de “privilegios e inmunidades” de los funcionarios del Banco. Por su parte, y ante el inminente ingreso de nuevos países a la UE, el Tratado de Niza —en vigor desde febrero de 2003— facultó al Consejo Europeo para modificar el sistema de votación del Consejo de Gobierno del BCE.<sup>14</sup> En ejercicio de esta facultad, dicho órgano introdujo un sistema de rotación de los gobernadores de los bancos centrales nacionales a partir de que su número sea mayor de quince y también limitó a este número sus votos en el Consejo.<sup>15</sup>

Los estatutos, en su carácter de accesorio, han seguido la suerte de lo principal. Se puede decir que, en la práctica, este ordenamiento funciona como una ley reglamentaria del Tratado constitutivo de la UE. En el siguiente nivel jerárquico, se encuentra el Reglamento Interno del Banco Central Europeo<sup>16</sup> y otros reglamentos también expedidos por el BCE, entre los que destacan el Reglamento Interno del Comité Ejecutivo del Banco Central y el Reglamento Interno del Consejo General del Banco Central Europeo.<sup>17</sup> Como se verá luego con más detalle, una gama muy amplia de “decisiones”, circulares, recomendaciones y otros actos administrativos emitidos por el Banco completan su régimen jurídico.

El Tratado y los Estatutos concibieron al BCE como un ente supranacional de derecho público dotado de independencia. Así, se prohíbe a las instituciones y organismos comunitarios y a los gobiernos de los Estados

<sup>14</sup> El Tratado de Amsterdam fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 340, del 10 de noviembre de 1997, mientras que el Tratado de Niza en el núm. C 80, del 30 de marzo de 2001.

<sup>15</sup> Artículos 10, 10.2, de los Estatutos, modificado por la Decisión 2003/223/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 83, 1o. de abril de 2003, p. 66. Una explicación muy didáctica del nuevo sistema de votación puede encontrarse en Scheller, Hanspeter K., *op. cit.*, nota 12, pp. 54-59.

<sup>16</sup> La última versión de este reglamento fue publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 080, del 18 de marzo de 2004.

<sup>17</sup> Estos reglamentos fueron publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 314, del 8 de diciembre de 1999 y núm. L 230, del 30 de junio de 2004, respectivamente.

miembros “tratar de influir” sobre su funcionamiento, y al BCE “solicitar o aceptar instrucciones” de dichas entidades y, en general, de cualquier “otro órgano” (artículo 108, T). Al mismo tiempo, se establece que el presupuesto del Banco no es parte integrante del presupuesto de la Unión Europea, ni del asignado a las demás instituciones comunitarias. Este principio de independencia tiene un “valor *quasi-constitucional*”, ya que para modificarlo se necesitaría del acuerdo unánime de los Estados miembros, expresado en una Conferencia Intergubernamental.<sup>18</sup>

#### IV. FACULTADES DEL BANCO CENTRAL EUROPEO PARA EMITIR ACTOS Y CELEBRAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En congruencia con el principio de independencia política, el BCE fue provisto de “personalidad jurídica propia” (artículos 106 y 2o., T). Se precisa también que disfruta “en cada uno de los Estados miembros de la capacidad jurídica más amplia concedida a las personas jurídicas con arreglo al respectivo derecho nacional” (artículos 9o. y 9.1, E). Como resultado, el Banco puede en ese ámbito “adquirir o vender propiedad mobiliaria e inmobiliaria y ser parte en actuaciones judiciales” (*idem*). Internacionalmente, la misma institución está facultada para celebrar acuerdos con organismos internacionales conforme al derecho internacional público, así como participar en los trabajos de “instituciones monetarias internacionales” (artículos 6o. y 6.2, E). En el ámbito supranacional, dicho banco cuenta con facultades regulatorias, incluida la aplicación de sanciones.<sup>19</sup>

Como ocurre con cualquier persona moral con personalidad jurídica, el BCE puede realizar todos los actos jurídicos necesarios para materializar sus atribuciones y objetivos, incluida la celebración de contratos. En primer lugar, dicha institución está facultada para expedir reglamentos “en la medida en que ello sea necesario para el ejercicio” de sus funciones (artículos 34 y 34.1, E). Estos reglamentos tienen una obligatoriedad de alcance general y son “directamente” aplicables en cada Estado miembro (artículos 34 y 34.2, E). En segundo lugar, el BCE puede emitir actos obligatorios para sus

<sup>18</sup> Jabko, Nicolas, “Democracy in the Age of the Euro”, *Journal of European Public Policy*, vol. 10(5), octubre de 2003, p. 710.

<sup>19</sup> “The Institutional Framework of the European System of Central Banks”, Banco Central Europeo, *Boletín Mensual*, julio de 1999, pp. 56 y 57.

destinatarios llamados *decisiones y circulares administrativas*; así como *recomendaciones y dictámenes*, los cuales “no serán vinculantes” (*idem*).

En el ámbito laboral, se establece una distinción no explícita entre los altos funcionarios del Banco y su “personal”. Los primeros encabezan tanto el Comité Ejecutivo como el Consejo de Gobierno del BCE y son: un presidente, un presidente y cuatro miembros más. A pesar de que su nombramiento es político, los Estatutos establecen que las “condiciones de empleo” de estos seis funcionarios —incluidos “en particular sus sueldos, pensiones y demás beneficios de la seguridad social”— estarán sujetos a “contratos con el BCE” (artículos 11 y 11.3, E). Por lo que hace a los gobernadores de los bancos centrales nacionales, el mismo ordenamiento indica que sólo podrán ser relevados del cargo “en caso de que deje[n] de cumplir los requisitos exigidos para el cumplimiento de sus funciones o haya[n] incurrido en falta grave” (artículos 14 y 14.2, E).

Por el otro lado, corresponde al Banco establecer “las condiciones de contratación” de su personal (artículos 36 y 36.1 E). En combinación, las *Condiciones de contratación* y el *Reglamento del personal* establecen “la relación laboral entre el BCE y sus empleados” (artículos 21 y 21.1, RI).<sup>20</sup> Estos últimos son seleccionados, nombrados y promovidos por el Comité Ejecutivo del Banco teniendo en cuenta “los principios de aptitud profesional, publicidad, transparencia, igualdad de oportunidades y no discriminación” (artículos 20, 20.1 y 20.2, RI). Las normas y procedimientos de contratación y de promoción son detallados en normas organizativas denominadas *circulares administrativas*, las cuales son vinculantes para los empleados del Banco (artículos 11 y 11.2, RI).

Por lo que hace al ámbito civil y mercantil, la gama de actos jurídicos en los que puede intervenir el BCE es muy amplia. Como todo ente público, dicho banco tiene un contacto cotidiano con otras instituciones, pero también con los particulares. De manera especial, ello deriva de su necesidad de insumos. En esta materia, la normatividad establece que en los contratos de suministro de bienes y servicios que celebre el BCE deberán ajustarse siempre al “principio de buena administración”. También se tendrán presentes los principios de publicidad, transparencia, igualdad de oportunidades y no discriminación, salvo “en caso de urgencia, o por razones de seguridad y confidencialidad, o cuando haya un solo proveedor, o

<sup>20</sup> El acrónimo RI hace referencia al Reglamento Interno del Banco Central Europeo (véase nota 16).

cuento se trate de suministros de los bancos centrales nacionales al BCE o de asegurar la continuidad de un proveedor” (artículos 19 y 19.2 RI).

Un buen ejemplo del poder coercitivo del BCE en sus relaciones contractuales con los particulares lo proporcionan los Estatutos al facultar a ese Banco para “imponer multas y pagos periódicos coercitivos a las empresas que no cumplan con sus obligaciones respecto de los reglamentos y decisiones” que emita, aunque “dentro de los límites y en las condiciones adoptadas por el Consejo [Europeo]” (artículos 34 y 34.3). Como último recurso, el Consejo de Gobierno del BCE puede decidir “emprender acciones ante el Tribunal de Justicia [europeo]” (artículos 35, 35.5, E). Cabe indicar que el Consejo Europeo y el Parlamento Europeo han provisto el régimen jurídico a que están sujetos los contratos administrativos celebrados no sólo por el BCE, sino en general por las instituciones y organismos comunitarios.

Los esfuerzos por liberalizar el mercado de los contratos públicos dentro de la UE tienen más de tres décadas y media de historia. El Consejo de Ministros, por ejemplo, adoptó medidas para regular la celebración de contratos de obra pública en 1971, así como de contratos de suministro en 1977. No obstante, como lo reconocería el *White Paper* presentado a ese Consejo de Ministros en 1985, la aplicación de esa normatividad había sido “mínima”.<sup>21</sup> Por ello, el mismo reporte insistió en la importancia del tema como parte del proceso de eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales que exigía la creación de un mercado común. En respuesta, importantes medidas correctivas en esos y otros rubros fueron adoptadas a partir de 1988.<sup>22</sup>

En el fondo, la problemática anterior derivaba de las marcadas diferencias entre los derechos contractuales nacionales, así como de los escasos campos regulados por las autoridades europeas. De ahí la importancia de los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Derecho Contractual Europeo creada en 1980. Este órgano —integrado por un grupo de abogados— recibió la titánica tarea de dar forma a los principios del derecho contractual europeo que servirían de base para su “armonización sistemática” y

<sup>21</sup> *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*, Comisión de las Comunidades Europeas, documento núm. COM 85/310, 14 de junio de 1985, p. 23.

<sup>22</sup> Sohrab, Julia A., “The Single European Market and Public Procurement”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10(4), invierno de 1990, pp. 522-538.

para el establecimiento de una “terminología común”.<sup>23</sup> A la fecha, el avance en materia de definición de contratos, de su clasificación por naturaleza y contenido, de difusión de convocatorias y de regulación de procedimientos ha sido notable. En gran medida ello ha sido producto del trabajo de entidades especializadas como la Comisión ya mencionada y el Comité Consultivo para la Apertura de la Contratación Pública.

El actual marco jurídico europeo en materia de contratos administrativos abarca desde su celebración hasta su extinción, pasando por sus efectos generales, su ejecución, las obligaciones de las partes, el régimen de sanciones y la competencia de los tribunales. En suma, todos los temas que pueden ser encontrados en cualquier libro de derecho administrativo. Sin embargo, hay también innovaciones. Además de regular los contratos administrativos tradicionales, el mismo marco ha incorporado refinados procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores: hidráulico, de energía, de transportes y de telecomunicaciones. Materias en las que los Estados miembros habían una presencia muy limitada. Desde luego, la historia no termina aquí. El derecho administrativo europeo se perfecciona y consolida día con día.

## V. EL TRIBUNAL EUROPEO Y LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Aunque el Tratado de la Unión Europea previó algunas acotaciones políticas y jurídicas a la independencia del BCE, en este trabajo sólo nos referiremos a la más importante: el control jurisdiccional supranacional sobre su actividad. Como se indicó antes, ese Banco incorporó a su estructura a los bancos centrales nacionales de los Estados miembros del Eurosistema y asumió sus “funciones esenciales” a partir de enero de 1999.<sup>24</sup> Así, en el caso de que el BCE considere que alguno de esos bancos ha incumplido con una de sus obligaciones estatutarias se lo hará saber y, luego de conocer sus “alegaciones” (*sic*), emitirá un “dictamen motivado”. Si este dictamen no es acatado, el BCE “podrá recurrir al Tribunal de Justicia [europeo]”, órgano con jurisdicción expresa para conocer y resolver este tipo de litigios (artículos 35 y 35.6 E).

<sup>23</sup> Lando, Ole, “European Contract Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31(4), otoño de 1983, pp. 653 y 654.

<sup>24</sup> “The institutional framework...”, *cit.*, nota 19, p. 61.

Por el otro lado, si el gobernador de un banco central nacional considera que fue despedido de manera injustificada por el BCE o por el gobierno de un Estado miembro, dicho gobernador o el Consejo de Gobierno del Banco podrán recurrir la decisión ante el Tribunal de referencia, “por motivos de infracción del Tratado o de cualquier norma legal relativa a su aplicación” (artículos 14 y 14.2, E). Por lo que hace al “personal” del Banco, el mismo Tribunal tiene jurisdicción para conocer de “cualquier litigio entre el BCE y sus empleados, dentro de los límites y con arreglo a las condiciones que establezcan las condiciones de empleo” (artículos 36 y 36.2, E).

Más allá de los supuestos anteriores, los Estatutos prescriben que los actos y las omisiones del BCE están “sujetos a la revisión y a la interpretación del Tribunal de Justicia [europeo], en los casos previstos en el Tratado y con arreglo a las condiciones establecidas en el mismo” (artículos 35 y 35.1). En materia contractual, el Tribunal tiene jurisdicción para fallar “en virtud de las cláusulas compromisorias que contengan los contratos celebrados por el BCE o en su nombre, ya estén regulados por el derecho público o por el privado (artículos 35 y 35.4, E)”. Sin embargo, también se establece que “[l]os litigios entre el BCE, por una parte, y sus acreedores, deudores o terceros, por otra, serán resueltos por los tribunales nacionales competentes, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Justicia” (artículos 35 y 35.2, E).

Para entender mejor esto último es necesario hacer referencia, aunque sea muy breve, al papel que ha jugado el Tribunal de Justicia (TJ) en el contexto europeo, así como a sus relaciones con los tribunales nacionales. El interés de los polítólogos en dicho Tribunal es relativamente reciente y se debe a las expectativas de una más profunda integración económica que generó la firma del Tratado de la Unión Europea en febrero de 1992.<sup>25</sup> De acuerdo con sus estudios, el TJ pasó de ser una institución políticamente muy débil —especialmente por su dependencia de los gobiernos y cortes nacionales— a constituir un tribunal muy influyente. Se ha afirmado incluso que el TJ se convirtió no sólo en “una de las instituciones políticas más poderosas” de la UE, sino en “la corte internacional más influyente que existe”.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Mattli, Walter y Slaughter, Anne-Marie, “Revisiting the European Court of Justice”, *International Organization*, vol. 52(1), invierno de 1998, pp. 177-209.

<sup>26</sup> Alter, Karen J., “The European Court’s Political Power”, *West European Politics*, vol. 19(3), julio de 1996, pp. 458-487.

Lo interesante del caso es que tanto las atribuciones del TJ como los instrumentos de los Estados miembros para influir la política judicial se mantuvieron prácticamente sin cambio.<sup>27</sup> Entonces, ¿qué explica la transformación? Para Alter, la respuesta está en las decisiones de dicho Tribunal, las cuales acabaron por dar forma a una “doctrina jurídica” crecientemente influyente. Esta doctrina sirvió como cimiento normativo para la “construcción institucional”, allanando así, el camino para que el sistema legal de la UE dejara de ser una vía para que los individuos pudieran combatir el derecho comunitario en las cortes nacionales y se convirtiera en un mecanismo para juzgar “la ley nacional en las cortes nacionales”. Todo ello explica que el TJ haya podido “dictar decisiones impopulares y hacer cumplir la ley europea”.<sup>28</sup>

Aunque los tratados fundacionales de la hoy UE nunca han reconocido expresamente la supremacía del derecho comunitario sobre el de los Estados miembros, el TJ se ha encargado de incorporarlo en el orden jurídico a través de sus sentencias. En el caso *Van Gend & Loos* de 1963 —una de sus decisiones más famosas—, el TJ afirmó que el derecho comunitario constituye “un nuevo orden legal de derecho internacional por el... cual los Estados han limitado sus derechos soberanos, aunque en campos limitados”.<sup>29</sup> Resoluciones posteriores han clarificado que dicho orden constituye un derecho de carácter no internacional, sino supranacional que faculta al TJ para declarar ilegales no sólo leyes de la UE, sino también leyes nacionales que violen un Tratado aun en áreas tradicionalmente consideradas como exclusivas del Estado-nación.

El Tratado de la Unión Europea prescribe que cuando el asunto planteado ante un juez nacional implique la interpretación de alguna de sus disposiciones, dicho juez puede suspender el procedimiento y solicitar al TJ que se pronuncie sobre el particular. Este pronunciamiento debe ser utilizado por el juez para fundamentar y motivar su resolución. En la práctica, los litigantes se han aprovechado de este mecanismo para alegar en tribunales nacionales que una norma o decisión de ese ámbito no debe aplicarse por ser violatoria

<sup>27</sup> Weiler, Joseph H. H., “A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors”, *Comparative Political Studies*, vol. 26(4), enero de 1994, pp. 510-534.

<sup>28</sup> Alter, Karen J., “Who Are the ‘Masters of the Treaty’? European Governments and the European Court of Justice”, *International Organization*, vol. 52(1), invierno de 1998, p. 122.

<sup>29</sup> Caso citado por Weiler, Joseph H. H., “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 2434.

de las obligaciones comunitarias del Estado en cuestión. Si la acción prospera, este último está obligado a acatar la sentencia de uno de sus propios tribunales, la cual fue orientada por el TJ desde Bruselas. Claramente, este sistema jurídico ha restado soberanía a los gobiernos nacionales.

Lo anterior permite imaginar cómo son resueltos los litigios no sólo entre el BCE y sus acreedores, deudores o terceros por los tribunales nacionales, sino en general los que se presentan con motivo de la aplicación del derecho administrativo comunitario. Sin duda, la política europea de convergencia jurídica y económica a que nos hemos referido antes ha contribuido, de modo significativo, a determinar el alto grado de influencia que ha logrado el orden comunitario sobre los órdenes nacionales, muy especialmente en materia administrativa.

## VI. ¿HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL?

Antes de abordar esta compleja cuestión, conviene preguntarnos: ¿cuáles son los ingredientes esenciales para que exista derecho administrativo? Desde la perspectiva de la doctrina westfaliana es indispensable la presencia de un Estado soberano y de una Constitución nacional—escrita o no—que conceda autoridad y legitimidad a su “poder” Ejecutivo.<sup>30</sup> Sin embargo, el fenómeno europeo de integración provee una respuesta muy diferente. Únicamente se requiere que exista una necesidad *real* de acción administrativa en el nivel supranacional y que hayan sido creadas, en el mismo nivel, instituciones políticas con poder coercitivo para llevar a cabo y vigilar dicha acción. Un acuerdo internacional que reconozca y atienda ambas necesidades puede operar como marco constitucional.<sup>31</sup>

Desde su inicio, la estrategia europea para hacer frente a sus cada vez más ambiciosos objetivos económicos y políticos ha sido la construcción institucional supranacional. Ello explica que la administración pública de la UE se haya expandido notablemente y que muestre una creciente dife-

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, a Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., trad. de Eduardo García Mányez, México, UNAM, Textos Universitarios, 1995, y a Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editorial Nacional, 1970.

<sup>31</sup> La mejor evidencia la aporta el “Tratado por el cual se instituye una Constitución para Europa”, el cual fue aprobado unánimemente por los Estados miembros de la UE y publicado en el *Diario Oficial la Unión Europea*, núm. C 310, del 16 de diciembre de 2004. Ello a pesar de que los ciudadanos de Francia y Holanda, vía referéndum, hayan detenido el proceso de ratificación del Tratado.

renciación de sus formas y procedimientos. Sin embargo, la falta de precedentes y el dinamismo del proceso hacen que la innovación no siempre sea reconocida, tal como lo constata la creación del BCE. El hecho es que nunca antes un banco central había actuado de manera no autoritaria más allá de las fronteras del Estado-nación. De ahí que la “supranacionalización de la banca central europea” —en palabras de los voceros del Banco—<sup>32</sup> constituya “la gran contribución del Tratado de la Unión Europea y la razón de su excepcionalidad”.<sup>33</sup>

Producto de esa estrategia, la evidencia empírica muestra “una considerable europeanización de las administraciones nacionales”.<sup>34</sup> Por ello, se discuten las características y límites de lo que ha comenzado a llamarse “espacio administrativo europeo”.<sup>35</sup> La larga actuación de la compleja maquinaria administrativa europea ha llevado al reconocimiento de su innegable existencia como una nueva forma de administración pública y, en consecuencia, como un objeto de estudio obligado en todo programa universitario no sólo europeo. No, lo que está hoy en la agenda de los debates políticos y académicos son los relevantes problemas conceptuales, teórico-prácticos y metodológicos que dicha realidad ha generado al interior no sólo del derecho, en casi todas sus ramas, sino de la ciencia política y las relaciones internacionales.<sup>36</sup>

Ante la evidente cesión de soberanía que tenido lugar de los Estados miembros al gobierno europeo, el eje de la discusión gira en torno a sus efectos sobre la naturaleza y función tradicionalmente atribuida al Estado-nación. Por lo menos en ese contexto, la idea de soberanía entendida como el poder supremo e inalienable de todo Estado para autodeterminarse política y jurídicamente parece haber quedado rebasada.<sup>37</sup> De ahí que des-

<sup>32</sup> Scheller, Hanspeter K., *op. cit.*, nota 12, p. 12.

<sup>33</sup> Torres Espinosa, Eduardo, “El Banco Central Europeo. Aspectos jurídicos, institucionales y políticos”, p. 21 (artículo dictaminado favorablemente para publicación).

<sup>34</sup> Wessels, Wolfgang, “Comitology: Fusion in Action. Politico-Administrative Trends in the EU System”, *Journal of European Public Policy*, vol. 5(2), junio de 1998, pp. 209-234.

<sup>35</sup> Olsen, Johan P., “Towards a European Administrative Space?”, *Journal of European Public Policy*, vol. 10(4), agosto de 2003, pp. 506-531.

<sup>36</sup> Una discusión de estos problemas puede encontrarse en Torres Espinosa, Eduardo, “El Estado-nación y la Unión Europea. ¿Hacia una necesaria reformulación de lo estatal?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, enero de 2006, pp. 551-575.

<sup>37</sup> Besson, Samantha, “Sovereignty in Conflict”, *European Integration Online Papers*, vol. 8, núm. 15, 2004. Disponible en <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-015a.htm>.

de hace ya muchos años se hable de “post-soberanía” para hacer referencia a un fenómeno muy distinto y mucho más complejo al dibujado por la doctrina tradicional.<sup>38</sup> De manera inevitable, lo anterior tiene un importante impacto en la concepción de administración pública, entendida como una de las estructuras y cometidos fundamentales del Estado-nación.

Si bien pocos podrían cuestionar la realidad del derecho comunitario europeo y de su derecho administrativo, ¿cuál es la situación más allá de ese ámbito? Hace ya más de cuatro décadas, Langrod publicó un seminal libro en donde estudia una realidad poco reconocida: el servicio civil internacional.<sup>39</sup> La importancia del tema derivaba de la formación y actuación de los primeros sindicatos internacionales, del Instituto Internacional de Agricultura, de la Liga de Naciones, de la Organización Internacional del Trabajo y, de manera muy especial, de la Organización de las Naciones Unidas. La prolífica “familia” de organizaciones que desde entonces ya se habían diferenciado de esta última institución ponía de manifiesto el alto grado de desarrollo administrativo que se había alcanzado a escala internacional.

Sin duda, el proceso se ha intensificado y en ello ha contribuido de manera notable el caso europeo. Desde hace por lo menos una década parece evidente que “el mundo está cubierto por una vasta y densa red de regímenes y organizaciones internacionales y trasnacionales referidas a lo económico-financiero”.<sup>40</sup> Cada una de ellas ha construido su propio “derecho administrativo”, aunque con muy variados grados de eficacia. Sin embargo, no se debe perder de vista el influyente papel global que hoy juegan el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Aunque aun no cuentan con un andamiaje institucional y jurídico tan sofisticado y explícito como el europeo, su estructura y funcionamiento muestran rasgos que apuntan en esa dirección.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> MacCormick, Neil, “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 1-29.

<sup>39</sup> Langrod, Georges, *The International Civil Service*, Nueva York, Ocean Publications, 1963.

<sup>40</sup> Kaplan, Marcos, “Capítulo V. Tercera revolución y derecho público”, en Kaplan, Marcos (coord.), *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, t. IV: *Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución*, Mexico, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 187.

<sup>41</sup> Garret, Geoffrey y Lange, Peter, “Internationalization, Institutions, and Political Change”, *International Organization*, vol. 49, núm. 4, verano de 1995, pp. 627-655.

No podría ser realmente de otra manera. La intensidad y velocidad de los intercambios económicos acabó por trasladar la imperiosa necesidad de su regulación a la esfera internacional o, en el mejor de los casos, al ámbito regional. Una clara manifestación de ello es la acelerada globalización del derecho. Sin embargo, estas tendencias no serían tan relevantes sin la proliferación de instituciones supranacionales encargadas de aplicar las nuevas “reglas del juego” económico y político, en cuyo diseño no han participado las legislaturas nacionales. A escala mundial, están cada vez más presentes las condiciones que detonaron el proceso europeo de integración y que marcaron su dirección. Fomentado por sus protagonistas, un nuevo tipo de gobernanza política y administrativa supranacional parece estar en gestación.<sup>42</sup>

En suma, las antes bien delimitadas fronteras conceptuales entre lo interno y lo externo, lo nacional y lo internacional o lo estatal y lo supranacional han ido perdiendo su sentido y utilidad originales. Este hecho se ha visto reflejado en el campo de las ciencias sociales. Hoy, muchos se preguntan por ejemplo, ¿dónde acaba el objeto de estudio de la ciencia política y dónde comienza el de las relaciones internacionales?<sup>43</sup> También cabe preguntarse, ¿qué divide hoy al derecho constitucional del internacional? Por lo que hace al derecho administrativo, todo parece indicar que las tendencias actuales seguirán ampliando su esfera de acción y horizontes. Así, la hipótesis de un derecho administrativo global parece cada vez menos descabellada.

## VII. CONCLUSIONES

El derecho administrativo europeo ha incorporado los principios, valores, objetivos, formas y procedimientos que caracterizan al derecho administrativo convencional y cuya autoría le debe ser reconocida. Sin embargo, la gran diferencia entre ambos sistemas reside en la naturaleza del sujeto activo de la relación administrativa. Mientras que en el segundo caso dicho sujeto debe ser *necesariamente* un agente del Estado-nación, en el primero el papel es legalmente desempeñado por el representante de una

<sup>42</sup> *Governance in the 21st. Century*, París, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2001.

<sup>43</sup> Hay, Colin, *Political Analysis: A Critical Introduction*, Nueva York, Palgrave, serie Political Analysis, 2002, pp. 3-5.

institución política supranacional en funciones ejecutivas. En el contexto europeo, hace mucho tiempo que los asuntos de la producción del derecho y de la coercitividad como atributos del poder soberano del Estado dejaron de ser relevantes.

La importancia del caso estudiado tiene una dimensión cuantitativa y otra cualitativa. Por una parte, la creación del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo del Banco Central amplió considerablemente las facultades y, por tanto, la esfera de acción de la Unión Europea. Por el otro, la centralización supranacional de la política monetaria europea da testimonio de un hecho inédito. Desde entonces, la “acuñación” del dinero y el control sobre su circulación dejaron de ser un privilegio exclusivo de los Estados. Las implicaciones económicas, políticas y jurídicas de este avance son numerosas y justifican plenamente su estudio, así como el análisis de las nuevas relaciones entre la autoridad monetaria europea y los particulares.

Junto a la UE, se observa la multiplicación de instituciones que buscan regular, en el ámbito internacional o regional, los cada vez más intensos intercambios y flujos económicos. Así, a través de acuerdos internacionales se han venido desarrollando diversos regímenes especiales de derecho administrativo supranacional. En este inusual contexto, la institución jurídica del contrato reitera su tradicional papel como medio para garantizar la libertad de tránsito no sólo personal, sino comercial. Por lo que hace a la figura del contrato administrativo más allá del Estado-nación, los celebrados por el Banco Central Europeo ya sugieren cual podría ser su futura fisonomía.