

GOBERNANZA GLOBAL Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. INTERÉS GENERAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Pastora MELGAR MANZANILLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Gobernanza y gobernanza global*. III. *Derecho global de la contratación pública*. IV. *Por una contratación pública con énfasis en la satisfacción de intereses generales*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Se considera que el Estado moderno surge con el Renacimiento.¹ Este Estado tiene como principales características: territorio, en donde ejerce su poder; conjunto de personas asentadas en el territorio, que constituyen la sociedad, pueblo o nación política; unidad organizada de decisión y funcionamiento, que se expresa a través del Poder Legislativo, el ejército, el monopolio de la coerción, la provisión de bienes y servicios públicos a la sociedad; un ordenamiento jurídico, posteriormente Constitución, que es su fundamento formal institucional; la democracia, como estructura política, y el cumplimiento de la voluntad popular mediante una organización gubernamental y administrativa susceptible de control jurídico.²

Como se advierte, se trata de un Estado que detenta el monopolio del poder y de la identificación y consecución del interés público. Sin embargo, como señalan Pierre y Peters, en las últimas décadas la forma estatal de

* Profesora de la FES Acatlán-UNAM.

¹ Para Herman Heller, entre las causas de surgimiento del Estado moderno están: el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza; el desarrollo de las finanzas internacionales, iniciando con Italia; la revolución de los métodos de cultivo y la distribución de la propiedad territorial; el descubrimiento de la imprenta; el descubrimiento de la pólvora y la democratización del acceso a las armas de fuego; la constitución de ejércitos nacionales, y la reforma protestante. *Cfr.* Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 165-181.

² Benz, Arthur, *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 55 y 56.

ejercer la dirección y administración de la sociedad ha sufrido importantes transformaciones, que se expresan en la erosión de las bases tradicionales del poder político,³ y que lleva al replanteamiento del fenómeno del gobierno y a adoptar el concepto de gobernanza.

Algunos de los cambios que han llevado al surgimiento del concepto de gobernanza son: la crisis financiera del Estado; el cambio ideológico hacia el mercado; la globalización y la consecuente incapacidad del Estado de dirigir por sí mismo la sociedad y la economía; la incapacidad del Estado de cumplir con las expectativas surgidas del modelo de Estado de bienestar-interventor; el surgimiento de la nueva gestión pública; el cambio social y los nuevos problemas de la agenda mundial.⁴

En este nuevo contexto de interdependencias y nuevos problemas que trascienden los territorios estatales, el Estado tradicional se torna insuficiente. Se acepta la necesidad de decisiones que son producto de la interacción entre diversos actores nacionales e internacionales, públicos y privados. Emerge así, el concepto de gobernanza, que da cuenta de estos cambios e interdependencias insoslayables.

Dichos cambios e interdependencias han tenido implicaciones en las funciones del Estado y de otros participantes sociales, privados e internacionales, pero también en el ámbito jurídico. Ahora, algunas funciones de Estado se comparten con otros participantes. Este es el caso de diversos ámbitos del derecho administrativo, específicamente del llamado derecho de las contrataciones públicas.

Ahora bien, uno de los fines de la administración pública tradicionalmente ha sido satisfacer las necesidades de la sociedad, y del derecho administrativo, la regulación de las actividades de la administración pública en su relación con los administrados y con distintos órganos, a fin de satisfacer necesidades de interés público. Sin embargo, el derecho global de las contrataciones públicas que se genera desde ámbitos no estatales parece regirse por una racionalidad económica más que por la satisfacción de necesidades generales. Si bien aceptamos que los tiempos requieren que las decisiones sean compartidas y no exclusivamente estatales, ello no implica que cambien los fines de la función administrativa, que es la satisfacción de intereses generales.

En este trabajo, después de discurrir brevemente sobre el tema de la gobernanza global, contextualizaremos el derecho global de la contratación pública; posteriormente, argumentaremos que el derecho global de las contrataciones públicas sigue una racionalidad eminentemente económica.

³ Pierre, J. y Peters, G., *Governance, Politics and the State*, Nueva York, St. Martin's Press, 2000.

⁴ *Idem*.

II. GOBERNANZA Y GOBERNANZA GLOBAL

Generalmente se sostiene que el término de “gobernanza” es unívoco.⁵ Sin embargo, se acepta que no es un sinónimo de gobierno. Se concibe más bien como un cambio en el significado de gobierno. Se refiere a un nuevo proceso de gobernar, a un cambio en la condición de orden, o a un nuevo método por el cual se gobierna la sociedad.⁶ También se acepta que la gobernanza se refiere al desarrollo de sistemas de gobierno en los que los límites entre sectores públicos y privados se han desdibujado. El concepto de gobernanza se refiere a una estructura u orden que resulta de la interacción de una multiplicidad de gobernantes.⁷ Se vincula con la democracia, aceptando que ésta es un asunto de gobierno y sociedad, no sólo del gobierno, como anteriormente se concebía, lo que justifica el entramado de relaciones entre ambos en la solución de los problemas.⁸

Destaca la interdependencia y asociación entre actores gubernamentales, sociales y privados, como la condición sin la cual no es posible que haya dirección de la sociedad. Esta interdependencia y asociaciones son la vía para dar respuestas a las demandas en un contexto de una cada vez mayor diversidad y complejidad social.⁹ Es así como Kooiman establece que la gobernanza puede verse como el patrón de estructura que emerge en un sistema sociopolítico como resultado común de los esfuerzos de intervención interactivos de todos los actores involucrados. Este sistema no se puede reducir a un actor en particular o un grupo de actores.¹⁰

⁵ Rhodes, R. A. W., “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, núm. 44, 1996, pp. 652 y 653. Rhodes establece que la gobernanza puede utilizarse por lo menos en estos seis sentidos: como Estado mínimo, como gobierno corporativo, como nueva administración pública, como buen gobierno, como un sistema sociocibernético y como redes de autoorganización. Asimismo, *cfr.* Stoker, G., “Public-Private Partnerships and Urban Governance”, en Pierre, J. (ed.), *Public-Private Partnerships in Europe and the United States*, Londres, MacMillan, 1997.

⁶ Rhodes, R. A. W., *op. cit.*, pp. 652 y 653.

⁷ Kooiman, J. y Van Vliet, M., “Governance and Public Management”, en Eliassen, K. y Kooiman, J. (eds), *Managing Public Organisations: Lessons from Contemporary European Experience*, Londres, Siege, 1993, p. 64.

⁸ Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 25.

⁹ Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, Londres, Sage Publications, 2005, p. 3.

¹⁰ Kooiman, Jan, “Social-Political Governance. Overview, Reflections and Design”, *Public Management: An International Journal of Research Theory*, vol. 1, núm. 1, 1999, pp. 67-92, disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037800000005>.

Aunque la gobernanza no necesariamente implica actores globales, frecuentemente se piensa como un resultado de la globalización. Desde esta dimensión, la gobernanza global se considera como un proceso internacional en el que existe una mayor dispersión del poder entre múltiples actores internacionales. Existen un número importante de actores no gubernamentales que participan en los procesos de toma de decisión de las políticas orientadas a la resolución de los fenómenos y problemáticas de naturaleza local e internacional.

También existen múltiples definiciones de gobernanza global; sin embargo, en la mayoría se advierten algunos elementos esenciales que se encuentran en el núcleo de su concepción: relocalización de autoridad en nuevos actores; creación de instituciones y normas, y amplitud de temas que trascienden el interés nacional.¹¹ Para Stewart Patrick, es el esfuerzo colectivo de Estados soberanos, organismos internacionales y otros actores no estatales, para hacer frente a desafíos comunes y aprovechar las oportunidades que trascienden las fronteras nacionales.¹²

En cuanto a los actores, como ya se mencionó, son estatales y no estatales; estos últimos ocupan un espacio privilegiado en la toma de decisiones y elaboración de políticas, al ocupar tareas y funciones que rebasan las capacidades de los Estados o que son de interés al ámbito global. Un ejemplo de actores no estatales son las empresas transnacionales, las organizaciones civiles transnacionales y las organizaciones supraestatales. Esta multiplicidad de actores no estatales, de formas variadas y por razones diversas, diseñan, influyen y presionan en las decisiones de políticas públicas.¹³

En cuanto a las reglas e instituciones, son normas formales o informales, explícitas o implícitas, que se establecen para regular el sistema internacional y para darle certidumbre y estabilidad a la sociedad global. Estas reglas pueden ser establecidas para un ámbito global regional. También pueden ser establecidas para temas específicos, como comercio, finanzas,

¹¹ López-Vallejo Olvera, Marcela, “¿Qué es la gobernanza global?”, en López-Vallejo Olvera, Marcela *et al.* (eds.), *Gobernanza global en un mundo interconectado*, México, Universidad Autónoma del Estado de Baja California (UAEB-C)-Asociación Mexicana de Estudios Internacionales, A. C. (AMEI)-Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, A. C. (UPAEP), 2013, p. 27.

¹² Stewart, Patrick, “The Unruly World: the Case for Good Enough Global Governance”, *Foreign Affairs*, enero-febrero de 2014, p. 58.

¹³ Ochoa Bilboa, Luis, “El Estado y la gobernanza global”, en López-Vallejo Olvera, Marcela, *op cit.*, p. 37.

seguridad, migración, medio ambiente, energía, derechos humanos, entre otras.¹⁴

En cuanto a las normas, recalcamos el aspecto normativo prescriptivo de la gobernanza. Debemos reconocer que la interrelación de la diversidad de ámbitos, actores, acciones e instituciones tiene consecuencias y efectos en el derecho. Así, transitamos de un monismo jurídico característica del Estado nacional a un derecho con multiplicidad de fuentes estatales. Esto se ve reflejado en el derecho administrativo y en los procedimientos administrativos, así como en la ejecución de políticas y en los diversos sectores de la acción administrativa.

III. DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Gobernanza global y derecho administrativo global*

La gobernanza global, según Luis Ochoa Bilbao, puede ser entendida como los pasos hacia la construcción de un régimen internacional con leyes e instituciones supranacionales¹⁵ y trans o intergubernamentales. En efecto, el sector público se ha tornado más complejo por la aparición de nuevos actores con capacidad de presión y de gestión. Las decisiones de carácter internos tomadas por autoridades administrativas, pueden afectar a actores no gubernamentales e internacionales. Frente a esto, se ha optado por una regulación que no surge exclusivamente del Estado. Existen normas de origen supranacional que no sólo afectan sectores administrativos globalizados, sino también cuestiones tradicionalmente domésticas. De esta manera, la administración pública se ha internacionalizado.¹⁶

Como se advierte, la gobernanza global contiene un componente normativo. Propone la existencia de un cuerpo normativo para la regulación de los actores en el sistema internacional, entre ellos los órganos globales administrativos. Pero esta regulación también incide en las administraciones situadas en la interdependencia globalizada. Esto nos lleva al llamado derecho administrativo global, un derecho en construcción, todavía etéreo y fragmentado,¹⁷ pero que no se puede ignorar.

¹⁴ Velázquez Flores, Rafael y Domínguez Rivera, Roberto, “Gobernanza global y Sistema internacional: Actores, normas e instituciones”, en López-Vallejo Olvera, Marcela, *Gobernanza global...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁵ Ochoa Bilbao, Luis, “El Estado y la gobernanza global”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷ Darnaculeta Gardella, M. Mercè, “El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho?”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 199, enero-abril de 2016, p. 32.

Según Kingsbury, el derecho administrativo global es aquel que incluye tanto mecanismos, principios, prácticas, como los acuerdos sociales que los respaldan, que promueven, por un lado, la rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, asegurándose de que estos órganos cumplan estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y, por otro lado, la efectiva evaluación de las normas y decisiones aprobadas.¹⁸ Los órganos de decisión incluyen instituciones intergubernamentales, redes intergubernamentales informales, órganos híbridos público-privados involucrados en la administración transnacional y órganos privados que desarrollan roles públicos en la administración transnacional; es decir, órganos que son fuente de derecho administrativo global. Con todo, se advierte un conjunto de decisiones de carácter de derecho administrativo dirigidas tanto a las administraciones públicas como a los órganos generadores de dichas decisiones.

Ahora bien, se ha señalado que el derecho administrativo global es un derecho en construcción; sin embargo, hay ciertos sectores que han alcanzado una considerable sistematización; entre éstos se encuentra el de la contratación pública. La contratación pública tradicionalmente ha sido parte importante del derecho administrativo. A medida que se convierte en un aspecto cada vez de más interés global, se transforma también en una preocupación internacional. Pues bien, este sector del derecho administrativo es uno de los que mejor reflejan el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global.¹⁹

2. *Fuentes y principios del derecho administrativo global de la contratación pública*

El derecho administrativo global de los contratos públicos, según Moreno Molina, puede ser entendida, en sentido estricto, como las normas y los principios que disciplinan la acción administrativa de las instituciones internacionales y de las administraciones nacionales como ejecutoras de esas decisiones. En un sentido más amplio, el derecho administrativo global de

¹⁸ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68(15), 2005. No obstante, la definición del derecho administrativo global es impugnada, principalmente porque su relación con el derecho internacional y el derecho constitucional no han sido establecido. *Cfr.* Cassese, Sabino, “Global Administrative Law: The State of the Art”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, abril de 2015, disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/13/2/465/735692>.

¹⁹ Moreno Molina, José Antonio, “Derecho global de la contratación pública”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, *Ubijus*, 2011.

la contratación pública se refiere al proceso de desarrollo de un derecho administrativo común en esta materia.²⁰

Algunas de las fuentes principales del derecho administrativo global de la contratación pública son:

- La Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras.
- Diversos documentos de la OCDE respecto de la contratación pública.
- Normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial.
- Disposiciones sobre contratación pública de tratados de libre comercio.

En el caso de la Unión Europea, tienen un derecho de la contratación pública bastante desarrollado, que se compone de normas de derecho originario, normas de derecho derivado y jurisprudencia. También el Mercosur tiene un protocolo sobre contrataciones públicas.

El derecho administrativo global de la contratación pública opera a través de una serie de principios que sostienen el entramado normativo de la contratación pública.²¹ Estos principios se encuentran contenidos en las fuentes antes mencionadas. Expresan obligaciones para los entes públicos o poderes adjudicadores de los contratos.

En cuanto a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC),²² no fue elaborada específicamente para la contratación pública, sino como un instrumento para hacer frente a la corrupción. Sin embargo, su artículo 9o. se refiere a la contratación pública y gestión de la hacienda pública. Debemos recordar que la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción. Como proceso importante en el que interactúan los sectores público y privado, la contratación pública plantea diversas oportunidades

²⁰ *Ibidem*, p. 10.

²¹ Rodríguez Aranda, Jaime, “Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 2011, p. 40.

²² También conocida como Convención de Mérida, fue abierta a firma en la Conferencia Pública de alto nivel que se celebró en la ciudad de Mérida, Yucatán, México, en diciembre de 2003, de conformidad con la resolución 57/169. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

para que los agentes públicos y privados desvíen fondos públicos. Por tanto, también sirve para analizar y reflexionar sobre la prevención y la lucha contra la corrupción.

En el mencionado artículo 9o. de la UNCAC se establece que los Estados parte deben adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Esos sistemas deberán abordar, entre otras cosas:

- La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.
- La formulación previa de las condiciones de participación.
- La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.
- Un mecanismo eficaz de examen interno.

Respecto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), es la organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Sus principales instrumentos normativos de actuación son los acuerdos negociados y firmados como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Sin embargo, la contratación pública se encuentra expresamente exenta de estos acuerdos.²³ Por ello, considerando que la contratación pública es un aspecto importante del comercio internacional, la OMC desarrolló un Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). Se trata de un acuerdo plurilateral negociado en el marco de la OMC.

En su versión revisada de 2014, el ACP reconoce, entre otros, “la necesidad de un marco multilateral efectivo para la contratación pública, con miras a conseguir una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y a mejorar el marco en que ésta se desarrolla”.²⁴ En su artículo

²³ Artículo III, párrafo 8, del GATT, y artículo XIII, párrafo 1, del AGCS.

²⁴ Preámbulo del acuerdo revisado sobre contratación pública de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs/s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm. El acuerdo fue firmado el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1o. de enero de 1996. La versión revisada entró en vigor el 6 de abril de 2014. México no es signatario del ACP.

IV, se encuentran los principios generales que deben regir la contratación pública; éstos son, no discriminación, uso de medios electrónicos, transparencia, equidad e imparcialidad en la ejecución de la contratación, trato nacional, a efecto de impedir la aplicación de normas de origen y prohibición de compensaciones.

Las Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil, elaboró la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Contratación Pública en Materia de Bienes, Obras y Servicios (CNUDMI).²⁵ La Ley tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno.

La Ley Modelo pretende garantizar los principios de transparencia, equidad y la no discriminación en la contratación pública. Sus objetivos principales 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. La norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos; queda fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos.

En el caso de la OCDE, ésta elaboró una serie de recomendaciones sobre contratación pública a través de su Consejo. Dichas recomendaciones se encuentran en un documento denominado “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”.²⁶ El documento tiene el objetivo de servir de referente para que la contratación pública se maneje de manera integral y estratégica. Según la OCDE, las recomendaciones favorecen la asignación adecuada de los recursos públicos, y propone recurrir a la contratación pública como herramienta estratégica.

Las recomendaciones se refieren a:

- La transparencia a lo largo de las fases del ciclo de la contratación pública.
- La integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.

²⁵ Aprobada por la CNUDMI en 1993, si bien en julio de 2011 se consensuó un nuevo texto que ha reemplazado al original, haciendo hincapié en el uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

²⁶ Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

- Accesibilidad de oportunidades para concurrir a la contratación pública.
- Sopesar los objetivos secundarios de política frente al logro del objetivo principal de la contratación.
- Participación transparente y efectiva.
- La eficiencia a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública.
- El aprovechamiento de las tecnologías digitales.
- Personal capacitado.
- Evaluación de la eficacia del sistema de contratación pública.
- Rendición de cuentas a lo largo del ciclo de la contratación pública.
- La integración de la contratación pública en la gestión de las finanzas públicas en general.

Como se observa, este documento permite considerar a la contratación pública como herramienta estratégica para alcanzar otros objetivos; sin embargo, se trata de objetivos secundarios que deben sopesarse frente al principal, que es eminentemente económico. Por otra parte, se advierte que las recomendaciones toman en cuenta todas las fases de la contratación pública, pero, no hay ninguna recomendación significativa respecto de las etapas precontratación y poscontratación.

Los tratados de libre comercio también incorporan reglas de contratación pública. Estas reglas se refieren generalmente al trato nacional dado a las empresas extranjeras del país signatario y a principios generales que deben integrarse en la contratación.²⁷ En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por ejemplo, el capítulo X se refiere a compras del sector público. Entre los principios destacan trato nacional, no discriminación y prohibición de condiciones compensatorias especiales. El capítulo también regula los procedimientos de licitación.

Respecto de la Unión Europea, como hemos mencionado, posee el derecho de la contratación pública más desarrollado. Se compone de una serie de directivas, que incluye, normas sustantivas, procesales y de recursos.²⁸

²⁷ Benavides, José Luis y Álvarez, José Manuel, “International Arbitration and Public Contracts in Latin America”, en Audit, Mathias (dir.), *Contracts Publics et Arbitrage International*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 45-80.

²⁸ Entre ellas, las directivas: 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, sobre contratación pública; 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, 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; 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en

Además de disposiciones del Reglamento 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, sobre normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y el Reglamento delegado 1268/2012 de la Comisión, del 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo,²⁹ sin descartar la jurisprudencia.

Los principales principios que se encuentran en el cuerpo normativo de la Unión Europea sobre contratación pública son los principios de igualdad de trato, objetividad, transparencia y no discriminación en las licitaciones, publicidad, reconocimiento mutuo y lucha en contra de la corrupción. Empero, lo interesante de este cuerpo normativo, en específico de las nuevas directivas de 2014, también conocidas como la “cuarta generación de directivas”, es que permite a los adjudicadores, utilizar la contratación pública para lograr objetivos sociales relativos a medio ambiente, eficiencia energética, cambio climático, innovación, empleo y servicios sociales. Con esto se da un paso hacia las contrataciones públicas socialmente responsables.

En suma, entre los principios generales de la contratación pública sobresale el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del proceso selectivo. Junto al principio de igualdad están los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, reforzados con la introducción de medios electrónicos en los procedimientos de licitación. También se habla de una praxis menos burocrática y más profesional. Todo ello en apoyo de la libre competencia y en la igualdad de acceso de licitadores y proveedores al mercado de los contratos públicos.

Con esto, se argumenta que la contratación pública puede resultar en obras públicas y servicios públicos realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente. De esta manera, se dice que consigue que los fondos públicos se traduzcan en mejores condiciones de vida para todos. Es decir, la libre competencia resulta en conseguir lo más posible de los recursos económicos en beneficio de la sociedad.

la contratación pública; 2009/81//CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad; 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros; 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales y 2007/66/CE del Consejo y el Parlamento, que modificó las dos últimas mencionadas.

²⁹ Moreno-Molina, José Antonio y Cancino Gómez, Rodolfo, *La contratación pública internacional. Unión europea-México, Estados Unidos*, Reino Unido, Chartridge Books Oxford, 2018, pp. 111 y 112.

IV. POR UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ÉNFASIS EN LA SATISFACCIÓN DE INTERESES GENERALES

Nuestra objeción está en la racionalidad eminentemente económica del derecho global de las contrataciones públicas, que se centra en la etapa de adjudicación de contratos. Si bien es cierto que la libre competencia puede resultar en la obtención del mejor valor por el dinero público, ello no necesariamente es así si consideramos que el Estado no es un mero suministrador de servicios; en todo caso, el objetivo de satisfacción de necesidades generales es más complejo que suministrar servicios.

La contratación pública consiste en tres etapas: prelicitación, licitación y poslicitación. La primera se refiere al conjunto de procedimientos que deben seguirse antes de que se realice la compra. Se inicia con la evaluación de necesidades y requerimientos, la planeación y la designación del presupuesto. También incluye la definición de las condiciones técnicas y económicas de lo que se va a comprar, la selección del procedimiento de compra y —en caso de licitación pública e invitación restringida— la publicación y difusión de la convocatoria.

La etapa de la licitación se refiere a la compra, que consiste en el registro de participantes —cuando se trata de una licitación pública o una invitación restringida—, presentación y recepción de propuestas técnicas y económicas, apertura, análisis y evaluación de éstas, dictaminación, fallo y asignación del contrato.

Por último, la etapa poslicitación se refiere a la fase del proceso una vez adjudicado y formalizado el contrato de compra. Incluye la gestión del contrato y de las órdenes de pago, así como la supervisión de su cumplimiento. En esta etapa, generalmente, se realizan auditorías internas (del gobierno) y externas (de otros órdenes de gobierno y de escrutinio público).

Ahora bien, los principios del derecho administrativo global de la contratación pública, si bien no ignoran la primera y la tercera etapas, ponen el acento en la segunda etapa, la de licitación. El principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación se enfatiza con mayor fuerza para el proceso de selección del contratista. Se refiere a la igualdad de acceso de los licitadores o proveedores al mercado de licitaciones, de tal manera que no exista distinción o exclusión de algunos.

De igual manera, los principios de publicidad y transparencia se enfocan en los contratistas y proveedores, para que éstos tengan la información necesaria para participar en las licitaciones. También sirve para que los ciudadanos conozcan el destino de sus impuestos, pero ello no parece ser la

principal función de los principios. En el caso de la concurrencia y uso de medios electrónicos, también se establecen principalmente para la etapa de licitación, y rigen las relaciones entre licitadores y adjudicadores. Esto es congruente con los objetivos o propósitos de diversos de los instrumentos fuentes del derecho global de las contrataciones públicas que se refieren a la liberación y la expansión del comercio mundial, a maximizar la competitividad del proceso de contratación, a dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas.

Como se advierte, se trata de una visión marcadamente económica o de comercio. Es una visión reduccionista de la contratación pública, que hasta pudiera argumentarse convierte a la contratación pública en un instrumento para el comercio y consumo de servicios e ignoran el papel esencial de la contratación pública, que se vincula de manera íntima con la satisfacción de objetivos necesidades generales. Es decir, se acentúa el carácter económico y comercial de la contratación pública y se toman en cuenta más que nada las exigencias de la economía mundial.

Si bien la gobernanza implica que todos los actores involucrados participan en la solución de problemas, lo que incluye la necesaria participación de los licitadores o proveedores en la satisfacción de los intereses generales, en el caso de la contratación pública, los destinatarios de los contratos públicos parecen relegados. No debemos olvidar que la contratación pública es una herramienta del Estado para canalizar adecuadamente fondos públicos para satisfacer demandas sociales. Se satisfacen por medio de la transformación de recursos públicos en acciones que modifican la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones. Y si bien ello implica contratar bienes y servicios, lo importante de la acción administrativa que se manifiesta en la contratación pública no es el comercio de bienes y servicios, sino la satisfacción de intereses generales.

Como establece la misma OCDE, la contratación pública se refiere al proceso que inicia con la identificación de necesidades, y pasa por la decisión acerca de la persona, física o jurídica, más adecuada para cubrir estas necesidades y, por último, la comprobación de que el bien o prestación se entregan en el lugar correcto, en el momento oportuno, al mejor precio posible, y que todo ello se hace con ecuanimidad y transparencia.³⁰ Es decir, el ciclo de la contratación pública se refiere a la cadena de las actividades relacionadas entre sí, que comienza por la evaluación de necesidades, pasa por la fase de concurso y adjudicación, y abarca finalmente la gestión

³⁰ OCDE, Recomendación del consejo sobre contratación pública, p. 6, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

contractual y de los pagos, junto con las oportunas tareas de seguimiento o auditoría. La identificación de necesidades es la parte crucial, sin la cual el resto del proceso no subsiste por sí mismo. La etapa de licitación o contratación pura es el medio o herramienta para que el Estado, a través de la administración pública, cumpla su cometido. Sin la etapa de la ejecución, las dos anteriores pierden sentido, pues no se logra el cometido de satisfacer los intereses generales.

La contratación pública efectiva es el uso de los recursos de un país no sólo para proporcionar bienes y servicios a sus ciudadanos, sino para alcanzar fines de interés general. Los resultados de calidad requieren atención en todas las etapas de la adquisición: diseño, oferta y adjudicación, y entrega final. El énfasis en la oferta y la adjudicación es insuficiente, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino un medio con el que cuentan los poderes adjudicadores para la satisfacción de necesidades generales, lo que puede implicar equilibrio social, intervención en la economía, promoción del desarrollo social, político, económico, entre otros. También puede implicar tomar en cuenta las desigualdades y asimetrías frente a otros Estados. El enfoque económico y de libre competencia por sí solo parece insuficiente desde esta perspectiva.

Veamos únicamente el caso de la corrupción como ejemplo. Anteriormente, mencionamos que la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, lo que lo ha llevado a ser considerado para analizar y reflexionar sobre la prevención y la lucha contra la corrupción. Los principios de la contratación pública antes mencionadas buscan incidir en la corrupción en el proceso de contratación pública. Pero las necesidades de combatir la corrupción inician desde la identificación de las necesidades que requieren de ser satisfechas. En esta etapa, también hay riesgos de corrupción; por ejemplo, conflicto de interés de funcionarios públicos, agenda de infraestructura que atiende los intereses políticos o particulares por encima del interés público; todo ello implica la incorrecta identificación de las necesidades o falta de identificación de necesidades prioritarias o los medios adecuados para dar respuesta a dichas necesidades.

Como estableció el director de transparencia México, el problema más grande de una licitación pública es que ésta empiece en la campaña electoral. Después están una inadecuada planificación de obras que no identifica la demanda y las necesidades de la población, proyectos que arrancan y se anuncian sin tener las condiciones mínimas para asegurar su viabilidad y

terminan en “elefantes blancos”.³¹ En el mismo sentido, según Transparencia Internacional, es a través de sobre costos en los contratos de obras, suministros, servicios y consultorías como se ejecutan gran parte de los actos de corrupción política y administrativa, muchas veces como una forma de devolver favores por las donaciones recibidas en las campañas políticas. Los principios de la contratación pública, especialmente el de transparencia, deberían tener siempre incidencia en la planificación de la contratación, aunque en esta etapa no tienen injerencia los futuros contratistas. La competencia entre contratistas y proveedores, si bien es importante, no debe ser el único interés de un derecho global de las contrataciones públicas.

En suma, los principios del derecho global de la contratación pública que hacen énfasis en el aspecto económico de la contratación pública revelan una visión limitada de esta actividad que desdeña sus fines últimos. En este sentido, consideramos que el principio rector de la contratación pública no debe ser la igualdad de acceso de los licitadores o proveedores al mercado de los contratos públicos, sino la satisfacción de intereses generales. Esto implica un derecho global de las contrataciones públicas más robusto cuyos principios expresen la obligatoriedad de los involucrados en el manejo de los fondos públicos de actuar siempre en busca del interés general de la sociedad beneficiaria final de las adquisiciones, obras públicas o servicios públicos, objetos de las licitaciones. Estos principios deben regir también en la identificación de los objetos de licitación y en la consecución efectiva y eficiente de lo contratado.

Ahora bien, como hemos mencionado, las directivas del 2014(2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública, 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 2014/55/UE), publicadas el 28 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, que forman parte del ordenamiento jurídico sobre contratación pública de la Unión Europea, también conocidas como “la cuarta generación de directivas”, permite a los adjudicadores utilizar la contratación pública para lograr objetivos sociales relativos a medio ambiente, eficiencia energética, cambio climático, innovación, empleo, salud y servicios sociales, así como procedimientos más sencillos y flexibles que faciliten el acceso a las empresas, particularmente las pequeñas y media-

³¹ Ortega, Adriana, “4 voces contra la corrupción en la obra pública”, *Obras*, del 15 de septiembre de 2017, entrevista a Eduardo Bohórquez, director de Transparencia Mexicana, disponible en: <http://obrasweb.mx/construccion/2017/09/15/4-voces-contra-la-corrupcion-en-la-obra-publica>.

nas.³² Estas directivas tienen el propósito de contribuir a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020.³³

Por ejemplo, el artículo 67 de la Directiva 2014/24/EU establece que los contratos públicos se adjudicarán a ofertas económicas más ventajosas, y que la oferta económica más ventajosa se determinará sobre la base del precio o coste “utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficiencia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68”.³⁴ Cuestión interesante es que el mismo artículo establece que “podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate”.

Como se advierte, la directiva permite la inclusión de aspectos cualitativos vinculados al objeto del contrato, lo que es indicativo de un mayor margen de maniobra de los poderes adjudicadores para utilizar estratégicamente la contratación pública como herramienta para lograr objetivos sociales. Esto sin duda es un avance significativo. Sin embargo, esto es potestativo, ya que los criterios calidad-precio no son parte medular de las contrataciones. Sigue siendo la igualdad de licitadores o proveedores. Además, consideramos que las posibilidades como herramienta estratégica son todavía limitadas.

V. CONCLUSIÓN

La forma estatal de ejercer la dirección y administración de la sociedad ha sufrido importantes transformaciones. Ahora, las decisiones tradicionalmente del monopolio estatal son producto de la interacción entre diversos actores nacionales e internacionales, públicos y privados. Esto lleva a la gobernanza global y al llamado “derecho administrativo global”. Uno de los sectores más desarrollados de este derecho es el de la contratación pública.

El derecho administrativo global de la contratación pública opera a través de una serie de principios que sostienen el entramado normativo de la contratación pública. Los más importantes son: igualdad de acceso al mer-

³² Para más información, *cfr.* Pernas, J., *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

³³ Se trata de la agenda de crecimiento y empleo de la Unión Europea. Los objetivos que tienen que ver con empleo, investigación y desarrollo, cambio climático y energía, educación, así como pobreza y exclusión, ofrecen un panorama de los parámetros fundamentales de la Unión Europea para 2020.

³⁴ La directiva está disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj>.

cado de licitaciones, prohibición de toda forma de discriminación, publicidad, transparencia, concurrencia, y uso de medios electrónicos. Estos principios, dirigidos a la etapa de licitación propiamente, que incluye la oferta y adjudicación de contrato, expresan una racionalidad eminentemente económica, centrándose en la libre competencia de licitadores o proveedores.

Con ello, se rehúye la finalidad de satisfacción de necesidades generales de los órganos de la administración pública. Si bien la gobernanza implica la participación de varios actores en la solución de problemas, no por ello el derecho administrativo, específicamente el de la contratación pública, en su vertiente global, deja de ser una herramienta para canalizar adecuadamente fondos públicos para satisfacer demandas e intereses generales, incluso para promover desarrollo social, económico, político, cultural, entre otros, a fin de convertirse en mero comercio de bienes y servicios. Por ello, consideramos que el conjunto de principios que sostienen el derecho global de las contrataciones públicas es insuficiente, y que el principio rector debe ser la satisfacción de los intereses generales.