

## Breves reflexiones entorno a los principios generales como base de un derecho global de la contratación pública

Mateo C. JUAN GÓMEZ

Abogado. Bufete Buades

Diario La Ley, N° 8887, Sección Tribuna, 22 de Diciembre de 2016, Ref. D-442, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Comentarios

### I. INTRODUCCIÓN

Joaquín Estefanía (1) nos recuerda que la historia de la Humanidad es, con muchas disfunciones o pasos atrás, la historia de la globalización en la que los hombres se van acercando unos a otros a través de su economía, cultura y costumbre. Así, los fenicios comerciando por todo el Mediterráneo, Roma, Cartago, el descubrimiento de América o la expansión de la fe cristiana a ese continente y a Asia.

Qué duda cabe de que actualmente estamos inmersos en un nuevo proceso de globalización cultural (fomentado en gran medida por los avances en materia de transportes), económico (con la afluencia de mercados internacionales y circulación de bienes), institucional (con la creación de instituciones supranacionales)...y jurídico. Pues no debemos olvidar que la paulatina configuración de un concepto de sociedad supranacional —llamémosle así—, concebida como un sistema de interacción entre distintos operadores, trae consigo la necesidad de reglamentar estas relaciones humanas y jurídicas, o lo que es lo mismo: trae consigo un Derecho Supranacional. «Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius» que reza el aforismo latino.

Se busca entonces construir un Derecho nuevo, cimentado sobre principios universales que se observen en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Y ello con la innegable dificultad derivada de que partimos de costumbres, culturas y ordenamientos jurídicos distintos (piénsese por ejemplo en los países del *Common Law*), motivo por el cual el protagonismo debe ser asumido por los principios generales, como puntos en común, objetivos consensuados que se desean alcanzar por la totalidad de los operadores políticos y económicos. En suma, principios universales que se observan en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y que trascienden a éstos. Nos referimos principalmente a los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y concurrencia; pero también al de confidencialidad (que no busca sino el respeto a la libre competencia), reconocimiento mutuo, proporcionalidad, necesidad de motivación de los actos y resoluciones... Principios dotados de transversalidad, que en el caso de la contratación pública alcanzan e informan todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

En este breve comentario, centraremos nuestra atención sobre la paulatina generación de un Derecho Global de la contratación pública (2) , y cómo el mismo toma a modo de punto de partida, los principios generales de la contratación. Asimismo, nos disponemos a destacar las que consideramos las tres principales manifestaciones de estos principios generales, que sirven a modo de motor normativo, pero también como auténtico prisma interpretativo y como auténtico marco legitimador de los actos administrativos.

### II. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO MOTOR NORMATIVO

Los principios generales son, en la mayoría de los casos, el esqueleto a partir del cual se configura el ordenamiento jurídico. Revisten, en cierto modo, la condición de germen primario del derecho, pudiendo identificarse con el espíritu de las normas, en tanto que reflejan aquello que se persigue con éstas. Apuntamos lo anterior sin desconocer que algunos de estos principios surgen ciertamente por construcciones jurisprudenciales, pero con la finalidad de suplir precisamente una laguna legal, o bien una interpretación o aplicación patológica de las normas.

Por ello los principios generales son considerados en nuestro ordenamiento como fuente del Derecho [art. 1 del

Código Civil (LA LEY 1/1889) (3) ], y en lo que atañe a la contratación pública, el art. 1 TRLCSP (LA LEY 21158/2011) proclama como principal objetivo de la ley, el de propiciar los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación. Y ya con carácter un tanto más secundario, auspiciar los principios de estabilidad y eficiencia en la asignación de recursos económicos.

En lo que respecta a las normas internacionales sobre contratación pública, los principios generales son igualmente referentes normativos. En esta línea puede citarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de 15 de abril de 1994 —si bien fue objeto de revisión en marzo de 2012—, destacando de modo especial su art. 8 que proclama el respeto al principio de igualdad. O la denominada «Ley Modelo» de la Comisión Nacional de Naciones Unidas para el Derecho Internacional, de 2011 —sustituyó al modelo de 1994—, muy influenciada por el principio de transparencia y no discriminación. Esta última norma no trata sino de significar los rasgos mínimos esenciales que deben servir de base para un régimen moderno (saneado) de contratación pública. Muestra especial ahínco en preservar la competitividad del proceso, a la par que aumentar la transparencia y la objetividad de la decisión de adjudicación. Centra toda su atención en la fase de preparación y adjudicación de los contratos, sin entrar a regular o conocer la posterior fase de ejecución.

Se tiende, en definitiva, hacia la formación de una suerte de Derecho Común o Global de la Contratación Pública, inspirado en unos principios generales, cada vez más determinantes, si bien actualmente con una menor carga prescriptiva que en el marco europeo.

Por ello podemos afirmar que es sin duda en Europa, en el Derecho Comunitario, dónde está cristalizando más este objetivo unificador. Principios «grabados a fuego» en el Tratado Fundacional, como son el de libre circulación y la libre prestación de servicios (4) , traen indefectiblemente aparejados la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad en el seno de la contratación pública. Adicionalmente, estas normas van acompañadas de una serie de instituciones jurídicas comunitarias, con competencias de control y de intimación a los Estados Miembros, revestidos del principio de primacía de las normas comunitarias, que tiene indudable incidencia en la posterior actividad legislativa de los poderes nacionales.

Es sin duda en el Derecho Comunitario dónde está cristalizando más este objetivo unificador

Para muestra un botón. Véase en nuestro país la reciente Proposición de Ley de Medidas para promover la transparencia en la contratación pública, publicado en el BOCG de 21 de octubre de 2016, y a través de la cual, entre otras cuestiones, se pretende modificar el art. 177 TRLCSP (LA LEY 21158/2011) eliminando el procedimiento negociado sin publicidad, en aras del principio de transparencia. Como otra reforma destacable de la proposición de ley, cabe subrayar la inclusión de una nueva DA 37.<sup>a</sup> TRLCSP, según la cual se atribuiría a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado no sólo las funciones de supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del sector público estatal, sino también la aprobación de una Estrategia Nacional de Supervisión para todo el sector público, que se diseñaría y ejecutaría en coordinación con las comunidades autónomas y corporaciones locales.

Pues bien, a nadie se le escapa que esta propuesta de reforma legislativa trae causa en gran medida a la necesidad de transponer la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014) del Parlamento Europeo y del Consejo (5) , que deroga la antigua Directiva 2004/18/CE (LA LEY 4245/2004) y cuyo plazo de transposición se agotó el pasado día 18 de abril de los corrientes. La falta de transposición en plazo ha traído aparejado un emplazamiento remitido por la Comisión Europea a una veintena de Estados Miembros (entre ellos España), en la que se insta a que se presenten las observaciones pertinentes sobre la ausencia de transposición (6) .

De lo anterior se infiere la importancia de la implantación de organismos de control que fiscalicen la efectiva observancia de los principios generales consensuados —y de las normas que se aprueben a su abrigo—. Sin estas instituciones de carácter supranacional es imposible caminar más allá de simples declaraciones de intenciones, de ánimo notable, pero sólo vinculantes desde un plano abstracto, casi moral.

### III. LOS PRINCIPIOS GENERALES COMO PRISMA INTERPRETATIVO

Ya hemos apuntado que los principios cumplen una función primordial en la interpretación y aplicación de la normativa ya promulgada. Máxime en un campo como el de la contratación pública, en el que se aprecia una

proliferación excesiva de normas (7) , lo que ya de por sí atenta contra el principio de seguridad jurídica. Obsérvese sino la reflexión que ya hiciera en pleno siglo XVI Erasmo de Rotterdam (8) , para quién «conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado "álbum"), para que fuesen vistas por todos[...] finalmente redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman juriscultos y abogados».

En esta dimensión interpretativa los principios generales, unidos a la esencia (9) del contrato público —que esconde una relación marcadamente desigual—, ha conducido, por un lado, a la regla del efecto directo (vertical) de las Directivas comunitarias (STJUE de 5/04/1979, as. Ratti); pero también a acuñar el principio de interpretación conforme (STJUE de 13/11/1990 (LA LEY 3380/1990), as. Marleasing, S.A.).

Según el primero de estos principios, los administrados podrán hacer valer frente a la Administración e invocar ante los tribunales estatales los derechos que les reconozcan las Directivas comunitarias, aunque no hayan sido objeto de transposición por el Estado Miembro, o ésta sea defectuosa, siempre que haya transcurrido el plazo conferido para ello por la norma comunitaria.

Según el segundo de estos principios, los tribunales de los Estados Miembros deben interpretar las normas nacionales, en la medida de lo posible, en armonía con las normas del Derecho Comunitario. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria, para conseguir el resultado perseguido por ésta.

Centrando la atención en la contratación pública, no me parece del todo descabellado acoger un principio de raigambre penalista, como es el de *bien jurídico protegido*, para afirmar que principios como la igualdad de trato, la libre competencia o la transparencia, constituyen precisamente los bienes jurídicos a salvaguardar con la normativa aplicable. Ello no puede sino obligar a interpretar las normas en el sentido que sea más favorable a su protección. Interpretación que se ha de extender a todo tipo de actos, tanto a la elaboración de normas, como en la fase preparación y adjudicación de contratos, como en la ejecución de los mismos.

Precisamente la vocación universal de tales principios condujo a la Comisión Europea a emitir la Comunicación interpretativa de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos NO cubiertos por las directivas comunitarias sobre la materia. A través de la misma el organismo europeo afirma que los principios del Derecho Comunitario deben ser observados y aplicados por los Estados Miembros a toda contratación pública, y no únicamente a los modelos o tipos contractuales específicamente regulados en las directivas comunitarias. Esta polémica comunicación, contra la que Alemania interpuso recurso de anulación, fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010 (as. T-258/06).

#### IV. PRINCIPIOS GENERALES COMO MARCO DE LEGITIMACIÓN

Nos asomamos tímidamente en este punto al marco del iusnaturalismo. «La ley es justicia o sino no es ley, sino corrupción de ley» que decía Santo Tomás de Aquino. Pero esta relación vertical que subyace en los negocios jurídicos celebrados con las Administraciones Públicas y financiados —todo sea dicho— a través de toda clase de tributos y demás gravámenes, sólo es admisible si favorece al interés general (art.103 CE (LA LEY 2500/1978)). Única motivación que justifica las renunciaciones económicas y de libertades que realizan los ciudadanos. En este punto conviene siempre volver la vista, a modo conceptual, hacia la teoría del contrato social, defendido entre otros autores por Thomas Hobbes (10) para el cual el orden político —el poder de la Administración— no es sino el resultado de un contrato, de una convención, y por ende, de una decisión tomada libremente por quienes lo adoptan, al amparo de criterios de conveniencia, y eso es lo único que puede fundamentar las bases del poder civil. Visión que fue posteriormente perfeccionada por Locke (11) , mucho más exigente que su predecesor a la hora de exigir del poder civil una serie de derechos civiles y políticos a los ciudadanos.

En esta línea podríamos concluir que sólo «conviene» a los ciudadanos la cesión de poder y prerrogativas conferidas al Estado en materia de contratación administrativa, si ciñe su actuación a los principios generales que deben informarla.

La jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS ha elaborado una reiterada doctrina según la cual el pliego de cláusulas administrativas particulares constituye la ley del concurso, si bien como es claro su clausulado debe someterse a la ley vigente y observar los principios generales de la contratación, deviniendo en ilícita cualquier previsión

discriminatoria o que atente contra la transparencia y libre competencia. En consecuencia, el poder adjudicador ostenta la legitimación para aprobar unos pliegos que han de regir la contratación, y que en ausencia de impugnación, devienen firmes, consintiendo a ellos los licitadores que no podrán impugnarlos posteriormente si no resultan adjudicatarios del contrato, pues ello supondría contravenir sus propios actos (STS de 19 de marzo de 2001 (LA LEY 59763/2001) entre otras muchas). Encontramos aquí un primer nivel de legitimación, el de la elaboración de los pliegos, siempre que éstos respeten los principios generales de la contratación. Aún cabría identificar un segundo nivel de legitimación, que sería el que ofrecerían los propios pliegos de contratación a la formalización del contrato posterior. Éste sólo sería válido en tanto en cuanto no contrariase a los pliegos de contratación, pues éstos son los que en definitiva legitiman la actuación llevada a cabo por el poder adjudicador. Son éstos los que han regido un expediente de licitación ceñido a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, sin que sea permisible separarse de los mismos a la hora de formalizar el posterior contrato.

Sucede en cierto modo lo mismo que cabe predicar en el ámbito concursal del Plan de Liquidación, sometido a contradicción y a la correspondiente autorización judicial, y que ha de regir todos los actos de liquidación del patrimonio que lleve a cabo el administrador concursal. En el supuesto de que el administrador concursal se separe del plan de liquidación que él mismo ha propuesto, y realice un acto de disposición contrario a los mismos, el negocio jurídico podría adolecer de nulidad por ilicitud de su causa. En un caso (la contratación pública) se trata de preservar el interés general, en el otro (la liquidación concursal) el interés del concurso. Ambos son intereses más elevados que los de índole particular, y son precisamente los que legitiman el actuar del ente público en el caso de la contratación, o del colaborador judicial en el caso del concurso.

Corolario de todo lo anterior, si seguimos el camino marcado por los principios generales de la contratación y su dimensión legitimadora del actuar de los organismos públicos, terminamos topando irremediamente con el fenómeno de la corrupción. Huelga señalar que la lucha contra la corrupción preocupa a todo el panorama internacional, y es la principal obsesión del principio de publicidad y transparencia, así como del surgimiento y exigencia de las denominadas «compras abiertas». Sobre el estudio de éstas últimas, es obligado citar a Cerrillo i Martínez (12), que ha abordado en profundidad este campo y analiza el (deficiente) nivel de implementación de los principios globales para las contrataciones abiertas (13) en la legislación española. Como nos recuerda el autor de referencia, las compras abiertas no persiguen sólo la incorporación de los medios electrónicos a los procedimientos de contratación, sino que principalmente aspiran a incrementar su transparencia a través de la difusión de una pluralidad de datos que permitan a la ciudadanía participar activamente en las licitaciones y controlar el desempeño de la actividad contractual por parte de las administraciones públicas, lo que puede facilitar considerablemente la colaboración ciudadana en la prevención y lucha contra la corrupción.

Las compras abiertas persiguen tanto la incorporación de los medios electrónicos a la contratación, como una mayor transparencia

A modo de cierre de este apartado, y en relación a esa inclinación del hombre hacia el engaño y la corruptela, no podemos resistir hacernos eco de la famosa cita de un ilustre como Miguel de Cervantes, quien en palabras del entrañable Sancho nos advierte de «que yo sé que lo bien ganado se pierde, y lo malo, ello y su dueño» (14).

## V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Fernand Braudel (15), importante historiador francés del siglo pasado, proclamó que «La historia económica del mundo es la historia entera del mundo, pero vista desde un solo observatorio: el observatorio económico. Elegir este observatorio es privilegiar de antemano una forma de explicación unilateral y peligrosa». La globalización es un fenómeno más amplio. No hay que dejarse llevar por una versión parcial y sofisticada del concepto de «mano invisible» acuñado por Adam Smith en el siglo XVIII. De lo contrario estaríamos ante una «globalización mutilada» en palabras de Joaquín Estefanía (16).

El proyecto de globalización económica debe ir unido a unos principios manifiestos de justicia social y la economía mundial tiene que estar enmarcada en un nuevo bienestar social y en unas nuevas normas y condiciones medioambientales, como destaca también Pintos Santiago (17) y expone gráficamente a través de su pirámide de cinco escalas, en la que quedarían pendientes, a modo de objetivos de un Derecho Global de la contratación, el

principio de promoción del desarrollo humano, y el principio de promoción y sostenibilidad ambiental («compras verdes»).

Creo muy interesante en este punto acudir a la teoría comunicacional del Derecho, que concibe el mismo como un fenómeno social, como un sistema de mensajes (18). El derecho no es una «cosa», sino un sistema de comunicación. Siendo así, es importante cuestionarse qué tipo de mensaje es el que debe asumir como propio un Derecho Global de la Contratación Pública. A nuestro parecer ese mensaje es el que subyace en los principios generales.

Entre tales principios generales destacan, a nuestro parecer, los principios de transparencia y de igualdad de trato y no discriminación, de los que en definitiva derivan todos los demás. Y aún estos dos tienen a su vez un ascendiente común, si atendemos a que tanto la transparencia como la igualdad de trato no son sino exigencias para la defensa de la competencia. Éste último «la competencia» real y no falseada, constituiría el verdadero «punctum saliens» de la cuestión. El Tribunal de Justicia, en su STJUE de 7 de diciembre de 2000 (as. C-324/98 (LA LEY 223868/2000), Teleaustria) pregona que «la obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

E igual que la transparencia, también los principios de igualdad y la concurrencia, favorecen la libre competencia. Lo mismo cabe decir de la confidencialidad, la objetividad, la motivación de las resoluciones, etcétera. Tanto es así que la Comisión Nacional de la Competencia española, destaca en su «Guía sobre Contratación Pública y Competencia» de 2011, la relación existente entre los postulados de la contratación pública y las finalidades de concurrencia y libre competencia.

Ahora bien, existen todavía ciertos ámbitos de resistencia que impiden el acrisolamiento definitivo de un Derecho Global. Entre otros cabe citar: (i) la dimensión social de la contratación pública -una suerte de patriotismo institucional, acentuado en épocas de recesiones económicas— (19); (ii) la existencia de múltiples regímenes especiales —como la contratación en materia de Defensa—; (iii) y recientes fenómenos políticos como el auge del nacionalismo o el Brexit.

Es imprescindible que los principios jurídicos y las normas vengán acompañadas de una suerte de administración Global

Por ello es imprescindible que los principios jurídicos y las normas que procedan a su plasmación positiva, vengán acompañadas de una suerte de Administración Global que nos trasladen al concepto de «gobernanza global». Como apunta Rodríguez Arana (20), el problema que presenta este Derecho Global de la Contratación, es que se trata de un Derecho «in fieri», en proceso de desarrollo paulatino, que adolece de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un parlamento global, de un gobierno global y de un tribunal global.

Corolario de lo anterior, la implantación de un Derecho Global de los Contratos se presenta una empresa lenta y un tanto inestable.

Pero lejos de desistir en el intento, los operadores económicos y jurídicos deben recordar la famosa cita de W. Blake, según la cual «*lo que hoy está demostrado, una vez fue tan sólo imaginado*». Y hay más camino recorrido del que pueda parecer...

(1) ESTEFANÍA, Joaquín, Hij@, ¿qué es la globalización? Editorial Santillana. Año 2002. Páginas 39 y 40.

(2) Se ha tenido en especial consideración para la elaboración de este trabajo las tesis de MORENO MOLINA, José Antonio, (entre otros Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público. Revista Jurídica de Navarra, enero-junio 2008, n.º 45; El proceso de formación de un derecho global de la contratación pública. Revista DIXI, vol. 14, núm. 15; enero-junio 2012), si bien también CRUZ ALLI, Juan, (Derecho Administrativo y Globalización. Editorial Civitas, Madrid. 2004), y demás autores que se irán citando a lo largo de nuestro artículo y que han servido de inspiración y principal fuente de conocimiento.

(3) Integrante del denominado Bloque de Constitucionalidad, concepto de origen jurisprudencial que acuña por primera vez el Tribunal Constitucional en STC 10/1982 (LA LEY 13356-JF/0000), y entendido como el conjunto de normas que deben ser aplicadas en el control de constitucionalidad de leyes y reglamentos. Y que si bien no es cuestión pacífica, algunos autores fijan el fundamento de este «parámetro» de la legitimidad en el art. 28 LOTC (LA LEY 2383/1979).

- (4) Existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la libre circulación de mercaderías, personas y servicios, que en definitiva no es sino una derivación del principio general de libre establecimiento y prestación de servicios. Pueden verse entre otras muchas, la STJUE de 17 de diciembre de 1981, as. 279/80 Webb (en la que se apunta ya hacia los principios de no discriminación por razón de nacionalidad y al de reconocimiento mutuo, al afirmar «la libre prestación de servicios exige que el Estado Miembro destinatario de la prestación tenga en cuenta las justificaciones y garantías ya presentadas por el prestador de servicios para ejercer su actividad en el Estado Miembro en el que esté establecido»); o la STJUE de 7 de mayo de 1991 (LA LEY 6913/1991), as. C-340-89, Vlassopoulos.
- Como regla general las directivas comunitarias y el TJUE prohíben toda especificación técnica que favorezca o elimine a determinadas empresas o productos, como pueden ser las exigencias de calificaciones propias de un Estado Miembro, pero también las indicaciones de marcas, patentes o tipos... sin embargo cabe la autorización de tales exigencias siempre que vayan acompañadas del término «o equivalente» y que los poderes adjudicadores ofrezcan unas especificaciones precisas e inteligibles que no veten, en la práctica, la efectiva concurrencia.
- 
- (5) Directiva que realza y dota de especial protagonismo los principios generales de la contratación. Ya en su primer considerando destaca la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por parte de los Estados Miembros. Posteriormente dedica su art. 18 (LA LEY 4613/2014) —dentro del Capítulo Segundo («Normas Generales») del Título I— a los «Principios de la contratación», en el que se aprecia la voluntad de subrayar como principales principios que deben regir la contratación, el de igualdad y no discriminación, el de transparencia, proporcionalidad, concurrencia y defensa de la competencia, así como ya en una escala más secundaria, la preservación de los derechos reconocidos por la UE en materia medioambiental, social o laboral. Más adelante, en su art. 21, (LA LEY 4613/2014) destacará de manera autónoma el principio de confidencialidad, en su doble dimensión enfocada tanto al licitador como al adjudicador. Principio que, por otro lado, no debe entrar en conflicto con las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos, establecidas en los arts. 50 (LA LEY 4613/2014) y 55 (LA LEY 4613/2014).
- 
- (6) Por otra parte, el Consejo ha advertido que en España existe una ausencia de efectiva transparencia dada la baja tasa de publicación de los anuncios de los contratos y el correlativo abuso del procedimiento negociado sin publicación previa, así como las adjudicaciones directas y el uso limitado de los instrumentos de contratación centralizada o conjunta. Asimismo denuncia el Consejo la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública, lo que asegura tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. La propuesta de reforma legislativa sale al paso de estos dos principales focos de polémica.
- 
- (7) Tal y como se lamenta García de Enterría, «partir de la primera posguerra mundial el legislador perdió su afán de perfección y se decidió a utilizar su formidable poder de dictar normas con lo que Carl Schmitt llamó la "legislación motorizada", Ortega "legislación incontinente" (el Estado "se ha convertido en una ametralladora que dispara leyes")», algún jurista actual "leyes desbocadas". Lo que, por cierto, y paradójicamente, ha hecho imposible la vieja entelequia positivista de reducir la ciencia jurídica a una simple articulación y explicación de los preceptos legales positivos» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Los desfallecimientos del Legislador. Artículo publicado en el Diario ABC el 8 de febrero de 2004).
- 
- (8) ERASMO DE ROTTERDAM. Institutio Principis Christiani, Año 1516.
- 
- (9) Que no deja de ser civil. Después de todo no es hasta el siglo XIX que surge paulatinamente el derecho de la contratación pública —como distinto al Derecho Privado—, en la cuna del Derecho francés. En primer término atribuyendo su conocimiento a órganos especializados, por razones de practicidad, pero manteniendo las raíces civiles de tales negocios jurídicos. Sin embargo, poco a poco se fueron acogiendo las instituciones típicas del Derecho Administrativo, como la decisión ejecutoria, etcétera. Se reconoce cierta desigualdad entre las partes, en la medida en que una de ellas atiende —o así debería ser— a intereses más elevados (intereses generales). Bajo la bandera de tales intereses se introducen en la contratación pública distintas prerrogativas en favor de la Administración, como el «ius variandi» o la obligación del contratista de seguir cumpliendo sus obligaciones aunque el ente público cesare en su obligación de pago (algo que puede verse también en otras áreas del Derecho, como por ejemplo prevé la ley concursal, excepcionalmente y en defensa del interés del concurso, para los contratos celebrados con la concursada)
- Estamos por tanto ante negocios jurídicos de esencia civil, si bien matizada por la especial naturaleza de una de las partes contratantes.
- 
- (10) HOBBS, Thomas, Leviatán. Año 1651.
- 
- (11) LOCKE, John, Dos ensayos sobre el gobierno civil. Año 1690.
- 
- (12) CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, Las compras abiertas y la prevención de la corrupción. Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época, n.º 15, enero-junio 2016. Instituto Nacional de Administración Pública. ISSN: 1989-8991.
- 
- (13) Impulsadas en el marco de la Alianza para la Contratación Abierta.
- 
- (14) Don Quijote.
- 
- (15) PAUL ACHILLE BRAUDEL, Fernand, Civilisation matérielle, économie et capitalisme. Vid. el tercer volumen de Le Temps du Monde. Año 1979.
- 
- (16) Obra citada «ut supra».
- 
- (17) PINTOS SANTIAGO, Jaime, en su obra En el Camino de la consolidación de un Derecho Global de la contratación pública a través de los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental (Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, n.º 10, junio de 2016).
- 
- (18) Para una mejor comprensión de la teoría comunicacional del Derecho, recomiendo la lectura El derecho como texto (cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho), de ROBLES, Gregorio, Editorial Civitas. Palma, año 1998.
- 
- (19) Especialmente en época de crisis o recesiones económicas se concibe la contratación pública como una derivación de la política económica nacional. Una campo de intervención y tutela administrativa de las empresas e intereses económicos patrios. Los individuos y grupos sociales reclaman esta actuación

---

estatal, habitual en un Estado Social, como es el español (según proclama el art. 1 de nuestra Carta Magna (LA LEY 2500/1978)).

---

**(20)** RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, Los principios del Derecho global de la contratación pública. Revista Derecho PUCP, n.º 66. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 2011.

---