

EL EQUILIBRIO ENTRE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS PÚBLICO Y EL DE LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA LOCAL

Luís Ortega Álvarez

Catedrático de Derecho Administrativo
Catedrático "Jean Monnet" de Derecho de la Unión Europea
Universidad de Castilla-La Mancha.

ÍNDICE:

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- LA EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA.

3.- LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICOS.

1.- INTRODUCCIÓN.

Esta es una ponencia un poco a contrapié de cuanto se viene diciendo acerca del proceso de construcción teórica de la contratación pública dentro de los principios del Derecho comunitario, que, en cuanto tales, están presididos por la libertad de circulación y establecimiento y por el principio de libre competencia. Proceso en el que paulatinamente se han ido dejando aparte los principios de Derecho público que habían sido la clave para entender la institución de la contratación pública en el modelo derivado del Derecho Administrativo francés, en cuya órbita se situó la contratación pública española.

Lo que pretendo trasladar a lo largo de estas páginas es, de una parte, el intento de explicar cual es la clave del constitucionalismo europeo que ha propiciado la orientación de las Instituciones comunitarias, tanto de la Comisión, el Consejo y el Parlamento regulando el importante paquete de Directivas sobre los contratos públicos, como el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia expansiva de la aplicación de los principios de libre competencia a las reglas y procedimientos contractuales.

Pero, al mismo tiempo, querría trasladar otra corriente también contenida en el Derecho comunitario, en la cual, en la medida en la que se ha acentuado el proceso de integración política, especialmente en el período de impulso del fallido Tratado para una Constitución Europea, se han incrementado las llamadas a un mayor equilibrio entre los principios del Mercado y los principios que presiden la definición de los intereses públicos por parte de las Autoridades Públicas¹.

Una manifestación de este proceso de equilibrio lo encontramos en relación al "Protocolo sobre los servicios de interés general" adjunto al actual proyecto de Tratado de Lisboa, aunque ya aparecía en el Tratado para una Constitución Europea, sobre el que volveremos, así como a los potenciales efectos futuros de la

¹ Una primera reflexión de este tipo la realicé con el Profesor Luis Arroyo Jiménez en un trabajo titulado "Constitucionalismo europeo y Europa Social", Revista Europea de Derecho Europeo. N° 23. julio-septiembre. 2007. p.339.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la medida en que estos derechos sean garantizados mediante servicios públicos.

Finalmente, veremos cómo la reciente crisis financiera mundial, con la consiguiente paralización del flujo económico de los mercados, ha motivado la respuesta de intervención por parte de los Estados, acudiendo a procesos y sistemas fuera de la lógica del mercado y de las reglas de la competencia e introduciendo técnicas de intervención para la salvaguarda de sectores y agentes económicos concretos.

Una de estas respuestas ha sido, sin duda, la puesta a disposición de los entes locales de un Fondo Estatal de Inversión Local, cuya finalidad directa es que mediante la contratación pública, fluya el dinero público a la economía nacional y, más aún, a cada economía local, como una medida destinada a atenuar los efectos de la crisis en el paro laboral. Una contratación, pues, en la que vuelven a presidir los principios de interés público declarados por la instancia pública, frente a los meros principios del funcionamiento del mercado y la libre competencia.

2.- LA EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA.

A diferencia de la mayor parte de las Constituciones de los Estados miembros, en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, no figura la mención al Estado social, dentro de los preceptos definitorios de su modelo político.

Como es sabido el reconocimiento del concepto de Estado social, implica la aceptación de la no neutralidad del Estado respecto a las políticas sociales y económicas, así como el establecimiento de un mandato, como el que se contiene en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, a los poderes públicos para la promoción de las condiciones en las que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas.

Ello, durante una larga época de vida de la Comunidad Económica Europea, prácticamente desde 1957 a 1987, hizo que se produjese un doble reparto del papel de los Estados y de las Instituciones comunitarias respecto de las políticas económicas. A los primeros les correspondía atender a la dimensión social del modelo económico y a las segundas la protección y el desarrollo de los principio de libre mercado y competencia. Pero eran los Estados los que definían lo que era mercado, o dicho en otros términos sus potestades de intervención económica les permitían declarar publico un sector de la actividad económica e incluso actuar en él en forma de monopolio, tal como recoge el artículo 128 de nuestra Constitución que, como sabemos, se redacta en términos de prever nuestro ingreso en la Unión Europea.

Por ello, parecía razonable, dentro de este esquema de división de tareas entre la Unión y los Estados, que en la definición del modelo político de la Unión, no apareciese la mención al Estado Social.

Así, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) en la versión dada al mismo por el Tratado de Ámsterdam, se dispone:

“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

Es decir, aparecen únicamente los atributos correspondientes a un Estado Democrático y de Derecho.

Es cierto, que entre los objetivos de la Comunidad Europea aparecen materias relacionadas con políticas sociales. En efecto, en el artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) podemos leer:

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

No cabe duda que el repaso de estos fines nos muestra claramente una descripción de las principales políticas típicas del Estado Social. Sin embargo, no sólo falta un precepto que indique, como antes decíamos, el compromiso de no neutralidad social y la vinculación de los poderes públicos con la remoción de las desigualdades, sino que en el Derecho comunitario, tras las modificaciones que tuvieron lugar con el Tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992, se produjo un fenómeno inverso, al hilo del predominio político en esa época de las corrientes neoliberales.

De este modo se introduce el artículo 4 TCE en el que se recoge lo siguiente:

“1.- Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en una estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

2.- Paralelamente, en las condiciones y según el ritmo y procedimientos previstos en el presente Tratado, dicha acción implicará la fijación irrevocable de tipos de cambio con vistas al establecimiento de una moneda única, el ecu, la definición y la aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Comunidad, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

3.- Dichas acciones de los Estados miembros y de la Comunidad implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.”

Como se puede apreciar, la Unión Económica y Monetaria, el mercado interior y la defensa de la competencia pasan a ser los ejes centrales de la Constitución económica europea, en la cual los aspectos de política social encuentran un encaje secundario.

De este modo, al estar basada la política económica europea en el libre mercado y la libre competencia, el efecto de primacía del derecho comunitario, hace que éstas políticas se impongan a las de los Estados miembros que, aún basadas en fines de política social, puedan contravenir dichos principios de mercado.

Se produce así, en la década de los noventa del siglo pasado, un amplísimo proceso de privatización de antiguas empresas públicas estatales, en especial en el ámbito del transporte aéreo, de las telecomunicaciones, y de la energía.

Del mismo modo, la interpretación dada al artículo 86 del TCE, que durante treinta años hizo compatible con el principio de libre competencia la generalidad de los servicios públicos de carácter económico, va a verse alterada mediante un escrutinio más riguroso por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia, de forma que en la práctica, habría que demostrar que o bien no se trataba de un servicio de carácter económico, o que la modalidad de su prestación no podía realizarse de acuerdo con los principios de la libre competencia. Dicho de otro modo, si el servicio tenía una posible prestación y los objetivos del mismo podían cumplirse con criterios de competencia, esta forma se imponía a cual forma de organización jurídico-pública.

Ello dio lugar a la aparición de los servicios de interés económico general, en los que, prestados en régimen de mercado y libre competencia, se imponían al prestador determinadas regulaciones de interés público.

Esta situación de claro predominio de las políticas liberales y de mercado, empiezan a ser, en parte compensadas, al menos en sus aspectos dogmáticos, en el proceso de discusión del Tratado para una Constitución Europea.

Así, en el artículo I.2 de dicho Tratado aparece una nueva definición del modelo político de la Unión Europea que contiene alguna novedad de interés:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”

Del mismo modo en el primer párrafo del artículo I.3 se señala:

“La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo promoverá el progreso científico y técnico”.

Estos nuevos conceptos, suponen la introducción de un nuevo criterio de equilibrio entre las necesidades sociales y las políticas económicas, especialmente conceptualizado tanto en la inclusión de la “igualdad” y la “solidaridad” entre los fundamentos políticos de la Unión, como en el término “economía social de mercado” que define una forma de integración de las políticas sociales y económicas..

Asimismo, la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como verdadero texto con valor normativo, implicaba dar carta de naturaleza a los contenidos de política social contemplados como derechos o como principios rectores.

Entre estos últimos podemos situar aquellos que se refieren a los derechos del menor y de las personas mayores (arts. 24 y 25), la integración de las personas discapacitadas (art.26) o la protección del medio ambiente y de los consumidores (arts 37 y 38). En todos estos casos, la Carta Europea establece obligaciones de los poderes públicos con relación a estos conjuntos de personas o a estos bienes públicos, por los que se produce una directa habilitación de la realización de políticas públicas en estos sectores, articulados mediante servicios públicos, cuya base constitucional, se equipara de este modo a la del libre mercado y se constituye en un límite a este último.

Igualmente, la Carta reconoce, incluso, derechos prestacionales, como los contemplados en el artículo 34, con relación al acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garanticen una protección en caso de maternidad, enfermedad, accidente laboral, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo. O los contemplados en el artículo 35, donde se reconoce a toda persona el derecho a la prevención y a la atención sanitaria.

Finalmente, hay que hacer mención a la elevación al rango de los Tratados originarios del propio concepto de servicio económico de interés general, que aparece en el artículo 36 de la Carta:

“La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y practicas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

El reconocimiento de este derecho se acompaña, además, de una novedad del Tratado Constitucional contenida en el artículo III-122 en el que se dispone:

“Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estado miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán porque dichos servicios funcionen conforme a principios y en

condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante Ley Europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios”

De esta forma, la justificación para excepcionar un servicio o una política de los principios de la libre competencia podría encontrar ya bases legales propias del Derecho comunitario en un nivel tan representativo como es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en una norma europea *ad hoc* que permita que estas políticas se contemplen en una situación de equilibrio con las de libre competencia, sin que se tenga que producir una automática cesión de las primeras en beneficio de la segunda.

Como decíamos en su día “la definición de derechos y de principios de carácter social puede contribuir a reequilibrar esta situación, en beneficio de un sistema en el que las instituciones comunitarias contemplen como propios los valores e instrumentos que se encuentran al servicios, tanto de la libertad e integración de los mercados, como de la intervención pública dirigida al aumento de la solidaridad y la cohesión social”².

3.- LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL NO ECONÓMICOS.

Hay que señalar que todas las novedades normativas a las que nos venimos refiriendo se mantienen en el Tratado de Lisboa, con un añadido más, nada desdeñable y que aparece en el denominado “Protocolo sobre los servicios de interés general” en que se manifiesta lo siguiente:

“Las Altas Partes Contratantes, deseando enfatizar la importancia de los servicios de interés general,

Han acordado las siguientes disposiciones interpretativas, que se anexarán al Tratado de la Unión Europea y al Tratado sobre el funcionamiento de la Unión:

Artículo 1

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 16 del Tratado CE incluirán en particular:

- el papel esencial y amplio criterio de las autoridades nacionales, regionales y locales al suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés económico general lo más cercanos posibles a las necesidades de los usuarios;
- la diversidad entre distintos servicios de interés económico general y las diferencias entre las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;

² Op. Cit. P.357.

- Un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad, igualdad de trato y la promoción del acceso universal de los derechos de los usuarios.

Artículo 2.

Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estado miembros para suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés general que no sean económicos”

De este Protocolo queremos destacar dos aspectos absolutamente relevantes. De una parte la afirmación del “papel esencial y el amplio criterio” de las autoridades públicas para suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés económico general, lo que significa dotar a la regulación de estos servicios de una libertad de configuración en manos de las autoridades públicas, que implica, en cualquier caso, la atenuación del criterio reglado de estos servicios desde la perspectiva comunitaria, y el mayor protagonismo de las autoridades nacionales en la conformación del régimen de funcionamiento de tales servicios y de sus formas de adjudicación.

Por ello, es discutible que, en aplicación de este Protocolo, caso de llegar a entrar en aplicación el tratado de Lisboa, sean procedentes las minuciosas regulaciones en torno al contrato de gestión de servicios públicos que se incluyen en la normativa comunitaria sobre Contratación Pública.

Más relevantes es el caso de “los servicios de interés general que no sean económicos”. Fijémonos que aquí la regla del Protocolo es la de situar estos servicios dentro del exclusivo ámbito competencial de los Estado miembros, sin que puedan verse, por tanto, afectados por la normativa comunitaria.

Ello daría, pie, por tanto, a que, al margen de cual fuese el criterio político del legislador estatal, este no vería condicionada su legislación en materia de servicios de interés general no económicos por ninguna directiva comunitaria, y podría configurar el contrato de gestión de este tipo de servicios en función de sus necesidades y preferencias.

Esta posibilidad tendría mayor aplicación en la contratación local de servicios, ya que, normalmente, por su dimensión, la contratación local no afecta a los mercados relevantes comunitarios donde se produciría una quiebra de la libre competencia, y daría mayor flexibilidad de gestión.

Debe pensarse, que en gran parte de la normativa actual de contratación pública, derivada del respeto de la libre competencia, se exige a los entes públicos unas prácticas que no se dan en el propio mercado. Normalmente la empresa privada conoce el mercado, sabe donde hay oportunidades de negocio y organiza sus recursos, directamente o en alianza con otra empresa. Por ello, la clave en contratación debe ser esencialmente la aplicación de los principios de derecho público de buena administración y de la transparencia, no basarlos exclusivamente en los de la libre competencia, y menos en una libre competencia, que no se aplica en un sistema basado esencialmente en oligopolios económicos.

4.- EL FONDO ESTATAL DE INVERSIÓN LOCAL.

Quizá el último epifenómeno de esta oscilación entre valores públicos y valores de mercado lo ha constituido la regulación contenida en el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo y se aprueban los créditos extraordinarios para atender a su financiación.

Esta norma se predica a sí misma como una consecuencia de la crisis financiera iniciada en agosto de 2007, en la que se ha experimentado una grave contracción de la actividad económica de las principales economías del mundo.

En la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley se manifiesta esta situación en los términos siguientes:

“Las elevadas tensiones en los mercados financieros se han terminado traduciendo en un endurecimiento considerable de las condiciones de crédito, dificultando el normal desarrollo de las actividades económicas de familias y empresas. Estas dificultades de financiación unidas a la creciente incertidumbre sobre el panorama económico futuro han dado lugar a un significativo retraimiento de la demanda privada en todas sus vertientes, incluyendo el consumo de familias y la inversión empresarial, con consecuencias negativas inmediatas para la economía española, en relación a su nivel de actividad y, particularmente con el empleo”.

Es decir, se va a usar la técnica de la contratación de obra pública, para un fin público, de política nacional, como es la reactivación económica de España y la reducción del desempleo español.

No se trata, por tanto, de una medida que enlaza con la política económica europea y dirigida a todos los actores económicos europeos, como sería predicable de la aplicación de los principios de libertad de circulación y establecimiento, y del libre mercado y la libre competencia, sino que se trata de favorecer inversiones locales, por empresas con trabajadores españoles o incluidos en el censo laboral español y especialmente las “pequeñas y medianas empresas que centran sus actividades en áreas anexas a la construcción, como los servicios de ingeniería, arquitectura, logística, así como la producción y movilización de materiales, maquinaria y equipamiento diverso”.

Para ello se arbitra la posibilidad de realizar la obra en base a cualquier procedimiento negocial. Así, en el artículo 3,2 se establece que “la licitación de las obras se realizará por cualquiera de los procedimientos previstos en la ley de Contratos del Sector Público, abierto, restringido o negociado, con o sin publicidad o serán tramitadas como un contrato menor”. Es decir, se exceptiona la aplicación de la mencionada Ley, dejando abierta la posibilidad de que sea cual sea el objeto y la cuantía del contrato se licite por procedimiento negociado y si publicidad.

Además, en la normativa se deja muy claro que el objetivo es la activación de la economía local y la disminución del paro también local, así en el artículo 7, 2 podemos leer que, “la justificación...consistirá en una memoria de actuación acreditativa de los puestos de trabajo creados, con identificación de los trabajadores contratados, junto con una relación de las certificaciones de obra, con identificación del acreedor y de las facturas, su importe, el porcentaje financiado con recursos

procedentes del Fondo y la fecha de emisión, así como el acta de recepción y la certificación final de obra”.

Igualmente, en materia de excepciones a la norma aplicación de la contratación pública, en el artículo 13,3, relativo ya al Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, se determina que “a los efectos de lo establecido en el artículo 24 de la ley de Contratos del Sector Público, los órganos ministeriales competentes podrán realizar encomiendas de gestión a cualquiera de las Sociedades Estatales instrumentales existentes. No será necesaria la autorización previa del Consejo de Ministros cuando dichas encomiendas superen el límite previsto en el artículo 74.5 de la ley General Presupuestaria”.

Todos estos fenómenos, ponen de manifiesto, un elemento que no puede ser dejado a un lado, y es la distinta forma de funcionamiento que tienen los Estados y los Mercados en materia económica.

No se trata de poner en duda el funcionamiento del mercado, pero sí de resaltar que, en un sistema institucional tan complejo como el de la Unión Europea y sus Estados miembros, cuando, como sucede en la actualidad, se produce una paralización del Mercado, y en su sustitución deben entrar los Estados, éstos no pueden actuar con las mismas reglas que el primero.

En primer lugar, por el elemento constitucional de su responsabilidad política ante su electorado, propio de un Estado democrático; en segundo término, por el elemento de que la regla de la necesidad social, implica una respuesta política de resolución y satisfacción de la necesidad y, finalmente, por el elemento de la regla de derecho que exige que el Estado cuente con un marco legal adecuado para poder desplegar del todo sus obligaciones constitucionales.

Esto es algo que posiblemente deba entrar a debatirse más en profundidad en la Unión Europea. Sin acudir, a procesos de renacionalización, ni a proteccionismos sin contenido real, lo que sí es posible es volver a reformular la doble alma política y económica de cualquier organización que, como la Unión Europea, pretenda ser un instrumento satisfactorio para los ciudadanos europeos.

En este sentido, debe poder volverse a reformular matizaciones a las reglas de libre competencia que presiden la contratación administrativa, y complementarlas con reglas de organización de servicios, que pongan el énfasis, al menos en igual medida, en la garantía adecuada de resultados de prestación pública como un ámbito de decisión política, que debe regirse luego por los principios de buena administración y transparencia, y no que exclusivamente se contemple la óptica de una organización vía servicios privados, los cuales son, al final irresponsables, tal como ha demostrado la actual crisis financiera.