

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

NATURALEZA PRINCIPAL DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

EL Derecho Administrativo global será de naturaleza fundamentalmente principal¹⁹⁶. La actuación de Tribunales, el internacional de justicia, los que resuelven controversias aplicando la Convención de las Naciones Unidas, sobre compraventa internacional de mercaderías, así como de muchos de los organismos administrativos examinados con anterioridad, ponen de manifiesto ese fundamento. Más aún, en casos, toda su funcionalidad se justifica por la defensa de un principio fundamental, trátase de la no discriminación (OMC) o el *fair play* en el movimiento olímpico. De ahí que la actuación de los órganos de carácter jurisdiccional o arbitral cobre una especial relevancia, como instrumentos para el control de la actuación.

Desde esa perspectiva principialista los derechos humanos pueden suministrar un aporte significativo¹⁹⁷, en cuanto a su universalidad, en los que pueden subsumirse principios generales del Derecho o comunes a los procedimientos e instituciones administrativas.

Entes que pertenecen de un modo indiscutido al ámbito del Derecho Administrativo global corroboran el carácter fundante de los derechos fundamentales. Así, en el preámbulo de la OMS, constituida de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas, se dice que «el

[196] A favor de esta tesis, más que de estructuras globales, se manifiesta el escéptico C. HARLOW, «Global Administrative...», *cit.* (nota 25), p. 212, que habla de principios y valores.

[197] En ese sentido, C. HARLOW, *ibidem*, p. 188 y R. B. STEWART, «U.S. Administrative Law...», *cit.* (nota 121), p. 94.

goce máximo de salud que se puede lograr es uno de los *derechos fundamentales* de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social». La dimensión global de su actuación es evidente y se refuerza con su propósito de extender «a todos los pueblos los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines». Objetivo de la OMC es «la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales». Lo corrobora la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Desde esta perspectiva, los derechos humanos, como principios, son trasladables a los diferentes ordenamientos jurídicos estatales, además de constituir un *corpus* común que vincula a los Estados, que pueden desarrollarlos, como así ha ocurrido. No constituyen un mero *desideratum* de la doctrina científica¹⁹⁸.

Se produce una sucesiva concreción y desarrollo de los derechos humanos en una suerte de cascada de declaraciones supranacionales, así como en los propios ordenamientos nacionales que, a su vez, en un fenómeno de *feed-back*, pueden ser generalizados para integrar un Derecho Administrativo global, que no es deducible necesariamente de los tratados internacionales clásicos, que no suelen comprender materias administrativas. Ese proceso desde arriba, *top-down*, y desde abajo, *bottom-up*, es ya real, en ocasiones es posible y en último término teóricamente deseable y provechoso. Se trata de derechos humanos de segunda o tercera generación según el punto de partida adoptado¹⁹⁹.

[198] *Cfr.* D. C. ESTY, *cit.* (nota 19), pp. 1524 y ss.

[199] C. HARLOW, ««Global Administrative...», *cit.* (nota 25), habla de cuarta generación (p. 202).

Un ejemplo del primer tipo de proceso lo constituye la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 41 del capítulo V relativo a la ciudadanía se refiere al «derecho a una buena administración». Se transforma en un derecho fundamental la preocupación manifestada en distintos foros por la garantía de la democracia²⁰⁰. Ese derecho incluye:

- el derecho de toda persona *a ser oída* antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a *acceder al expediente que le afecte*, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de *motivar sus decisiones*.

Ese derecho a una buena administración²⁰¹ es susceptible de un desarrollo más amplio del que se contiene en los derechos concretos enumerados en el citado artículo de la Carta Europea y en todo es aplicable a la gobernanza global.

No resultará irrazonable exigir a los actores del Derecho Administrativo global que, al servicio de intereses generales, actúen de acuerdo con un principio de *objetividad* que se refuerza por el de *transparencia* y de *independencia e imparcialidad*.

[200] En ese sentido se ha manifestado la Declaración del Milenio de Naciones Unidas: «Para garantizar la democracia es preciso contar con un buen gobierno», Consejo Económico y social E/C 16, 2002/3. También la Unión Europea en un Libro Blanco, *La gobernanza europea*, Bruselas, 25 de octubre de 2001.

[201] Cfr. J. L. MEILÁN GIL, «Administración Pública para la democracia», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2007, pp. 501 y ss.; J. RODRÍGUEZ-ARANA, *El buen Gobierno...*, cit. (nota 24); M. PILADE CHITI, *General Principles of Administrative Action*, Bolonia University Press, 2006.

El *principio de eficacia* tiene un valor jurídico, no meramente programático. Tiene que ver con los medios elegidos para la consecución de un fin, predeterminado por quien tenga competencia, generador eventualmente de responsabilidad, en cuanto sometida la actuación a la *accountability* requerida en un Estado democrático de Derecho. Por esa vinculación al fin el ejercicio del poder administrativo ha de estar moderado por el *principio de proporcionalidad*.

Los principios de los contratos públicos contenidos en la Directiva 2004/18/CE de la UE son equivalentes a los que se reconocen en el anexo IV del Acuerdo de Marrakech por el que se constituyó la OMC (WTO) relativo a Agreement on Government Procurement.

La jurisprudencia comunitaria los había perfilado y continúa desarrollando. El *principio de igualdad* se presenta como la matriz de otros para asegurar una competencia propia de un mercado único. Así, se reconoce reiteradamente que «respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia de las directivas en materia de contratos públicos»²⁰², aunque no se mencione expresamente²⁰³.

En ese sentido se ha declarado que es fundamental que los potenciales licitadores conozcan en el momento de preparar sus ofertas todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos²⁰⁴.

[202] STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89, Comisión v. *Reino de Dinamarca* «Storebealt», STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*; STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, *SIAC Construction Ltd.* v. Country Council of the Country of Mayo.

[203] STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89, Comisión v. *Reino de Dinamarca* «Storebealt».

[204] STJCE de 24 de noviembre de 2005, asunto C-331/04, *ATI y Viaggi di Maio Snc* v. Comune di Venezia.

No basta con respetar ese principio de igualdad en el inicio de la licitación, sino que ha de mantenerse cuando las ofertas de los licitadores sean valoradas por la entidad adjudicadora²⁰⁵. Las «reglas del juego» han de mantenerse a lo largo de todo el procedimiento, estando prohibida su alteración en su transcurso, ni antes ni después de la adjudicación²⁰⁶, así como es obligado mantener los mismos criterios de interpretación²⁰⁷.

La igualdad se entiende también como interdicción de discriminaciones, no sólo por razón de nacionalidad, en contra del proteccionismo de los Estados miembros, «sino también todas las formas encubiertas de discriminación, que aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado»²⁰⁸.

El principio de igualdad implica una obligación de transparencia. Tiene por objeto «garantizar que no existe riesgo de favoritismo y arbitrariedad»²⁰⁹. Por ello, los criterios de adjudicación deben estar formulados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones,

[205] STJCE de 25 de abril de 1996, asunto C-87/94, Comisión v. *Reino de Bélgica*; STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, *SIAC Construction Ltd.*

[206] STJCE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/89 Comisión v. *Reino de Dinamarca, Puente sobre el «Storebealt»* (la supresión de la cláusula controvertida en la fase final del procedimiento no impide la declaración de incumplimiento); STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P Comisión v. *Cas Succhi di Frute Spa* (es nula la adjudicación del contrato por haber modificado la Comisión las condiciones con posterioridad a aquélla: pago de los adjudicatarios en frutas distintas a las especificadas en el anuncio de licitación).

[207] STJCE de 25 de abril de 1996, asunto 87/94, citada.

[208] STJCE de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, *Contse S.A. v. Instituto de Gestión Sanitaria (INGESA)*, con cita de otras anteriores.

[209] STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470/99, *Universale Bau* y otros. STJCE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99P Comisión v. *Cas Succhi di Frute Spa*.

de manera que pueda verificarse su respeto²¹⁰. Han de estar claramente definidos, como el objeto del contrato, «porque son elementos decisivos a efectos de determinar cuál de los procedimientos previstos en la Directiva debe aplicarse»²¹¹.

La transparencia va de la mano de la publicidad adecuada, establecida por la Directiva y las informaciones correspondientes a los contratos han de contenerse en el pliego de condiciones o en documento equivalente, entre ellas, las relativas a los criterios según los cuales el poder adjudicador ha de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, si existen varios criterios, de modo que no se deje al poder adjudicador una libertad incondicionada²¹².

Las disposiciones contenidas en el articulado del Acuerdo de Marrakech van dirigidas de un modo principal a que no exista discriminación, dándose un trato no menos favorable que el otorgado a los productos, servicios y proveedores nacionales o de cualquier otra parte (art. III). El procedimiento de licitación ha de ajustarse a ese mismo principio de no discriminación (art. VII) que también ha de observarse en cuanto a la calificación de los proveedores (art. VIII), a la aptitud para participar en la licitación.

La invitación a participar en la licitación será pública y puede adoptar la forma de un anuncio que contendrá todos los datos imprescindibles del contrato. El pliego de condiciones (art. XII) contendrá toda la información necesaria para que los licitadores puedan presentar correctamente sus ofertas (art. XII). La selección de los

[210] STJCE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*.

[211] STJCE de 14 de octubre de 2004, asunto C-340/02, *Comisión v. República francesa*.

[212] STJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, *Beentjes v. Países Bajos*.

contratistas se hace de acuerdo con procedimientos reglados: licitaciones públicas, selectivas y restringidas, en casos expresamente previstos. La adjudicación se hará de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones a la oferta que se considere más ventajosa.

En líneas generales puede constatarse que entre estas normas y las Directivas europeas existe una evidente compatibilidad. Incluso, por lo que se refiere a que las especificaciones técnicas no produzcan discriminación, que no creen «obstáculos innecesarios al comercio internacional», se dispone que en el pliego de condiciones figure la expresión «o equivalente», como se requiere en el Derecho Comunitario y tiene en cuenta la jurisprudencia²¹³.

Una diferencia, que se explica por la amplitud diferente de los mercados en que actúa la OMC (WTO) y la UE y la heterogeneidad de sus actores, es la posibilidad de que se admitan exenciones convenidas de las reglas generales, como expresión de un trato especial y diferenciado para países en desarrollo.

Las reglas establecidas en el acuerdo de referencia permiten la solución de diferencias con arreglo a criterios objetivos y mediante un procedimiento y ante un órgano que, aunque no es homólogo al Tribunal de justicia de las Comunidades europeas, responde a su misma función.

Con motivo de la actual crisis financiera y económica de carácter global una atención especial requerirían los *principios de prevención y de precaución* formulados en el ámbito de la protección del

[213] *Cfr. ad exemplum*, STJCE de 20 de febrero de 1979, asunto *Cassis de Dijou*.

medio ambiente. La frontera entre uno y otro no es clara y reside en la ponderación de la certeza o de la verosimilitud²¹⁴ del daño.

El principio de precaución ha sido tenido en cuenta en el seno de la OMS, por el Órgano de apelación, al admitir la posibilidad de restricciones al comercio internacional para defender la salud humana en supuestos de incertidumbre científica, al referirse al alcance del artículo 5 del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS), en el que se afirma que «el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado»²¹⁵. La aplicación del principio no es fácil. La evaluación del riesgo debe corresponder a un riesgo verificable²¹⁶.

En la reunión del G-20 en Londres de 2009 se encomendó al Consejo de Estabilidad Financiera (FSB), que sucedió al Foro del mismo nombre (FSF), ampliar la regulación y vigilancia a todas las instituciones, los instrumentos y los mercados financieros sistemáticamente importantes. Con ese objetivo colaborará con el FMI para «*advertir* de antemano de los *riesgos* macroeconómicos y financieros» y sobre las medidas necesarias para superarlos. Una referencia inequívoca a principios de prevención y precaución.

[214] Una exposición ilustrativa en JUÁREZ FREITAS, *Discricionaridade administrativa e direito fundamental á boa Administração Pública*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2007, pp. 96 y ss. Ampliamente, con sentido crítico, el sugerente libro de J. ESTEVE PARDO, *El desconcierto...*, *cit.* (nota 28), pp. 141 y ss.

[215] Asunto Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) Estados Unidos y Canadá v. Comunidades Europeas (enero 1998).

[216] Caso sobre la validez de una decisión de embargo adoptada por Australia sobre salmones provenientes de Canadá (1998). En el caso de medidas de Japón que afectan a los productos agrícolas (22 de febrero de 1999) el Órgano de apelación concluyó que no estaban correctamente fundadas en una evaluación de riesgos.

El *principio de transparencia* se reconoce en el referido acuerdo del G-20 de tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidas los paraísos fiscales, de los cuales la OCDE publicó una lista, que rápidamente fue retirada ante varias reclamaciones. De todos modos queda como una proclama a cumplir que «la era del secreto bancario ha terminado». Al mismo principio responde el objetivo de mejorar las normas contables²¹⁷. La transparencia permite identificar y manejar mejor los riesgos²¹⁸.

Ha existido un amplio consenso en que la codicia, un comportamiento evaluable desde la ética, ha estado en el meollo de la crisis financiera. El G-20 acordó respaldar y aplicar los principios del FSF sobre remuneración y compensación. Detrás de ello se encuentra el escándalo social de la compensación por bonus a ejecutivos de entidades financieras creadoras de *hedge funds* y auxiliadas por el gobierno en EE.UU²¹⁹.

Los daños que se han producido deben ser contemplados de alguna manera, desde los principios de prevención y precaución, como generadores de responsabilidad. El Derecho privado no debería constituir un reducto inexpugnable ante perjuicios, claros y razonablemente evitables o predictibles, causados al interés general, en este caso incluso global, como ha sucedido. Los Estados quedarían obligados a responder y a exigir responsabilidades.

[217] Se ha criticado, no sin razón, la reforma de la contabilidad de los bancos *mark-to-market* acordada en EE.UU. porque resta transparencia.

[218] *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*.

[219] *Cfr. FSF Principles for Sound Compensation Practices*: «Esos incentivos perversos ampliaron el excesivo riesgo adoptado que amenazó al sistema financiero global y dejó a las entidades financieras con *fewer resources* para absorber las pérdidas al materializarse los riesgos».

Quedan muchos pasos a dar en este campo²²⁰ en el que, como en otros de rápido progreso, el Derecho va rezagado. Aunque la ciencia no es el nuevo e infalible demiurgo, contribuye a establecer un abanico de estándares que permiten una aceptación generalizada, con consecuencias prácticas en el caso de que no se respeten sin causa suficiente. La complejidad y variedad de la comunidad internacional requiere flexibilidad, que no excluye una fijación gradual y el establecimiento de unos mínimos. Es lo acordado por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea²²¹ citado con anterioridad, con el fin de fortalecer la solidez y la estabilidad del sistema bancario internacional y fomentar la adopción de prácticas de gestión de riesgos más rigurosas, estableciendo la retención de capital en un tanto por ciento como mínimo de sus activos, ponderados por el riesgo, entre otras circunstancias.

Existen análisis y recomendaciones, como expresión de *soft law*. Acontecimientos como el de la crisis actual ayudan a eliminar reticencias y a afirmar convicciones en favor de una consideración global de los problemas y el establecimiento de principios de acuerdo con los cuales puedan afrontarse. Resulta muy significativo que los informes y propuestas del Foro de Estabilidad Financiera (FSF) se hacen en el G-7, las del Comité de Basilea en el G- 20. La ampliación del nuevo Consejo de Estabilidad Financiera acordada en Londres viene a señalar la importancia del *principio de participación* en la gobernanza global que, de algún modo, responde al ideal del principio democrático. Quizá, por eso, esa fórmula sea la más adecuada a una gobernanza que se constituye y trabaja en red.

[220] *Ibidem*, pp. 23-24.

[221] *Convergencia internacional de medidas y normas de capital*, junio, 2004.