Universidades Lusíada

Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo, 12, Lisboa, 2016

O direito administrativo transnacional (direito administrativo internacional, europeu e global) e as suas implicações no direito administrativo de Espanha e de Portugal : actas

http://hdl.handle.net/11067/4553

Metadados

Data de Publicação 2018

Resumo Este livro reúne as comunicações do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo, realizado na Universidade Lusíada, em Lisboa, nos dias 25 e 26 de Novembro de 2016. Os Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo proporcionam o encontro regular de académicos de Portugal e de Espanha, estimulando a reflexão conjunta sobre temas jurídico-administrativos actuais de interesse comum e um estreitamento das relações de cooperação científica no espaço ibéric...

Este libro reúne las comunicaciones del XII Coloquio Hispano-Portugués de Profesores de Derecho Administrativo, realizado en la Universidade Lusíada, en Lisboa, los días 25 y 26 de noviembre de 2016. Los Coloquios Hispano-Portugueses de Profesores de Derecho Administrativo proporcionan la reunión regular de académicos de España y Portugal, estimulando una reflexión conjunta sobre temas actuales de Derecho Administrativo que sean de interés común y un estrechamiento de las relaciones de cooperac...

Editor Universidade Lusíada

Palavras Chave Direito administrativo, Direito administrativo - Portugal, Direito administrativo - Espanha

Tipo book

Revisão de Pares Não

Coleções [ILID-CEJEIA] Livros

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T02:22:23Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

Afonso d'Oliveira Martins
(Director)

O DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

[DIREITO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL, EUROPEU E GLOBAL] e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal

Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo

Universidade Lusíada, 25 e 26 de Novembro de 2016

Universidade Lusíada Editora
CEJEA - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais
Lisboa • 2018

Afonso d'Oliveira Martins
(Director)

O DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

[DIREITO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL, EUROPEU E GLOBAL]

e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal

Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo

Universidade Lusíada, 25 e 26 de Novembro de 2016

Universidade Lusíada Editora
CEJEA - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais
Lisboa • 2018

Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação

COLÓQUIO LUSO-ESPANHOL DE PROFESSORES DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 12, Lisboa, 2016

O direito administrativo transnacional (direito administrativo internacional, europeu e global) e as sua implicações no direito administrativo de Espanha e de Portugal : actas / XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo ; dir. Afonso d'Oliveira Martins
ISBN 978-989-640-212-9

I - MARTINS, Afonso de Oliveira, 1957-

CDU 342

Ficha Técnica

Director Afonso d'Oliveira Martins

Título O direito administrativo transnacional [direito administrativo internacional, europeu e global] e as sua implicações no direito administrativo de Espanha e de Portugal

Edição 1.ª

Depósito Legal

ISSN 978-989-640-212-9

Local Lisboa

Ano 2018

Editora Universidade Lusíada Editora
Rua da Junqueira, 188-198
1349-001 Lisboa
Tel.: +351 213 611 560
Fax: +351 213 638 307
URL: http://editora.lis.ulusiada.pt
E-mail: editora@lis.ulusiada.pt

Fotocomposição João Paulo Fidalgo

Capa Ana Laranjeira

Impressão e Acabamentos Dilazo, Artes Gráficas, S.A.

ZI de Frielas - Rua Cidade de Aveiro, 7-A
Armazém C-3
2660-018 Frielas
Tel.: 219 897 340 - Fax: 219 886 058
Web: www.dilazo.pt
E-mail: geral@dilazo.pt

Tiragem 200

Solicita-se permuta - On prie l'échange - Exchange wanted - Pídese canje - Sollicitiamo scambio - Wir bitten um Austausch
Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa
Rua da Junqueira, 188-198 - 1349-001 Lisboa
Tel.: +351 213 611 560 / Fax: +351 213 638 307
E-mail: mediateca@lis.ulusiada.pt

© 2018, Universidade Lusíada de Lisboa
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Editora

O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Universidade Lusíada.

CEJEA
Centro de Estudos Jurídicos Económicos e Ambientais

FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UID/DIR/04053/2016».

SUMÁRIO

Organização e Programa do Colóquio 7

Sessão de abertura 15

Intervenção do Reitor da Universidade Lusiada
Afonso d'Oliveira Martins 17

Intervenção do Presidente espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
José Luis Meilán Gil 21

Intervenção do Presidente português dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
Diogo Freitas do Amaral 25

I - Tema introdutório: O impacto do Direito Administrativo Transnacional no Direito Administrativo português e espanhol: questões gerais (1.ª Sessão) 29

O impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo português
Vasco Pereira da Silva 31

Importancia de la contribución de los tratados internacionales y en particular de la actual configuración de la Unión Europea a la estabilidad jurídica e institucional
José Luis Martínez López-Muñiz 61

A autonomia organizacional do Estado e o Direito Administrativo Europeu: *what goes around comes around*
Juliana Ferraz Coutinho 73

Direito Administrativo Global da Aviação Internacional
Nuno José Vasconcelos Albuquerque Sousa 85

II - Contratação pública (novas directivas de 2014 da OMC e da UE e seu impacto no Direito da União Europeia e nos Direitos Administrativos de Espanha e de Portugal) (**2.ª Sessão)**.....105

O Direito da Contratação Pública como Direito Transnacional: considerações introdutórias
Afonso d'Oliveira Martins 107

La reforma de la legislación española de contratos del sector público en el marco del acuerdo revisado sobre contratación pública de la OMC y su influencia sobre las nuevas directivas de contratación pública de la Unión Europea
Luis Míguez Macho 111

Alguns desafios em sede de reforma legal do regime *instrumental* de contratação pública português
Rui Medeiros 205

Dever de ponderação da adjudicação por lotes e dever de fundamentação da não divisão no Direito dos Contratos Públicos
Miguel Assis Raimundo 249

III - Cooperação transfronteiriça (3.ª Sessão) 281

Cooperación transfronteriza: introducción
Francisco López Menudo 283

A cooperação transfronteiriça no quadro da "gestão europeia integrada das fronteiras"
Nuno Piçarra 287

Cooperación transfronteriza: el papel de los organismos jurídico-administrativos
Iñigo Sanz Rubiales 325

IV - As actividades de risco ou de perigo, em especial, o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos (4.ª Sessão).....359

As actividades de risco ou de perigo, em especial, o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos. Introdução
Maria da Glória F.P.D. Garcia 361

El impacto del Derecho Administrativo Transnacional en el régimen jurídico de la seguridad de los medicamentos y alimentos
Manuel Izquierdo-Carrasco 363

As actividades de risco ou de perigo, em especial, o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos
Suzana Tavares da Silva 445

Conclusões 463

O Direito Administrativo Transnacional (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal: conclusões
António Cordeiro.....465

El Derecho Administrativo transnacional (Derecho Administrativo Internacional, Europeo y Global) y sus implicaciones en del Derecho Administrativo de España y Portugal: conclusiones
Matilde Carlón Ruiz 471

Sessão de encerramento 479

Intervenção do Reitor da Universidade Lusíada
Afonso d'Oliveira Martins 481

Intervenção do Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
Fausto de Quadros 483

Intervenção do Coordenador espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
José Luis Martínez López-Muñiz 485

ORGANIZAÇÃO E PROGRAMA DO COLÓQUIO

ORGANIZAÇÃO

Universidade Lusíada
Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais
Faculdade de Direito

Directores do XII Colóquio

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

Prof. Doutor António Cordeiro
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

Presidentes dos Colóquios Luso-Espanhóis

Prof. Doutor José Luis Meilán Gil
Professor Catedrático Emérito
Universidade da Corunha
Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral
Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito
Universidade Nova de Lisboa

Coordenadores dos Colóquios Luso-Espanhóis

Prof. Doutor José Luis Martínez López-Muñiz
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito
Universidade de Valladolid
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa

PROGRAMA

25 de Novembro de 2016

Sessão de abertura.

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada e Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo
Prof. Doutor José Luis Meilán Gil
Professor Catedrático Emérito da Universidade da Corunha e Presidente espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral
Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Presidente português dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo

I - Tema introdutório: O impacto do Direito Administrativo transnacional no Direito Administrativo português e espanhol: questões gerais. (1.ª Sessão)

Moderadores:
Prof. Doutor José Luis Meilán Gil
Professor Catedrático Emérito da Universidade da Corunha e Presidente espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis

Oradores:
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Prof. Doutor Ricardo Rivero Ortega
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca e Director Decano dessa Faculdade

Comunicações e debate:

Importancia de la contribución de los tratados internacionales y en particular de la actual configuración de la Unión Europea a la estabilidad jurídica e institucional.
Prof. Doutor José Luis Martínez López-Muñiz
Professor Catedrático Emérito da Universidad de Valladolid
Un pequeño ejemplo del impacto del Derecho de la Unión Europea en el Derecho Administrativo español: supresión de las autorizaciones y las inscripciones en los registros en el sector turístico.
Prof. Doutor Antonio Calonge Velázquez
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Valladolid
A autonomia organizacional do Estado e o Direito Administrativo Europeu: what goes around comes around.
Prof.ª Doutora Juliana Manuela Alves Ferraz Coutinho
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Direito Administrativo Global da Aviação Internacional.
Prof. Doutor Nuno José Vasconcelos Albuquerque Sousa
Professor da Universidade Lusófona do Porto
La gobernanza: el buen gobierno de la globalización.
Prof.ª Doutora Maria Mercedes Ortiz Garcia
Professora Titular de Direito Administrativo da Facultad de Derecho da Universidad de Alicante

II - Contratação pública (novas directivas de 2014 da OMC e da UE e seu impacto no Direito da União Europeia e nos Direitos Administrativos de Espanha e de Portugal). (2.ª Sessão)

Moderadores:
Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada e Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo

Prof. Doutor José Manuel Sala Arquer
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Rei Juan Carlos

Oradores:
Prof. Doutor Luis Míguez Macho
Professor Catedrático acreditado, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela
Prof. Doutor Rui Medeiros
Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Comunicações e debate:

Ponderações administrativas de eficiência e sindicabilidade jurisdicional: o caso da divisão em lotes na contratação pública.
Prof. Doutor Miguel Chaves Ribeiro Assis Raimundo
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

III - Cooperação transfronteiriça. (3.ª Sessão)

Moderadores:
Prof. Doutor Francisco López Menudo
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Sevilha
Prof. Doutor José Carlos Vieira de Andrade
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Oradores:
Prof. Doutor Nuno Piçarra
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Prof. Doutor Iñigo Sanz Rubiales
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid

Comunicações e debate:

Continuidad ecológica, evaluación ambiental transfronteriza y cooperación entre España y Portugal.
Prof. Doutor Francisco Javier Sanz Larruga
Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidad de A Coruña
Da cooperação transfronteiriça no domínio da segurança e defesa e dos desafios do Direito Administrativo.
Prof. Doutor José Fontes
Professor Associado com Agregação da Academia Militar

26 de Novembro de 2016

IV - As actividades de risco ou de perigo, em especial, o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos. (4.ª Sessão)

Moderadores:
Prof.ª Doutora Maria da Glória Dias Garcia
Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e antiga Reitora da mesma Universidade
Prof. Doutor Fernando López Ramón
Professor Catedrático da Universidade de Saragoça, Presidente de AEPDA

Oradores:
Prof. Doutor Manuel Izquierdo Carrasco
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Córdoba
Prof.ª Doutora Suzana Tavares da Silva
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Comunicações e debate:

Conclusões.

Moderadores:

Prof. Doutor José Luis Martínez López-Muñiz
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid e Coordenador espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis

Oradores:

Prof. Doutor António Cordeiro
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada e Co-Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo
Prof.ª Doutora Matilde Carlón Ruiz
Professora Catedrática acreditada, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid

Sessão de encerramento.

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada e Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo
Prof. Doutor José Luis Martínez López-Muñiz
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Valladolid e Coordenador espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis
Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis

SESSÃO DE ABERTURA

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de
Professores de Direito Administrativo

Prof. Doutor José Luis Meilán Gil
Professor Catedrático Emérito da
Universidade da Corunha
Presidente espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis
de Professores de Direito Administrativo

Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral
Professor Catedrático aposentado da Faculdade
de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Presidente português dos Colóquios Luso-Espanhóis
de Professores de Direito Administrativo

INTERVENÇÃO DO REITOR DA UNIVERSIDADE LUSÍADA

Senhores Vice-Presidentes do Conselho de Administração da Fundação Minerva e Vice-Chanceleres das Universidades Lusíada,

Senhores Presidentes e Coordenadores dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo - Professores José Luís Meilán Gil, Diogo Freitas do Amaral, José Luís López-Muñiz e Fausto de Quadros,

Senhora Directora da Faculdade de Direito, Professora Maria Eduarda Azevedo,

Senhor Coordenador do CEJEA - Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais, Professor Manuel Porto,

Caríssimos Colegas,

Estudantes e colaboradores,

Excelentíssimos convidados,

Minhas Senhoras e meus Senhores:

Na qualidade de Reitor da Universidade anfitriã deste Colóquio, saúdo todos os que nele vão participar, dando-lhes as boas-vindas e agradecendo a disponibilidade que logo manifestaram para aqui estarem.

Una palabra de muy especial saludo a los Colegas que han venido de España, esperando que puedan disfrutar al máximo del Coloquio en un ambiente de verdadera hermandad académica entre jusadministrativistas de Espanha y Portugal.

Os Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo, ao longo da sua história, têm dado expressão a uma iniciativa notável que tem permitido o aprofundamento das relações entre os meios académicos de Portugal e de Espanha e um melhor conhecimento recíproco no domínio científico do Direito Administrativo.

No âmbito desse relacionamento – devemos reconhecê-lo – há um antes e um depois dos Colóquios, sendo que hoje, muito por causa da sua realização, nos sentimos todos muito mais próximos.

Acresce que os Colóquios, com o tempo, foram ganhando uma dimensão institucional que vem sendo assegurada pela perseverança dos seus Presidentes e Coordenadores que persistentemente não se têm poupado a esforços para assegurar a sua continuidade, com fidelidade à ideia de obra que esteve na sua origem.

Ao cumprir o encargo de organizar este XII Colóquio, testemunhei essa dedicação, cabendo-me por isso dirigir uma palavra de muito especial apreço e agradecimento aos Professores José Luís Meilán Gil, Diogo Freitas do Amaral, José Luís López-Muñiz e Fausto de Quadros.

A importância deste Colóquios associa-se também – como não podia deixar de ser – à circunstância de que neles – nas suas sucessivas edições – têm vindo a ser tratados importantes temas de Direito Administrativo que se associam a problemas de interesse científico e prático comum para os administrativistas de Portugal e de Espanha.

Estou certo, de que tal também ocorrerá nesta sua 12ª edição que tem por tema "O Direito Administrativo Transnacional (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e as suas implicações

no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal".

Este tema é aliciante e da maior actualidade.

É hoje evidente que, desde logo, o Direito Público – e no que mais particularmente agora nos interessa, o Direito Administrativo – não se esgota no Direito privativo dos Estados ou no Direito Internacional Clássico, tendo ganho por último uma acentuada dimensão transnacional que tem de ser plenamente reconhecida e compreendida.

Essa sua dimensão transnacional tem vindo a acompanhar de perto os fenómenos da globalização e da regionalização interestadual, bem como as alterações de concepção do mundo-de-vida jurídico-político por último verificadas, mais acentuadamente desde o final do século XX, que conduziram a uma progressiva relativização da soberania estadual.

Mais particularmente, essa dimensão transnacional do Direito Público e do Direito Administrativo traduz um fenómeno de surgimento de novos espaços jurídicos – espaços jurídicos comuns – que intersectam, total ou parcialmente, com a realidade de vários Estados; de espaços que valorizam a realização de interesses públicos – interesses públicos comuns – que não se confundem com os estaduais ou vão para além destes; de espaços que procuram responder a problemas que – no âmbito de uma Sociedade de Risco – atravessam as fronteiras de vários Estados; de espaços que se desvinculam ou dissociam (mais ou menos significativamente) dos poderes estaduais; de espaços que, enfim, são geradores de normas de Direito Público e de Direito Administrativo Comum, com origens diferentes, que tendem a relevar ou a impor-se, de modo simultâneo e uniforme, em vários ordenamentos jurídicos estaduais, num contexto global ou em âmbitos regionais mais ou menos alargados, mais ou menos coerentes entre si.

Sobre tudo isto iremos reflectir ao longo deste Colóquio, primeiro em termos gerais e depois, selectivamente (porque o tempo de que

dispomos não nos permite ir mais longe), com referência às importantes questões da Contratação Pública, da Cooperação Transfronteiriça e da Regulação das Actividades de Risco ou de Perigo.

Mas, a importância deste Colóquio é ainda função de um outro relevante aspecto. É que nele, para tratamento das várias dimensões do Direito Administrativo Transnacional, iremos contar com a intervenção de muito qualificados oradores que são profundos conhecedores dos temas em debate e, em geral, com a participação de alguns dos mais relevantes académicos administrativistas de Espanha e de Portugal, assegurando no seu conjunto a mais elevada qualidade deste evento científico.

Aos Moderadores, Oradores e Participantes neste Colóquio renovo os meus agradecimentos por toda a colaboração dada.

E não posso também deixar de dirigir uma palavra de muito sentido agradecimento a uma larga Equipa de Colaboradores que, dentro desta Universidade, no cumprimento de tarefas muito diversas, mas todas muito relevantes, contribuíram de modo determinante, com a sua competência e dedicação, para tornar possível a realização deste Colóquio.

Termino, fazendo votos de que todos os que aqui estamos possamos tirar o máximo proveito deste encontro científico que agora vai começar. Estou certo de que assim será, porque julgo que estão criadas todas as condições para tanto.

Muito obrigado.

Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de
Professores de Direito Administrativo

INTERVENÇÃO DO PRESIDENTE ESPANHOL DOS COLÓQUIOS LUSO-ESPANHÓIS DE PROFESSORES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Celebramos el XII Coloquio luso-español de Profesores de Derecho administrativo en la Universidade Lusíada de Lisboa. Elogio merece que haya asumido esa responsabilidad, haciendo honor a lo que su nombre significa en la historia de Portugal y el espíritu de sus forjadores. Agradecimiento, por tanto, que personifico en el profesor Doutor Afonso d´Oliveira Martins y hago extensivo a todos sus colaboradores. También un agradecimiento personal, si se me permite la licencia, por el otorgamiento del doctorado "honoris causa" que se me ha concedido en un acto académico inolvidable. Entiendo que con esa magnánima distinción ha querido expresar de algún modo la significación de estas reuniones académicas de profesores de Portugal y España.

Su mantenimiento no se debe a la relación de amistad generada por estancias de estudio de profesores en Portugal o en España como ha sucedido con análogas reuniones entre profesores españoles e italianos, en lo que tuvo mucho que ver la institución del Real Colegio Español en Bolonia. Era razonable que, dada nuestra cercanía, surgiesen iniciativas de encuentro científico. Sin pretender la exhaustividad, recordaré los esporádicos intercambios entre las Universidades de Coímbra y Santiago de Compostela. Precisamente en esta ciudad habría que situar la prehistoria de estos coloquios. En unas Jornadas organizadas por la Escuela de

Administración Pública coincidieron, si la memoria no me falla, entre otros colegas, Freitas do Amaral y López Rodó, traductor temprano del Tratado de Marcelo Caetano. Han sido los promotores, como expuse hace cuatro años al inicio del X Coloquio en la Universidad Nova de Lisboa, que tanto debe a mi caro apresentador en el referido doctorado.

Ha transcurrido unos cuantos años. El próximo, si Dios lo permitiere y se mantiene el mismo impulso y, por qué no subrayarlo, la misma ilusión con que se inició, tendrá lugar cuando en el intermedio se cumplirán veinticinco años desde el comienzo de esta aventura académica. Un dato suficientemente representativo para colocar una piedra miliar que marque hasta donde ha llegado el trayecto recorrido y el punto de partida para el que pueda recorrerse en el futuro. En definitiva, un ciclo vital que invita a una somera reflexión.

En estas doce ediciones de los Coloquios se han tratado temas centrales del Derecho administrativo, que han servido para el intercambio y contraste de opiniones sobre sus instituciones desde la perspectiva de los correspondientes ordenamientos jurídicos: contencioso-administrativo, contratación pública, responsabilidad patrimonial, servicios públicos y privatizaciones, colaboración transfronteriza, autorización y concesión, regulación económica, crisis económico-financiera, energía eléctrica… La integración de los dos países en la Unión Europea ha acentuado el interés común en la elección y tratamiento de los temas, tendencia que se pone de manifiesto en el presente coloquio.

El carácter supranacional del Derecho administrativo es hoy ya una realidad. Es una exigencia para España y Portugal, por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea y constituye una evidencia en un mundo globalizado. No me compete desarrollar la idea en esta sesión de apertura; solo expresar el total acuerdo con esa orientación que he mantenido en libros y artículos y que nos obliga a revisar el Derecho que hemos recibido de nuestros maestros. Sí me incumbe la obligación de justicia de elogiar a los coordinadores y a ponentes y comunicantes que contribuirán a un libro merecedor de ser calificado de hito en la serie de los Coloquios. Podría ser

una referencia para el futuro. Pensando en él quizá sea hora de intentar un esfuerzo adicional a lo hasta ahora realizado: trabajar conjuntamente para llevar a cabo propuestas de reforma de las instituciones. No hace mucho en Portugal y en España se han aprobado leyes de procedimiento administrativo; una ocasión perdida en la dirección apuntada.

El éxito de estos Coloquios y no dudo en calificarlo, como mínimo, por su continuidad es todavía más notable porque no cuentan con una estructura que les proporcione soporte. No hay por qué entretenerse en la búsqueda de su naturaleza jurídica. Una fórmula abierta a quien quiera participar, como revelan los colegas de diferentes generaciones y escuelas que han participado en los coloquios. En definitiva, no son más que la expresión misma de la institución universitaria, desde sus comienzos.

Este XII Coloquio, de algún modo, como decía al principio, culmina un ciclo vital. Quienes hemos tenido el honor de ser sus presidentes – el profesor Freitas do Amaral, desde el principio – debemos dejarlo a quienes en todos estos años han desarrollado una actividad generosa, de fundamental eficacia para la subsistencia de los coloquios: los profesores Fausto de Quadros y José Luis Martínez López Muñiz. La cordialidad que ha presidido toda la vida de los coloquios hará hacedera su continuidad. Por todo, quedo muito obrigado, en la expresión de la lengua portuguesa da que tanto gosto. Enhorabuena, parabens.

José Luis Meilán Gil
Profesor Catedrático Emérito de la Universidad da Coruña
Presidente español de los Coloquios Hispano-Portugueses de Profesores de Derecho Administrativo

INTERVENÇÃO DO PRESIDENTE PORTUGUÊS DOS COLÓQUIOS LUSO-ESPANHÓIS DE PROFESSORES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Magnífico Reitor, Senhor Professor Meilán Gil, Senhores Professores, Senhores Estudantes:

É com muita satisfação e alegria que tomo a palavra nesta sessão de abertura do 12.º Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo.

Gostaria de evocar, antes de mais, a memória do saudoso Professor Laureano López Rodó, que foi quem me propôs a organização do primeiro colóquio, então promovido em Madrid e, desde então, os colóquios foram-se realizando de dois em dois anos, ora em Portugal, ora em Espanha, alternadamente, sempre em universidades diferentes.

Eu gostaria também de assinalar, a propósito do 12.º Colóquio que tem lugar na Universidade Lusíada, que é a primeira vez em Portugal que um destes colóquios é organizado e se realiza numa universidade privada. Isto partindo do princípio de que a Universidade Católica não é pública, nem privada, é concordatária. Mas, de facto, ninguém teve dúvidas, entre os presidentes e os coordenadores destes colóquios, de que a Universidade Lusíada era a instituição privada que merecia ser a primeira a organizar, também, um Colóquio luso-espanhol de professores de Direito Administrativo.

Já lá vão 24 anos! É pouco na vida de um país, é bastante na vida de uma pessoa, é muito na vida de organizações deste género, que têm uma grande tendência para definhar em meia dúzia de anos. Em 24 anos, 12 colóquios, é alguma coisa de que eu acho que todos, toda a comunidade jurídica espanhola e portuguesa, nos podemos orgulhar. O Senhor Professor Meilán Gil passou a ser o copresidente da parte espanhola, por morte do Professor Laureano López Rodó, e trouxe-nos não só as suas excecionais qualidades de jurista, mas também a sua longa e brilhante carreira de homem público e a sua extrema qualidade humana. Com isto, queria também agradecer e, de uma forma muito profunda, o trabalho inexcedível e, por vezes, excessivo que tem recaído sobre os coordenadores espanhol e português, o Professor José Luis López-Muñiz, aqui presente, de Valladolid, e o Professor Fausto de Quadros, também aqui presente, da Universidade de Lisboa. À medida que o tempo foi passando, os presidentes foram delegando cada vez mais tarefas nos coordenadores e hoje, se se pode dizer que a alma e a bandeira estão nas mãos dos presidentes, a verdade é que o coração que faz pulsar e viver esta instituição está, fundamentalmente, nos coordenadores e no excelente acolhimento que os professores de direito administrativo espanhóis e portugueses têm dado aos nossos colóquios.

Estes colóquios não têm uma existência jurídica, não há aqui nenhuma pessoa coletiva, não há nenhum estatuto, não há aqui senão uma organização informal, que decide por consenso e que tem funcionado primorosamente. O que mostra que, pelo menos em matéria de cooperação universitária, não é preciso regulação, ou melhor, não é necessária a heterorregulação. A autorregulação informal chega muito bem e tem produzido excelentes resultados. Estão, aliás, todos ou quase todos publicados os textos apresentados a estes colóquios. Neles têm sido abordados os temas que em cada ano são mais atuais, ou mais difíceis, e em que Portugal e Espanha têm posições mais próximas ou mais distantes. Tudo isso tem enriquecido, e muito, esta instituição.

Lembro-me de Maurice Hauriou e da sua definição de instituição como «ideia de obra ou de empreendimento que nasce e perdura no meio social». É, de facto, aquilo que nós temos tido e que, para além da utilidade prática para quem lê as atas dos colóquios, os nossos encontros frequentes têm tido, também, a riqueza humana de ter aproximado muito os professores de Direito Administrativo portugueses e espanhóis. Caso contrário, poderiam passar uma vida sem se conhecer, ao menos pessoalmente. Tenho

criado muitos, muitos amigos, com colegas espanhóis. E todos os que estamos ligados à sua organização somos hoje bons amigos uns dos outros. Estão aqui pessoas, do lado português e colegas do lado espanhol que acompanham estes colóquios desde o primeiro, efetuado em 1992, desde há 24 anos. É, de facto, notável! Não sei se haverá muitas outras disciplinas universitárias, jurídicas ou não jurídicas, em que existam colóquios destes, mas este está aqui. Talvez tenha sido pioneiro, pelo menos no âmbito do direito foi, e oxalá se mantenha, ou melhor, tem de ser um compromisso formal de todos nós que se mantenha, que continue, que frutifique e que possa continuar a produzir os magníficos efeitos que tem produzido.

Apenas duas palavras para terminar. Uma, para explicar aos colegas portugueses e espanhóis que numa organização com três sessões (sexta de manhã, sexta à tarde e sábado de manhã) não é possível chamar todos aqueles que gostariam de participar; mas temos feito um esforço, sobretudo os coordenadores têm feito um esforço para fazer uma certa rotação entre faculdades, e entre professores de cada faculdade, de maneira a que todos tenham oportunidade de participar. De facto, não é possível, neste formato, deixar todos aqueles que desejariam fazê-lo. Todos os que estão, merecem, mas nem todos os que merecem, estão.

A segunda palavra, é para vos pedir sinceras desculpas pelo facto de não poder moderar a primeira sessão como estava previsto. Acontece que, por motivo de força maior, eu vou ter de sair depois desta sessão inaugural. Pediria, assim, ao coordenador português, Sr. Prof. Doutor Fausto de Quadros, que fizesse o favor de me substituir nessa moderação. Espero que possamos contar também com a moderação do Sr. Prof. Doutor José Luis Meilán Gil, como está combinado. Se Deus quiser, cá estarei amanhã para as nossas despedidas e, na esperança de que seja possível, como é da tradição, anunciar na sessão de encerramento onde se realizará o próximo colóquio, em 2018, algures em Espanha. Para todos vós, os meus sinceros votos de um excelente trabalho neste 12.º Colóquio. Muito obrigado.

Diogo Freitas do Amaral
Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Presidente português dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores de Direito Administrativo

I - TEMA INTRODUTÓRIO: O IMPACTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS E ESPANHOL: QUESTÕES GERAIS

(1.ª SESSÃO)

Moderadores

Prof. Doutor José Luis Meilán Gil
Professor Catedrático Emérito da
Universidade da Corunha
Presidente espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis
de Professores de Direito Administrativo

Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa
Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis de Professores
de Direito Administrativo

O IMPACTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SEM FRONTEIRAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

Vasco Pereira da Silva
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professor Catedrático Convidado da Universidade Católica Portuguesa.

Introdução

Começo por dizer que é, para mim, uma honra e um prazer participar neste XII Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, subordinado ao tema «O Direito Administrativo Transnacional (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal», sendo esta 1ª Sessão, dedicada a um «Tema Introdutório: O Impacto do Direito Administrativo Internacional no Direito Administrativo Português e Espanhol». E isto, por um lado, por razões afetivas, que me ligam a este Colóquio Luso-Espanhol desde a sua primeira edição, em Madrid. Por outro lado, por razões de ordem teórica, uma vez que o Colóquio versa, não só sobre um dos "temas de ponta" do moderno Direito Público, que tem obrigado à adoção de novas metodologias e construções dogmáticas no Direito Administrativo (e o mesmo se poderia dizer do Direito Constitucional), mas também porque constitui uma das matérias de minha predileção, à qual me tenho vindo a dedicar, há já bastante tempo.

Começo por uma questão de ordem terminológica: a denominação

que adoto (há já cerca de 30 anos) para designar o tema em análise é a de «Direito Administrativo sem Fronteiras». Julgo tratar-se de uma expressão sugestiva e ampla, capaz de abarcar com vantagem, por si só, todas as múltiplas denominações utilizadas neste domínio (v.g. Direito Administrativo Transnacional, Direito Administrativo Internacional, Direito Internacional Administrativo, Direito Global). E na minha perspetiva, este «Direito Administrativo sem Fronteiras» apresenta três dimensões fundamentais: a do Direito Administrativo Comparado, a do Direito Administrativo Global e a do Direito Europeu. Tal a lógica da esquematização deste texto, que se divide nas seguintes partes:

1. Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras
2. As Três Vertentes do Direito Administrativo sem Fronteiras:
2.1. O Direito Administrativo Comparado
2.2. O Direito Administrativo Global
2.3. O Direito Administrativo Europeu
3. Síntese sem Fronteiras: o Impacto no Direito Administrativo Português

1. Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras

O Direito Administrativo é, na sua origem, de carácter nacional[1]. Na verdade, um dos elementos caracterizadores típicos da "Administração Agressiva" (BACHOF) do Estado Liberal, nos tempos da "infância difícil" do Direito Administrativo, era o da sua ligação ao Estado-nação. Conforme escreve CASSESE, «os direitos administrativos são historicamente filhos dos Estados nacionais. As Administrações públicas pertencem a uma comunidade estadual, dependem estruturalmente dos governos nacionais e são reguladas por lei, à qual estão submetidas,

1 Vide o meu texto anterior sobre esta matéria, do qual se retiraram, com as necessárias adaptações e modificações, alguns trechos. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Do Direito Administrativo Nacional ao Direito Administrativo sem Fronteiras (Breve Nota Histórica)», in VASCO PEREIRA DA SILVA / INGO WOLFGANG SARLET, «Direito Público Sem Fronteiras» ("e-book"), ICJP, Lisboa, 2011, http://www.icjp.pt/publicacoes

por causa do princípio da legalidade. Os direitos administrativos são, por isso, direitos essencialmente estatais»[2].

Tal não significava, porém, o total alheamento da doutrina administrativa clássica relativamente ao que se passava no ordenamento jurídico de outros Estados. Veja-se o caso de um dos "pais-fundadores" do Direito Administrativo, OTTO MAYER, cujas duas obras mais emblemáticas versam sobre o Direito Administrativo Francês e sobre o Alemão – respectivamente, «Theorie des Französischen Verwaltungsrecht», e «Deutsches Verwaltungsrecht».[3] Mais, OTTO MAYER considera ser necessário começar por estudar aprofundadamente o Direito Administrativo Francês e, só depois, é que se julga estar em condições para "construir" o Direito Administrativo Alemão.

O Direito Administrativo Francês constituíu assim uma "fonte inspiradora" da construção jurídica, elaborada por OTTO MAYER, para o Direito Alemão. Conforme escreve OTTO MAYER, no prefácio à 1.ª edição do «Direito Administrativo Alemão», «ali [em França] havia um novo Direito perfeito, tal como resultou da fornalha da Revolução (…), aqui [na Alemanha] uma transição gradual e sempre impregnada de restos do Direito antigo que permanecem»; «lá, por causa dessas condições, uma doutrina acabada, com uma espantosa uniformidade entre os autores»[4]. Acrescentando ainda que, em França, «todos os conceitos eram recebidos já prontos, eu só tinha que lhes dar uma outra expressão e ordenação. Quem pode afirmar que a nossa ciência do direito alemã já tinha chegado a um resultado semelhante ou apenas aproximado?»[5].

O objectivo confessado por OTTO MAYER é o de partir do Direito Administrativo Francês para construir o Alemão, o que implicava, já então, a adoção de uma visão comparatista" ou global"[6]. Assim, depois

2 CASSESE, «Gamberetti, Tartarughe e Procedure. Standard Globali per i Diritti Amministrativi Nazionali», in SABINO CASSESE, «Oltre lo Stato», , Editori Laterza,, Roma, 2006,, p. 72.

3 OTTO MAYER, «Theorie des Französischen Verwaltungsrecht», «Deutsches Verwaltungsrecht», 1.º volume, Von Duncker & Humblot, 6ª. edição (reimpressão da 3.ª edição, de 1924), Berlin, 1969

4 OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.º vol., cit., «Prefácio», p. V.

5 OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.º vol., cit., «Prefácio», p. V.

6 Diga-se, de passagem que a própria expressão "global" é mesmo antecipada" por OTTO

de se interrogar, outra vez, se não seria «mais correcto tratar do todo, afim de a partir dele construir unitariamente pontos de vista globais»[7], acaba, por concluir que já é tempo de "arriscar" a "construção" do Direito administrativo Alemão. E remata o Prefácio, dizendo que «então, disse para mim mesmo: "seja o que Deus quiser" e fiz o meu melhor»[8].

Outro "pai-fundador" do Direito Administrativo, EUGÈNE LAFERRIÈRE, no seu «Traité de de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux», revela também a adoção de uma perspectiva comparatista e global[9]. Na verdade, a primeira parte deste seu livro («Livro preliminar») intitula-se «Noções Gerais e Legislação Comparada», a qual se divide em dois capítulos, o primeiro sobre «Noções gerais», o segundo sobre «Legislação Comparada» (que vai da página 26 até à 106). E o estudo da legislação comparada é tão variado, que abrange: «I - Espanha», «II - Alemanha. Legislação Federal», «III - Prússia», «IV - Outros Etados da Alemanha (Baviera, Wutemberg, Bade, Saxe-Royal)», «V - Áustria-Hungria», «VI - Suíça», «VII - Bélgica», «VIII - Itália», «IX - Inglaterra», «X - Estados Unidos da América».

Igualmente "cosmopolita" é ROGER BONNARD, que denomina mesmo a sua obra sobre o Processo Administrativo com o sub-título de «Estudo de Direito Administrativo Comparado» («Le Côntrole Juridictionnel de l' Administration – Étude de Droit Administratif Comparé»[10]). Nessa obra, pode-se encontrar uma II Parte, intitulada «Os Órgãos de Controlo Jurisdicional da Administração nas Legislações Administrativas»[11], onde se compara o controlo da Administração na «Inglaterra e Estados Unidos» (Secção I), em «França» (Secção II), na «Jugoslávia» (Secção III), na «Bélgica» (Secção IV), em «Itália»

MAYER, que a utiliza expressamente nestas suas reflexões (OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.º vol., cit., «Prefácio», p. V).

7 OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.º vol., cit., «Prefácio», p. V.

8 OTTO MAYER, «Deutsches V.», 1.º vol., cit., «Prefácio», p. V.

9 EUGÈNE LAFERRIÈRE, «Traité de de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux», tomos I e II, L.G.D.J., Paris, 1989 (reimpressão da edição de 1887, Berger-Levrault, Paris).

10 ROGER BONNARD, «Le Côntrole Juridictionnel de l' Administration – Étude de Droit Administratif Comparé», (reimpressão da edição de 1934, Éd.Delagrave), Dalloz, Paris, 2006.

11 ROGER BONNARD, «Le Côntrole J. de l'A. – É. de D. A. C.», cit., p. 125 e ss. (até ao final do livro, p. 261).

(Secção V), na «Grécia» (Secção VI), na «Roménia»(Secção VII), na «Alemanha» (Secção VIII), na «Suíça» (Secção IX), na «Áustria» (Secção X), na «Polónia e Checoslováquia» (Secção XI).

Nos antípodas desta visão de "abertura ao mundo", revelada por alguns autores clássicos, encontra-se MAURICE HAURIOU. No seu famoso «Précis de Droit Administratif e de Droit Public»[12], o Direito Comparado é utilizado em apenas duas escassas páginas do respectivo capítulo introdutório, servindo para afirmar a superioridade do "sistema francês", quando comparado com o sistema inglês. Posição esta de alguma "xenofobia jurídica", bem patente na própria "arrumação" da matéria escolhida, em que a afirmação da "superioridade moral" francesa surge no «Título Preliminar – Definições», que abrange um «Capítulo II, «O Direito Administrativo», cuja Secção III, «Valor e Prática do Direito Administrativo Francês», apresenta um parágrafo 1º., «Características Específicas do Direito Administrativo Francês»[13], e um parágrafo 2.º, «Valor Prático do Direito Administrativo Francês»[14].

Refira-se, no entanto, que a perspetiva comparatista, adotada pelos referidos autores clássicos, não corresponde ainda inteiramente a uma visão "sem fronteiras" Isto, porque esta visão comparatista tinha como objetivo a.afirmação de um Direito Administrativo Nacional, pelo que apenas se manifestava no "momento originário" da cosntrução doutrinária, mas que depois não se refletia no "dia a dia" do Direito Administrativo. Por outro lado, o tratamento do Direito Administrativo Estrangeiro era relativamente limitado, podendo ser considerado (perdoe-se-me a ironia) como uma espécie de "flor de espírito" da doutrina administrativista, à semelhança das "prendas" individuais (como "tocar piano" ou falar francês"), que correspondia mais a uma atitude de "diletância intelectual" do que a uma realidade jurídica operativa.

A situação actual do Direito Administrativo corresponde a uma mudança de paradigma, uma vez que se assiste não apenas

12 MAURICE HAURIOU, «Précis de Droit Administratif et de Droit Public» (reimpressão da 12.ª edição, Sirey, Paris), Dalloz, Paris, 2002.

13 MAURICE HAURIOU, «Précis de D. A. et de D. P.», cit., pp. 30 q 36.

14 MAURICE HAURIOU, «Précis de D. A. et de D. P.», cit., pp. 36 e 37.

ao conhecimento e à utilização comparada de sistemas jurídicos estrangeiros, como se verifica também a própria internacionalização do Direito Administrativo. A globalização económica, em que vivemos, trouxe consigo também a globalização jurídica, dando origem ao fenómeno novo do "Direito Administrativo sem Fronteiras".

Assiste-se, então, a uma perda da dimensão estadual do Direito Administrativo. O que resulta do «desaparecimento da ligação necessária do Direito Administrativo ao Estado, tão característica dos primórdios do nosso ramo de direito, não só do ponto de vista interno como, agora também, do europeu e mesmo do internacional[15]. Pois, do ponto de vista interno, para além da actividade administrativa já, de há muito, ter deixado de ser meramente estadual, passando a ser realizada por uma multiplicidade de entidades, de natureza pública e privada (ao ponto de se poder dizer, como NIGRO[16], que em vez de "Administração" se deve passar a usar a expressão "administrações", utilizando o plural), assiste-se também agora, do ponto de vista externo, ao surgimento de uma dimensão internacional de realização da função administrativa (nomeadamente, no âmbito de organizações internacionais), que leva a falar num Direito Administrativo Global, assente na ideia de "governança" ("governance"[17])».[18]

15 Neste sentido, vide entre outros SABINO CASSESE, «Diritto Amministrativo Comunitario e Diritti Amministrativi Nazionali», in CHITI / GRECO (coordenação) «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997, páginas 3 e seguintes; «Le Basi Costituzionali», in SABINO CASSESE, «Trattato di Diritto Amministrativo – Dirittto Amministrativo Generale», vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, páginas 159 e seguintes; «Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale», volumes I e II, Giuffrè, Milano, 2000; MARIO CHITI, «Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1999; «Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?», in «Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo», n.º 2, 2000, páginas 301 e seguintes; MARIO CHITI / GUIDO GRECO, «Trattato di Diritto Amministrativo Europeo», Giuffrè, Milano, 1997.

16 MARIO NIGRO, «Trasformazioni dell' Amministrazioni e Tutela Giurisdizionale Difeferenziata», in «Rivista di Diritto e Procedura Civile», Março de 1980, n.º 1, página 22.

17 DOUGLAS LEWIS, «Law and Governance», Cavendish, London / Sydney, 2001; ARMIN VON BOGDANDY «Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkesrechts – eine Bestandsaufnahme», in «Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Rechts und Völkesrecht», n.º 853, 2002 páginas 63 e seguintes, SABINO CASSESE, «Global Standards for National Administrative Procedure», 2005 http://law.duke.edu/journals/lcp .

18 VASCO PEREIRA DA SILVA, «Viagem pela Europa do Direito Administrativo», in «Cadernos de Justiça Administrativa», n.º 58, Julho / Agosto, 2006, páginas 60 e seguintes.

As três principais vertentes da "internacionalização" do Direito Administrativo são (em sentido crescente): o Direito Administrativo Comparado, o Direito Administrativo Global, o Direito Administrativo Europeu. Vertentes estas cujo nível de acentuação e de desenvolvimento difere de país para país, de acordo com especificidades próprias. Sirva de exemplo, a simples constatação de que a dimensão comparatista é tendencialmente mais acentuada em França, enquanto que a vertente global é tendencialmente mais forte no Reino Unido e nos E.U.A., ao passo que a vertente europeia é tendencialmente mais notória na Alemanha e em Itália.

2. As três vertentes do Direito Administrativo sem Fronteiras

2.1. O Direito Administrativo Comparado

Dimensão essencial do Direito Administrativo sem Fronteiras é a nova relevância dada ao Direito Comparado. Na verdade, o Direito Comparado deixa de ser apenas um elemento utilizado pela doutrina ou uma fonte de inspiração para o legislador, para passar a ser simultaneamente um instrumento operativo nas tarefas de interpretação e de aplicação das normas jurídicas e uma fonte autónoma de Direito Administrativo.

Esboçando uma esquematização válida também para outros países, escreve FABRICE MELLERRAY que a evolução do "argumento de direito comparado", no Direito Administrativo Francês, passa por três momentos, que são os seguintes:

1) «o tempo da justificação». Assim, «no início, para a maioria dos autores que utilizam a técnica comparativa ("la démarche comparative") do que se trata é de a utilizar para explicar a originalidade do Direito Administrativo Francês, quer dizer, historicamente a dualidade de jurisdições e o lugar ocupado pelo Conselho de Estado e pelo Direito que ele grandemente elaborou»[19]. Esta é uma posição utilitária do Direito Comparado,

19 FABRICE MELLERAY, «Les Trois Âges du Droit Administratif Comparé ou Comment l'

que visa obter um efeito de confirmação e de auto-legitimação das escolhas nacionais, O «Direito Comparado serve aqui para descrever, explicar, justificar, elaborar e testar uma teoria geral, mas não certamente para convidar a uma reforma do Direito Administrativo Francês»[20];

2) «o tempo da satisfação. Agora, passa-se da auto-legitimação para o auto-elogio, uma vez que os «trabalhos comparatistas conduzem habitualmente à constatação da superioridade do modelo francês e à sua celebração, revelando uma "autosatisfação ingénua ("autosatisfation naïve") e uma "ausência de modéstia»[21];
3) «o tempo da dúvida» Pois, em nossos dias, e ante a globalização introduzida no mundo do Direito, «é indesmentível que a influência jurídica francesa está em declínio». Na verdade, «o nosso Direito correspondia (...) à lógica de um Estado forte, ao liberalismo autoritário», que não existe mais. Em face das transformações do Direito Administrativo determinadas pela passagem do Estado Liberal ao Social, primeiro, e ao Pós-Social, depois, assim como pela mudança da lógica nacional para a global, instala-se a dúvida quanto a saber qual o modelo mais adequado, e ponderam-se as vantagens relativas de sistemas jurídico-administrativos "mais abertos", como o alemão ou o anglo-saxónico /FABRICE MELLERAY)[22].

A doutrina encontra-se numa posição contraditória, entre um passado pujante que se celebra, e um presente que não corresponde mais a essa realidade, e do qual só agora se começa a tomar consciência. Enquanto, por um lado, se tem «frequentemente a impressão de que o Direito Administrativo Francês se encontra habitualmente colocado numa postura de auto-satisfação, convencido da originalidade

Argument de Droit Comparé a Changé de Sens em Droit Administraif Français», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de Droit Comparé en Droit Administratif Françâis», Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 16.

20 FABRICE MELLERAY, «Les Trois Âges du D. A. C. ou C. l' A. de D. C. A C.de S. em D. A. F.», cit., in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F»,, cit.,, p. 18.

21 FABRICE MELLERAY, «Les Trois Âges du D. A. C. ou C. l' A. de D. C. A C.de S. em D. A. F.», cit., in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit.,, p. 18.

22 FABRICE MELLERAY,«Les Trois Âges du D. A. C. ou C. l' A. de D. C. A C.de S. em D. A. F.», cit., in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit.,, p p. 20

irredutível da sua construção, da sua eminente qualidade» (JEAN-BERNARD AUBY)[23], por outro lado, a realidade introduziu «um movimento de permeabilização dos sistemas jurídicos, um movimento de competição desses sistemas e um movimento de harmonização», decorrente dla globalização dos fenómenos jurídicos» (JEAN-BERNARD AUBY)[24].

A reação a este estado de coisas tem passado, por um lado, pela abertura ao Direito Comparado, por outro lado, na sua utilização de uma forma ainda não completamente adequada. Dir-se-ia, em termos "psicanalíticos", que se verifica um momento de auto-reconhecimento dos "traumas da infância difícil" do Direito Administrativo, mas que o paciente, que está disposto a encetar a terapia do Direito Comparado, não sabe ainda bem como fazê-lo.

Assim, a "abertura ao exterior", apontada por JEAN-BERNARD AUBY, manifesta-se, no Direito Francês, entre outras coisas, pela criação do Provedor de Justiça ("Médiateur) – por influência do."Ombudsman escandinavo" –, ou pela proliferação de autoridades administrativas independentes – por influência do sistema anglo-saxónico. Mas, simultaneamente, é forçoso admitir que.«o argumento de Direito Comparado é sempre seletivo, muitas vezes deformado, muitas vezes instrumentalizado e autojustificativo»[25]. O "argumento de Direito Comparado" é «seletivo», pois normalmente envolve apenas comparações com o sistema anglo-saxónico ou com o alemão; é «deformado», pois as informações nem sempre são corretas ou atualizadas; e é «intrumentalizado e autojustificativo», uma vez que «aqueles que o invocam acabam invariavelmente por sublinhar as particularidades irredutíveis do sistema francês» (JEAN-BERNARD AUBY)[26].

23 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface»,, in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit.,, p. 2.

24 JEAN-BERNARD.AUBY, «La Globalization, l' État et le Droit», Montchrestien, Paris, 2003, p. 78.

25 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit.,, p. 5.

26 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface»,, in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit., pp. 5, 6 e 7.

Em Portugal, a "abertura" ao Direito Comparado é provavelmente um pouco maior do que em França, mesmo se também, muitas vezes seletiva, deformada e autojustificativa. A definição dos economistas, de que Portugal é um"pequeno país com um economia aberta ao exterior", é válida e aplicável também ao domínio do Direito Administrativo, que pode ser considerado como um sistema "aberto ao exterior"

Na verdade, o Direito Português caracterizou-se, desde sempre, por uma importante dimensão comparatista, podendo a sua evolução recente ser caracterizada nas seguintes três fases:

1) A fase de influência dominante do Direito Francês, no período que vai desde os priórdios da Justiça Administrativa, mas em especial desde o início do século XX até à Constituição de 1976. Esta situação de "dependência" relativamente ao Direito Francês (tanto na lei, como na doutrina e na jurisprudência) não impedia, no entanto, uma clara divisão dogmática ao nível do ensino do direito, geográficamente delimitada, que permitia falar na "escola de Lisboa" (Marcello Caetano, Freitas do Amaral), onde era notória essa dependência francesa, e na "escola de Coimbra" (Afonso Queiró, Rogério Soares), muito mais marcada pela influência do Direito Alemão;
2) A fase de influência europeia continental, iniciada a partir da Constituição 76 e até à adesão à União Europeia. Esta fase é marcada por uma maior e mais diversificada abertura e permeabilidade aos sistemas jurídicos do continente europeu, especialmente aqueles que nos ficam mais próximos. Assim verifica-se uma grande influência do Direito Alemão (que é, provavelmente, a determinante), do italiano, do espanhol (muitas vezes ainda "recalcada" ou "inconsciente", mas real e efetiva), acompanhada de uma relativamente menor importância dada ao direito anglo-saxónico;
3) A fase de abertura plural e diversificada tanto aos sistemas de direito de ripo continental como aos anglo-saxónicos, que se verifica sobretudo a partir da adesão de Portugal à União Europeia (1985). Aqui, ao lado de uma acentuado reforço da dimensão europeia, e da consequente europeízação do Direito

> Administrativo Português, começa iguslmente a verificar-se uma evidente influência do Direito anglo-saxónico. (v. o surgimento das autoridades administrativas independentes, das "agências" administrativas, da privatização da Administração e consequente "fuga para o direito privado", da contratação administrativa, do estatuto dos "trabalhadores" públicos), conduzindo a uma verdadeira globalização do Direito Administrativo.

O atual estado de coisas obriga, no entanto, a proceder à distinção entre o que se passa ao nível da legislação e da jurisprudência, em que as referências ao Direito Comparado são também muitas vezes "selectivas, deformadas, instrumentalizadas e auto-justificativas", daquulo que se verifica ao nível da doutrina, em que é notória uma grande "abertura ao exterior", mesmo se é necessário proceder à distinção entre "manuais" e "dissertações", sendo os primeiros mais "paroquiais" e as segundas verdadeiramente "cosmopolitas" (o que torna possível afirmar que a doutrina portuguesa "tem mundo").

Em nossos dias, a doutrina encontra-se, tantas vezes, numa situação de transitóriedade. Se já se presta atenção às questões comparatísticas, ainda não se tomou «verdadeiramente consciência de que, em consequência da globalização, os nossos Direitos – os nossos Direitos Administrativos, como o resto do ordenamento jurídico – encontram – se submetidos a fenómenos de luta-de-braços ("brassage"), envolvidos em fluxos complexos de influência recíproca. Isto é particularmente verdade na esfera europeia, em que os Direitos Administrativos se influenciam reciprocamente, entram em concorrência para influenciar o Direito Europeu, são influenciados por este, etc.» (JEAN-BERNARD AUBY)[27].

Na verdade, se se tiver em conta os domínios de mais intensa globalização jurídica (seja no domínio do Direito Comercial Global, no quadro da Organização Mundial do Comèrcio, seja no domínio do Ambiente, seja, em geral. no âmbito do Direito Europeu), é forçoso

27 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit., pp. 9 e 10 – Vide também JEAN-BERNARD AUBY, «La Globalization, le Droit et l' État»,cit..

constatar que «os nossos Direitos Administrativos (…) não vivem mais de maneira independente. Eles encontram-se, cada vez mais, em situações de associados / rivais: um pouco ligados, um pouco concorrentes». Isto não significa que esses Direitos se encontrem necessariamente «envolvidos em processos de homogeneização muito profunda, mas antes que se confrontam, se impõem uns aos outros, assim como se aproximam por vezes de standards comuns». E é este aumento do «nível de confrontação dos sistemas jurídicos», que implica a necessidade de «saber como os outros evoluem, porque eles vão [necessariamente] encontrar-se no caminho» (JEAN-BERNARD AUBY)[28].

E é desta situação de permanente "confluência" de Direitos Administrativos que resulta a mudança de paradigma do Direito Comparado, que deixa de ser relevante apenas para efeitos doutrinários, para passar a relevar também para efeito da interpretação e aplicação de normas jurídicas, assim como tornar-se uma verdadeira fonte de direito. Dá-se assim, dir-se.ia, uma passagem da "vida contemplativa" à "vida activa" decorrente de «uma mudança profunda nos propósitos ("enjeux") do Direito Comparado. Tradicionalmente visto como exercício mais intelectual e teórico, este passa a ser dotado de propósitos, em grande medida, concretos, operacionais» (JEAN-BERNARD AUBY)[29].

No domínio do Direito Administrativo Global, a fluidez das normas internacionais obriga a um esforço de interpretação à luz da comparação entre as soluções de todos os países onde elas são aplicáveis, de modo a permitir a construção de princípios gerais, ou de "standards" interpretativos necessários para a sua aplicação e integração. O Direito Comparado torna-se assim uma fonte de Direito Administrativo Global.

É o que sucede, designadamente ao nível da União Europeia, quando «so Tribunal de Justiça se refere (...) aos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados membros, seja porque os tratados os convidam a

28 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit., p. 10.

29 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit.,, p.10.

isso, em matéria de responsabilidade contratual, seja decorrente da sua própria iniciativa, no quadro da jurisprudência "Algera" e "Brasserie du Pêcheur", ainda que tal não aconteça muito frequentemente» (JEAN-BERNARD AUBY)[30]. Ao fazer isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia assume uma função "criadora" de Direito (Administrativo) Euroepu, através da utilização do Direito Comparado.

Em síntese, o Direito Comparado para além da sua relevância doutrinária e de fornecimento de inspiração para o direito a constituir, tornou-se igualmente um mecanismo de interpretação e de integração de normas jurídicas, o que faz dele uma importante fonte de Direito Administrativo Global.

2.2. O Direito Administrativo Global

Na base da fundamentação teórica do Direito Administrativo Global, encontram-se dois casos paradigmáticos[31], curiosamente ambos ligados ao mar e às pescas, a saber: o caso do "atum azul" e o caso das "gambas e das tartarugas".

No caso do "atum azul" ("Southern Bluefin Tunna" / *Tunus maccoyii"*), conforme escreve SABINO CASSESE, a atividade da pesca do atum vai mostrar bem «como nasce um Direito Administrativo Global». O Tratado das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (aprovado em 1982 e que entrou em vigor em 1994) estabelece regras de protecção especial para certas espécies, como é o caso do atum (regulado em Anexo ao Tratado). Na sequência deste, surge em 1985 um Tratado celebrado entre a Austrália, o Japão e a Nova Zelândia, que estabelece regras para a protecção do atum; o qusl é seguido por outro, em 1993, assinado também por outros países mais, que institui uma Comissão para a Proteção do Atum Azul («Commission for the Conservation of the Southern Bluefish Tuna»), a qual por sua vez dará origem, em 2001, a uma Comissão Alargada («Extended Commision»),

30 JEAN-BERNARD AUBY, «Preface», in FABRICE MELLERAY, «L' Argument de D. C. en D. A. F», cit., p. 8.

31 SABINO CASSESE, «Il Diritto Amministrativo Globale: una Introduzione», in SABINO CASSESE, «Oltre lo Stato», Editori Laterza, Roma, 2006, p. 38.

constituída por um maior número de membros, e que é composta tanto pelos Estados aderentes ao Tratado como pelas"entidades pescadoras" ("entities or fishing entities"). Esta Comissão é uma típica autoridade administrativa, de composição mista público-privada, e que exerce funções de natureza administrativa, nomeadamente de controlo e de fiscalização da pesca do atum, só que a um nível global (e não nacional).

Sucedeu que, em 1998 e em 1999, o Japão iniciou um programa de pesca do atum, que excedia os limites fixados pela Comissão. Em razão da contestação desta atuação, sobretudo pela Austrália e pela Nova Zelândia, é desencadeada a intervenção de um tribunal arbitral, previsto nas convenções internacionais. Além disso, a Nova Zelândia adoptou também medidas unilaterais de retaliação contra o Japão (v.g. a proibição do acesso de barcos japoneses às suas águas). Dá-se, então, início a uma"controvérsia jurídica", que dizia respeito tanto às sanções unilaterais como às previstas nos tratados.

Esta é uma questão "típica" de Direito Administrativo, só que de contornos globais e já não nacionais. Na verdade, conforme escreve SABINO CASSESE, este caso possui «todos os traços distintivos do Direito Administrativo. Existe uma organização dotada de poderes de autoridade, e ela toma decisões jurídicas directamente aplicáveis mesmo a outros sujeitos [que não os destinatários]. Por último, existem juízes chamados a dirimir as controvérsias que surgem entre os sujeitos regulados»[32].

Mas esta é também uma questão jurídica algo diferente das dos clássicos Direitos Administrativos nacionais (mesmo se, em nossos dias, este "novo formato" se tem vindo, cada vez mais, a generalizar). Segundo CASSESE, as principais diferenças são as seguintes:

1) as normas aplicáveis decorrem de múltiplas fontes autónomas, cada uma delas independente das outras, além de situadas a níveis diferentes, mas cuja aplicação em simultâneo conduz à «ausência de exclusividade entre regimes internacionais». De fato, a "Comissão do atum" «não aplica só as normas do Tratado que a instituíu, mas também disposições adoptadas por

32 SABINO CASSESE, «Il Diritto A.G; una I.», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit, p. 42.

outra organização internacional», verificando-se aqui a «ligação entre três distintas ordens internacionais»(CASSESE)[33], sendo certo que essas ordens internacionais se misturam ainda com as distintas ordens nacionais;

2) a relativa indistinção entre regulação e auto-regulação, assim como a ausência de "hierarquia" entre reguladores e regulados (pois, os Estados encontram-se, simultaneamente, em ambas as posições). Verifica-se aqui, portanto, um «alto grau de auto-regulação, na medida em que o regulador e os regulados estão no mesmo plano»[34];
3) a grande importância atribuída às comissões independentes ou comités técnicos, enquanto sujeitos administrativos, a que acresce a elevada complexidade técnica, tanto dos problemas a resolver como das normas aplicáveis, assim como das próprias decisões a serem tomadas;
4) a «linha de distinção entre público e privado é pouco nítida», pois da Comissão Alargada ("Extended Commision) fazem parte tanto os Estados membros, como as entidades piscatórias ("fishing entities"), os quais tanto podem ser organismos públicos como privados»(CASSESE)[35].

No caso das "gambas e das tartarugas", estava em causa uma decisão dos Estados Unidos da América, de 1989, de impôr o embargo à importação de gambas provenientes de países que não respeitem as regras relativas à protecção das tartarugas marinhas. Segundo as autoridades nacionais americanas, «as gambas não eram uma espécie em extinção e, por isso, protegida mas as tartarugas marinhas eram-no. O acto era, pois, fundamentado numa justa preocupação de salvaguarda de uma espécie em vias de extinção» (CASSESE)[36]. Esta decisão administrativa norte-americana foi contestada jurisdicionalmente pela Índia, pelo Paquistão, pela Malásia e pela Tailândia, alegando a violação das normas do comércio internacional (GATT).

33 CASSESE, «Il Diritto A.G; una I.», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit, pp. 42 e 43.
34 CASSESE, «Il Diritto A.G; una I..», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit, p. 43.
35 CASSESE, «Il Diritto A.G; una I..», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit,, p. 43.
36 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. , p. 68.

Deste caso de Direito Administrativo Global, resultou uma decisão jurisdicional pioneira, que declarou a ilegalidade da decisão das autoridades norte-americanas, tanto por violação de regras procedimentais (direito de audiência) como substantivas (princípio da proporcionalidade).

Assim, por um lado, o tribunal considerou que a decisão nacional em causa não seguiu as regras do «procedimento justo ("due process"). Este princípio, habitualmente estabelecido apenas em leis nacionais, faz assim o seu ingresso nos Direitos Administrativos nacionais por outra via, por estar estabelecido em sede internacional, para ser depois aplicado no âmbito nacional» (SABINO CASSESE)[37] O que significa a criação jurisdicional de "standards" de decisão tanto substantivos como processuais, considerando que o Direito Global implica «obrigações de consulta e de transparência, de respeito pelo "justo procedimento" (*due process*), de garantia dos meios judiciais (*judicial review*), quer dizer, o reconhecimento do Direito nas relações entre Administrações Públicas, habitualmente apenas reservados aos cidadãos do próprio país» (CASSESE)[38]. Abrem-se assim as portas, tanto ao alargamento dos sujeitos procedimentais nacionais (v.g. das empresas privadas norte-americanas importadoras de gambas, que têm um interesse coincidente com o dos pescadores de gambas estrangeiros), como à criação de procedimentos internacionais, de forma a permitir a audição de lesados estrangeiros.

Mas a decisão judicial vai ainda mais longe, considerando também a ilegalidade material da decisão administrativa, ao entender que a proibição de importação de gambas não tem nada a ver com a proteção de tartarugas, pelo que é desadequada e desproporcional ("arbitrary and capricious"). O que significa considerar que o Direito Global está submetido a regras e princípios materiais substantivos, à semelhança dos vigentes à escala nacional.

37 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. ,, p. 70.

38 SABINO CASSESE,«Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. ,, p. 71.

Ora, o que estes dois casos paradigmáticos vêm mostrar, é a descoberta e o desenvolvimento de um novo Direito Administrativo Global, regulado por normas e princípios de origem internacional mas similares aos do Direito Administrativo (estadual), que correspondem ao exercício da função administrativa para além das fronteiras do Estado, entre entidades administrativas e particulares, e que se encontram submetidos a um controlo jurisdicional por parte de autoridades independentes. Ou, na formulação de SABINO CASSESE, trata-se de um Direito Administrativo «não ligado ao Estado, mas a Administrações globais», regido por «regras globais, produzidas por tratados ou organizações internacionais, mas dirigidas aos Estados e aos privados interessados», o quaç é distinto tanto do Direito Administrativo Internacional como do Direito Internacional Privado Administrativo (SABINO CASSESE)[39].

Estas entidades reguladoras globais são cada vez mais *frequentes* – em domínios como os do comércio, das finanças, do ambiente, da pesca, da utilização de recursos marinhos, da navegação marítima e aérea, da agricultura, da alimentação, dos correios e telecomunicações, da propriedade intelectual, do espaço, da energia nuclear, das fontes energéticas, podendo dizer-se «que não existe qualquer domínio da acção humana onde não se encontre uma qualquer forma de disciplina supraestadual ou global» (CASSESE)[40] –, e mais *numerosas,* sendo que «o seu número actual varia segundo o critério utilizados na sua definição». Em 2004, com explica o autor,, com base num critério mais restrito, o seu número era de 245, segundo um mais amplo seria o de 1988, segundo um outro ainda mais amplo seria o de 7 306 (CASSESE)[41].

Todas estas entidades dão origem a uma "Administração Global em rede", que funciona mediante o relacionamento direto de todos os organismos conetados (sejam internacionais ou nacionais), sem a necessidade de intervenção dos Estados nacionais. Veja.se o caso da Organização Mundial de Saúde, que trata diretamente com as

39 SABINO CASSESE «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit., p. 73.

40 CASSESE, «Il Diritto A.G; una I.», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit., p. 44.

41 CASSESE,«Il Diritto A.G; una I.», in SABINO CASSESE. «Oltre lo S.», cit., p. 45. O número é considerável, sobretudo tendo em consideração o número total de Estados com assento na ONU, que é de 191.

autoridades administrativas no domínio da saúde, de forma a combater epidemias globais. Aqui, não se trata já, de relações entre os Estados e a OMS, mas entre esta e as próprias autoridades dos diferentes serviços nacionais de saúde, bem como destes entre si, que estabelecem relações jurídicas multilaterais globais, no exetcício da função administrativa da saúde à escala global.

O Direito Administrativo Global apresenta um conjunto de caraterísticas próprias (que o distinguem do nacional), e das quais as principais são as seguintes:

1) multipolaridade de poderes e pluralidade de ordens jurídicas. Enquanto os direitos administrativos nacionais «giram em volta de um só pólo, o Estado ou o governo nacional» (ou mais do que um, se se tratar de um Estado federal), de acordo com uma lógica piramidal, «pelo contrário, o Direito Administrativo Global é multipolar», assentando numa «pluralidade de autoridades públicas, colocadas a diversos níveis, mas não numa relação de hierarquia» (SABINO CASSESE)[42]. Em consequência, «não há uma ordem prevalecente, como a do Estado, que se afirmou sobre todos os outros poderes nos ordenamentos estaduais internos. Aqui, existem autoridades sectoriais e, muitas vezes, apenas redes sectoriais de autoridades nacionais. Por esse motivo, toda a problemática, típica do Estado, das relações entre Estado e periferia, não se aplica ao Direito Administrativo Global» (SABINO CASSESE)[43]. É por isso, que é preferível «falar em *governance*, em vez de *governo* (*"government*"), no sentido de que existe a actividade ou o efeito de governar, mas não a instituição, ou o estatuto jurídico ("o di regimi"), pretendendo com este termo significar que as ordens internacionais ("ordini internazionali") não se encontram ainda estruturadas ou evoluídas como se se tratasse de verdadeiros e próprios ordenamentos internacionais

42 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit., p p. 88 e 89.

43 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit., p. 88.

("ordinamenti internazionali")» (SABINO CASSESE)[44];

2) lógica própria de organização (e de repartição) de poderes no Direito Administrativo Global (que é distinta da "separação" ou "divisão" de poderes" existente ao nível dos Estados). Caraterístico do Direito Administrativo Global é, desde logo, «um forte poder normativo, tanto mais que no ordenamento jurídico global existe um grande número de prescrições normativas». Pelo contrário, «o poder executivo,é em regra pouco desenvolvido, uma vez que, por motivos diversos, as ordens sectoriais do ordenamento servem-se dos executivos estaduais, ou utilizando os seus serviços ou delegando neles as suas tarefas». Já no que respeita ao «poder judiciário (…) encontra-se em algumas das ordens globais» (v.g. na Organização mundial do Comércio – "World Trade Organization"), mas a sua importância «tem uma relação directa com o respectivo desenvolvimento e com a sua influência relativamente às ordens estaduais (para provar isso, basta fazer a comparação entre a União Europeia e o Mercosul)» (SABINO CASSESE)[45]. Desta muito peculiar organização dos poderes no Direito Administrativo Global, permito-me retirar duas conclusões: a de que diferentes funções estão muitas vezes concentradas num mesmo órgão (vide o que se passa na União Europeia, depois do Tratado de Lisboa); e a de que se verifica uma relativa confusão entre função administrativa e jurisdicional, à semelhança do verificado, nos Estados nacionais, no momento do "pecado original" da Justiça Administrativa (ou do sistema do Administrador-juiz) no Estado Liberal[46]; Significando esta última conclusão, que se verifica aqui, à escala internacional, uma repetição dos mesmos "traumas" nacionais, por que passou a Justiça Administrativa;

3) tarefas globais realizadas indirectamente por entidades, órgãos e serviços de natureza estadual. De fato, «no ordenamento global, é frequente a *indirect rule*, que consiste no exercício de funções próprias das ordens globais por parte de autoridades ou serviços

44 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit., p. 88.

45 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. , p. 88.

46 Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise», 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

("di apparati o di uffici") nacionais». O que tem a vantagem de permitir aos «ordenamentos globais, de modestas dimensões, a, produção de efeitos de grande envergadura», mas que apresenta igualmente o inconveniente de fazer surgir «graves problemas de execução {das decisões globais} e de disponibilidade de meios para assegurar a execução» (SABINO CASSESE)[47].

4) natureza mista ou compósita das ordens jurídicas globais. Isto porque elas são constituídas de "forma multi-nível", havendo sempre «um nível estadual e um supra-estadual. Este último, actuando como direito comum, não só requer que os direitos domésticos se procurem adequar a ele, como consente que eles comuniquem entre si» (SABINO CASSESE)[48]. Um tal efeito, tanto pode verificar-se «por meio da circulação de capitais, bens e serviços e, em termos masi limitados, empresas e pessoas», como «através do reconhecimento por parte de um ordenamento estadual de outro ordenamento», produzindo-se assim uma "abertura" dos distintos ordenamentos. Ambas as vias «consentem a escolha do direito mais favorável e conduzem à concorrência entre regulações (*regulatory competition*). Esta comunicação entre ordenamentos destintos, consentida pela admissão de um núcleo de regras superiores e comuns, não ocorre, contudo, de um modo regular e simétrico: pois existem fortes diferenças por sectores, por tipos de bens e por finalidades» (SABINO CASSESE)[49].

De tudo isto, é possível, retirar duas principais conclusões para o Direito Administrativo e para a Teoria do Direito, a saber:

1) o desaparecimento das fronteiras entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Na verdade, tanto a lógica dualista como a monista de relacionamento entre Direito Intarenacional e Direito Interno assentavam na ideia da "separação" de ordens jurídicas,

47 SABINO CASSESE«Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. , p. 88.

48 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. ,, p. 88.

49 SABINO CASSESE, «Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit. , p. 89

enquanto que aquilo que agora se verifica é a permeabilidade entre as esferas jurídicas internacional e interna;

2) uma maior fluidez no estabelecimento das fronteiras entre o Direito Público e o Privado, De fato, o Direito Administrativo Global vai acentuar a confluência entre público e privado, que já se verificava no Direito Administrativo Nacional[50], ao fazer com que sujeitos públicos e privados se confundam, uma vez que ambos atuam ao mesmo nível, no quadro da Administração global[51].

2.3. O Direito Administrativo Europeu

Do Direito Administrativo Global para o Direito Administrativo Europeu dá-se um verdadeiro salto qualitativo. Na verdade, é sobretudo no domínio do Direito Europeu[52] que se realiza a dimensão transfronteiriça do Direito Administrativo, posto que só ao nível da União Europeia (e diferentemente do que sucede no âmbito internacional) é que se verificou a criação de uma verdadeira ordem jurídica, simultaneamente própria e comum, que resulta da conjugação de fontes europeias com fontes nacionais, e que vigora automaticamente na esfera dos Estados membros (através dos mecanismos do "efeito directo" e da "primazia" do Direito Europeu). Uma União europeia

50 Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «A Fuga para o Direoto Provado», Almedina, Coimbra, 1996..

51 Não merece a minha concordância uma outra conclusão apresentada por Cassese, segundo a qual o Direito Administrativo Global não desempenharia as mesmas funções que o Direito Administrativo Interno. Em sua opinião, o Direito Administrativo Global possuiria uma função que «é a inversa da do Direito Administrativo Interno: serve para ampliar, em vez de restringir, a esfera de liberdade dos privados. E faz isso limitando a actuação do Estado» (SABINO CASSESE, Gamberetti, T. e P.. S. G. per i D. A. N.», in SABINO CASSESE, «Oltre lo S.», cit.,, p. 90). Ora, em minha opinião, uma tal posição enferma dos "traumas de infância", da consideração do Direito Administrativo como o "Direito da Administração toda-poderosa", em vez do Direito das relações jurídicas administrativas. Assim sendo, tanto o Direito Administrativo Global como os nacionais desempenham a mesma função de garantia dos direitos dos particulares, desta forma realizando também, simultaneamente, a tutela do interesse público (Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Em Busca do Ato Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra, 1996, pp.212 e ss.).

52 Vide o meu anterior artigo (VASCO PEREIRA DA SILVA, «Viagem pela E. do D.», cit., in «Cadernos de J. A.», cit.,, pp- 60 e ss.), cujo texto agora se utiliza, com as necessárias adaptações e modificações.

que, entre os seus objectivos fundamentais, visa a prossecução de políticas públicas, através das Administrações dos Estados-membros, que assim são "transformadas" em Administrações europeias (ao lado das – relativamente reduzidas – administrações da União europeia, propriamente ditas) para a realização dessas tarefas administrativas[53].

A função administrativa europeia" é elemento essencial da "Constituição (Material) Europeia[54], a qual consagra ao mais alto nível, no plano dos Tratados constituíntes, a tarefa de realização de políticas públicas, procedendo à "integração" das fontes e das instituições administrativas europeias com as dos Estados-membros. Daí resulta o «corte das tradicionais "amarras" do Direito Administrativo ao Estado», assim como o seu «ancoramento» no Direito Administrativo da União Europeia (CASSESE)[55]. Desta forma, a União Europeia pode ser

53 Conforme escreve CASSESE, «a ideia dos fundadores da Comunidade europeia era a de instituir um ordenamento jurídico supranacional que se sobrepusesse ao dos Estados, mas que não interferisse com as administrações dos mesmos, das quais se deveria antes servir» (SABINO CASSESE, «Le Basi Costituzionali», in SABINO CASSESE, «Trattato di Diritto Amministrativo – Dirittto Amministrativo Generale», vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 172). Mas esta "indiferença" inicial pela "organização administrativa", cedo vai ser alterada, em razão do alargamento das tarefas (administrativas) comunitárias e da necessidade da sua maior eficácia, conduzindo à actual «integração das administrações nacionais com a administração comunitária», que é realizada «através de três princípios fundamentais: o que decorre da integração normativa, a proibição de discriminação, o princípio da cooperação» (SABINO CASSESE, «Le Basi C.», cit., in SABINO CASSESE, «Trattato di D. A.», cit,., pp. 174 e 175)..

54 Sobre o constitucionalismo europeu , mas também sobre o global e o nacilnal, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, «Na Senda de Häberle: à Procura do Direito Constitucional e do Direito Administrativo Europeus», in VASCO PEREIRA DA SILVA / FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «O Constitucionalismo do Séc. XXI na sua Dimensão Estadual, Supranacional e Global» (e-book), ICJP, Lisboa, 2015, http://icjp.pt/publicacoes/1/5103; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Le Gôut de Diderot et la Constitution Européenne», in FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN / STÉPHANE PINON / ALEXANDRE VIALA, «Le Droit Constitutionnel Européen à l' Épreuve de la Crise Économique et Démocratique de l' Europe», Institut Universitaire de Varenne, 2015, p. 27 e ss.; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Introduction», «Portugal, Europe and the Globalization of the Law – Celebration of the Centenary – Law Faculty of the University of Lisbon – International Conference (27th September 2013)», ICJP, Lisboa, 2013, http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4986; VASCO PEREIRA DA SILVA, «Una Reflexión desde Granada sobre la Constitución Europea», in Revista de Derecho Constitucional Europeo, Ano 11, nº 22, julio-diciembre de 2014 (http:\\ www..ugr.es/ ~redce /REDCE22/articulos/11_pereira.htm).

55 SABINO CASSESE, «Le Basi C.», cit., in SABINO CASSESE, «Trattato di D. A. – D. A. G.», cit., p. 180.

considerada como «uma comunidade de Direito Administrativo», para usar a sugestiva formulação de SCHWARZE[56], visto que os respectivos objectivos e tarefas são, em grande medida, de natureza administrativa, tal como administrativa (em sentido material) é também a função concretizadora das políticas públicas europeias, como administrativas (em sentido orgânico) são ainda as "Administrações europeias" que desempenham essa função, quer se trate de instituições da União Europeia, quer de nacionais.

A dimensão europeia do Direito Administrativo, contudo, para usar a metáfora psicanalítica, se é já hoje uma realidade ao nível do inconsciente – pois todos os publicistas, mesmo sem o saber, aplicam quotidianamente fontes europeias, inserindo-se num processo continuado de interacção entre Direito Europeu e Direito Administrativo nacional –, não o é, todavia, ainda no domínio do consciente, ao nível da doutrina e da jurisprudência, em que não existe ainda a necessária verbalização, ou a suficiente consciencialização dessa realidade. Isto origina, «com frequência, fenómenos patológicos de apreensão da realidade, que tornam imperioso "fazer sentar" o Direito e o Processo Administrativos no "divã da Europa", de modo a facilitar a saudável conciliação entre as respectivas "facetas" interna e europeia»[57]».

É de tal maneira forte o fenómeno de europeização, «na sua dupla vertente de criação de um Direito Administrativo ao nível europeu e de convergência dos sistemas administrativos dos Estados-membros da União[58]» que, à semelhança do entendimento do «Direito

56 JUERGEN SCHWARZE, «Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehen und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft», 1.º volume, 1.ª edição, Nomos, Baden-Baden , 1988, página 3.

57 VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., p. 103.

58 VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., p. 102. Neste sentido, vide também VASCO PEREIRA DA SILVA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, «Die Grundzüge des nationalen Verwaltungsrechts in Gemeinschaftlicher Perspektive – Portugal», in ARNIM VON BOGDANDY / SABINO CASSESE / PETER HUBER, «Handbuch Ius Publicum Europaeum», volume V, C.F. Müller, 2014, páginas 561/629.; FERDINAND WOLLENSCHLÄGER, «Constitutionalisation and desconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation», in «Reiew of European

Administrativo como Direito Constitucional Concretizado» (FRITZ WERNER)[59], me atrevo a propor «que se passe a entender também o Direito Administrativo como Direito Europeu concretizado»[60].

Aforismo este, que necessita, também ele, de ser entendido no sentido (explicitado por HÄEBERLE[61], no que respeita às relações entre Direito Constitucional e Administrativo, mas que, em minha opinião, é suscetível de ser alargado às ligações entre o ordenamento europeu e a ordem administrativa interna) da "dupla dependência recírproca" entre Direito Europeu e Direito Administrativo, a saber:

a) de "dependência administrativa do Direito Europeu". Pois, o Direito Europeu só se realiza através do Direito Administrativo, já que, por um lado, as políticas públicas europeias correspondem ao exercício da função administrativa, tal como administrativa é também a natureza das normas que as estabelecem, ao nível europeu, por outro lado, a concretização do Direito Europeu é realizada por normas, instituições e formas de actuação de Direito Administrativo, ao nível de cada um dos Estados que integram a União;
b) De "dependência europeia do Direito Administrativo" Pois, o Direito Administrativo é cada vez mais Direito Europeu: quer pela multiplicidade de fontes europeias relevantes no domínio jurídico-administrativo, criando uma situação de "pluralismo normativo" no quadro dos ordenamentos nacionais[62]; quer

Administrative Law», volume 10, 2017, pp. 6 e ss. (max. p. 19).

59 FRITZ WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretiziertes Verfassungsrecht», in FRITZ WERNER, «Recht und Gericht unser Zeit», Carl Heymanns Verlag, Koeln/ Berlin / Bonn/ Muenchen, 1971, páginas 212 e seguintes.

60 VASCO PEREIRA DA SILVA, «O Contencioso A. no D. da P. – E. sobre as A. no N. P. A.», cit., pp. 103 e 104.

61 Vide PETER HÄEBERLE, «Auf dem Weg. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht», in «Bayerischen Verwaltungsblätter», n.º 24, 15 de Dezembro de 1977, páginas 745 e 746..

62 De acordo com MARIO CHITI, o «pluralismo jurídico» consiste na «presença simultânea, em todos os ordenamentos, de múltiplas fontes de direito e variedade de direito substancial». Mas esse «fenómeno é particularmente evidente na União europeia, onde os Estados membros aplicam, ao mesmo tempo, o Direito Internacional geral, o Direito Internacional "regional", como seja o decorrente do Conselho da Europa e de outras organizações internacionais europeias, o Direito da União europeia (...), e o Direito nacional» (MARIO CHITI, Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?», in «Rivista Trimestrale di

> pela convergência crescente dos ordenamentos nacionais neste domínio, que tem conduzido a uma aproximação crescente dos Direitos Administrativos dos Estados-membros, na tripla perspectiva: substantiva, procedimental e processual».

O Direito Administrativo transformou-se, assim, num «direito mestiço», segundo a feliz expressão de MARIO CHITTI[63], dotado de princípios, de normas, de noções, de institutos, de correntes doutrinárias ou jurisprudenciais, tanto de proveniência nacional como europeiaa, que se combinam e interagem num processo continuado no tempo e no espaço. O que é particularmente notório, designadamente, em domínios como o da noção de Administração Pública, que se transformou numa noção de "geometria variável", mudando consoante as realidades e os sectores a regular; o das formas de actuação administrativa, em especial no que respeita ao acto administrativo e à contratação pública; e o do Processo Administrativo, em especial no que respeita às questões do âmbito da jurisdição, (da plenitude) dos poderes do juiz e das providências cautelares.

Este Direito Administrativo Europeu tem como fontes principais a legislação e a jurisprudência. Desde logo, o legislador, que se afadiga quotidianamente na produção de Regulamentos e de Diretivas em todos os domínios das políticas públicas europeias. E, na verdade, da concorrência ao ambiente, das novas tecnologias à agricultura e pescas, dos transportes às telecomunicações, não ha domínio da função administrativa europeia que não se encontre legislativamente regulado.

Mas, decisiva tem sido também a atuaçao da jurisprudência europeia, intrepretando e integrando lacunas do ordenamento europeu, elaborando "standards" decisórios, criando normas e princípios comuns a partir da comparação dos Direitos dos Estados membros, reinterpretando os Direitos Administrativos nacionais à luz do Direito Europeu. A este último respeito, assinale-se a surpresa de PETER HUBER, por o Tribunal de Justiça, na sua função de reinterpretação dos Direitos Nacionais, chegar mesmo a afastar atos administrativos, anteriores mesmo à adesão desse próprio Estado à

Diritto Amministrativo», n.º 2, 2000, p. 305).

63 MARIO CHITI, ««Monismo o D. in D. A.: V. o F. D.», cit., in «Rivista T. di D. P.», cit., p. 305.

União Europeu, pondo em causa princípios de Direito Administrativo Nacional, como o do "caso decidido" e da "proteção da confiança"[64]. Diga-se, de passagem, que em minha opinião, esta jurispudência europeia que pôs em causa o conceito de "caso decidido", que era uma consequência teórica da errónea confusão entre Administração e Justiça, do tempo dos "traumas da infância difícil" do Direito Administrativo, obrigando a reconstruir, em termos renovados, a questão da estabilidade das atuações administrativas[65]; da mesma forma como a jurisprudência europeia que obriga à relativização do princípio da "proteção da confiança", impondo o seu cotejo com outros valores e princípios da ordem jurídica, constituem modelos exemplares de decisões judiciais europeias, que apontam no sentido da necessidade de reconstrução do Direito Administrativo.

Assim, segundo PETER HUBER, o modo como o Direito Europeu impregnava o Direito Administrativo de cada um dos Estados membros era de tal ordem, que, este último se assemelhança cada vez mais a um "queijo Gruyère", cujos buracos tendem a ficar cada vez maiores. A "metáfora do queijo" parece-me ser feliz e merece ser, ela própria, reformulada e atualizada. Pois, em minha opinião, hoje em dia, é de tal maneira intenso o relacionamento entre o ordenamento europeu e as ordens jurídicas nacionais, numa lógica de recíprocidade continuada que, com a devida vénia ao meu amigo PETER HUBER, julgo que a situação deve antes ser comparada a uma verdadeira "fondue" de queijos Gruyère, pois quase já não faz mais sentido continuar a fazer a distinção entre o Direito (Adniinistrativo) Europeu e os Direitos (Administrativos) Nacionais.

64 PETER HUBER «The Europeanisation of Administrative Law», texto policopiado da Conferência, com o mesmo título, realizada na Faculdade de Direito da Universida de Lisboa, que teve lugar em 20 de Fevereiro de 2006. Vide também, «Grundzüge des Verwaltungsrechts in Europa: Problem Aufriss und Synthese», in VON BOGDANDY / CASSESE / HUBER, «Handbuch Ius Publicum Europaeum», Müller, Heidelberg,2014, p. 3 e ss.

65 Sobre a questão vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «Revisitando a Questão do Pretenso "Caso Decidido" no Direito Constitucional e no Direito Administrativo Português», in «Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda», volume III (Direito Constitucional e Justiça Constitucional), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2012, pp.797 e ss..

3. Síntese sem Fronteiras: o impacto no Direito Administrativo Português

Em resultado da digressão efetuada, parece ser forçoso concluir no sentido da existência de um Direito Administrativa Sem Fronteiras, em simulâneo com o estadual, e mesmo do regional. Pode-se, assim à semelhança do que sucede no Direito Constitucional, onde nasceu o "constitucionalismo multi-nível" (INGOLF PERNICE)[66], admitir também a existência de um "Direito Administrativo multi-nível".

Uma tal lógica multi-nível, significa considerar a existência de distintos graus de protecção jurídico-administrativa, concorrentes e não excludentes, sendo certo que, em regra, o mais eficaz parece continuar a ser (pelo menos, por enquanto) o nível estadual, até em razão do princípio da subsidiariedade (exceto quando a proteção se encontrar estabelecida a um nível superior ou inferior). Colocam-se aqui dois problemas:

1) o dos desníveis de protecção jurídico-administrativa. Nesse caso, há que não nivelar "por baixo", mas sim por "cima", procurando a realização de um "nível elevado de protecção" (como se diz na Constituição material europeia – vide o artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), que tanto pode ser o estadual, como o europeu, como o global, de acordo com a regra da subsidariedade. No caso do grau mais elevado de proteção ser o europeu ou o global, tal significa também que se verifica nesse caso uma violação do princípio da primazia;
2) a convergência entre ordens jurídicas resultante da integração horizontal não deve significar a uniformização, mas a compatibilização de regimes jurídicos. Daí, uma vez mais, a relevância do Direito Comparado, que permite conhecer os distintos regimes jurídicos para estabelecer "pontes" entre eles:

66 A expressão "constitucionalismo multinível" deve-se a INGOLF PERNICE, cf. «Global Constitutionalism and the Internet: Taking People Seriously», in R. Hofmann & S. Kadelbach. (Eds.), «Law Beyond The State. Pasts and Futures» (pp. 151-205), Frankfurt/New York: Campus Verlag, 2016 ; INGOLF PERNICE, «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», Humboldt-Universität zu Berlin, WHI-Paper 2/09, http://www.whiberlin.de/documents/whi-paper0209.pdf.

> Desta forma, o objetivo do Direito Administrativo sem Fronteiras não é o de "copiar" instituições ou regimes jurídicos, mas sim o de conhecê-los a fim de melhor poder escolher as soluções mais adequadas para aquele caso concreto (tendo sempre presente a máxima de Aristóteles, segundo a qual a "melhor solução depende sempre do tempo e do lugar").

Novidades do Direito Administrativo de hoje, são tanto as transformações decorrentes da passagem da Administração de Polícia do Estado Liberal, para a Adminstração Prestadora do Estado Social, e para a Administração Infra-estrutural do Estado Pós-Social, que trouxeram novos domínios científicos como o Direito do Ambiente, do Urbanismo, do Consumo, da Cultura, da Alimentação, entre tantos outros; como as realidades do "Direito sem Fronteiras", que temos estado a apreciar.

Todo este "novo mundo" do Direito Administrativo já nada tem que ver com a realidade existente nos primórdios da sua criação doutirnária, o que fez surgir uma corrente do pensamento jurídico, que começou a pôr em questão o método e as bases teóricas que têm estado na sua base[67]. Esta corrente doutrinária (que inclui, entre outros, autores como HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, MARTIN EIFERT, CLAUDIO FRANZIUS, CRISTOPH MÖLLERS, MATHIAS RUFFERT, MICHAEL STOLLEIS, VON BOGDANDY, LOTAR MICHAEL, IVO APPEL, PETER HUBER, WOLFGANG KAHL, HARTMUT BAUER,)[68] é conhecida pelo nome de "nova ciência do Direito Administrativo" e, como o seu nome indica, pretende proceder à refundação e à reconstrução do Direito Administrativo.

Pela minha parte, concordo nos seus pontos esseniais com este posicionamento teórico, conforme se tem manifestado nas minhas

67 Sobre a questão fulcral do método no moderno Direito Adminstrativo, vide CHRISTPH MOLLERS, «Methoden», pps 123 e ss., in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, «Grundlagen des Verwaltungsrecht» 3 volumes, 2ª edição, Beck, Muenchen, 2012, pp. 123 e ss..

68 Vide por todos HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, «Grundlagen des Verwaltungsrecht» 3 volumes, 2ª edição, Beck, Muenchen, 2012.

anteriores tentativas pessoais e modestas de refundação e de reconstrução do Direito Administrativo («Em Busca do Ato Administrativo Perdido», Almedina, Coimbra. 1996) e do Processo Administrativo («Para um Contencioso Adminstrativo dos Particulares», Almedina, Coimbra,1989; «O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise», 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009), em Portugal. Uma coisa, no entanto, me afasta de tal corrente, que é a questão do nome, pois a autodenominação de "nova ciência do Direito Administrativo" parece-me ser demasiado pomposa ("pirosa" até, se me permitem a ironia). Mesmo conhecendo as razões para uma tal denominação, como os antecedentes de movimentos congéneres da "nova História" ou da "nova Filosofia", não julgo adequada a utilização de tal epíteto. Até porque um dos problemas da adoção deste tipo de nomenclatura é o de não resistir à passagem do tempo, uma vez que os "novos" se tornam inevitavelmente "velhos", quer se trate de pessoas, quer de teorias jurídicas, ficando tal denominação ainda mais gasta e sem sentido[69]…

Procurando, por último, sintetizar em jeito de quadro conclusivo, onde é que se verificam os principais impactos do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo Português, há que considerar a sua influência nos domínios: da Organização Administrativa (v.g. entidades administrativas independentes, autoridades reguladoras, Administração Pública sob forma privada)[70], dos Princípios Gerais (v.g. boa-administração, sustentabilidade, prevenção e precaução), das Formas de Atuação Administrativa (ato prestador e com efeitos multilaterais, contratos públicos, planos, atuação administrativa técnica e informal), do Contencioso Administrativo (alargamentos do âmbito da jurisdição, da legitimidade processual, dos poderes condenatórios do juíz, da tutela cautelar)...

É tempo de terminar. Receio bem ter ultrapassado já o tempo que me tinha sido atribuído e de ter abusado da paciência das pessoas

69 Em Portugal, COLAÇO ANTUNES parece preferir o termo de "Ciência Jurídica Administrativa", o que ou é uma designação meramente descritiva, e nada adianta quanto ao respetivo conteúdo, ou é apodada de "nova" e, nesse caso, gera as resistências que referi anteriormente. Vide COLAÇO ANTUNES, «A Ciência Jurídica Administrativa», Almedina, Coimbra, 2016.

70 Vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, «Fuga para o D. P. », cit...

presentes no auditório. Peço-vos que considerem, como atenuante,do meu comportamento, tanto a "vastidão" do tema tratado como a sua "relativa" novidade, Na verdade, se mesmo para os personagens ficcionados por Júlio Verne, foram necessários 80 dias para dar a "volta ao mundo", podem compreender bem a dificuldade que eu tive em dar "a volta ao mundo do Direito Administrativo", em escassos minutos.

IMPORTANCIA DE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN PARTICULAR DE LA ACTUAL CONFIGURACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA ESTABILIDAD JURÍDICA E INSTITUCIONAL

José Luis Martínez López-Muñiz
Catedrático jubilado de Derecho Administrativo
Profesor Emérito de la Universidad de Valladolid

1. Por encima de las variadas innovaciones concretas que vienen aportando a los Derechos nacionales – también y específicamente a su componente jurídico-administrativo – el Derecho internacional en general y el europeo de los derechos humanos o el comunitario o de la Unión Europea más en particular, quisiera invitar a la reflexión sobre la importante contribución que el Derecho contenido en los tratados internacionales, y muy destacadamente el que es propio de todo el ordenamiento actual de la Unión Europea, están prestando a la estabilidad jurídica e institucional de los Estados implicados, como son en concreto Portugal y España. Lo haré con un enfoque general, pero resulta de aplicación muy particular al Derecho administrativo y a las Administraciones públicas de que aquí más específicamente nos ocupamos. Y lo hago precisamente cuando comenzamos a superar, a lo que parece, una de las más profundas crisis económicas, culturales y sociales – con todas sus secuelas políticas también – que nuestros

países han sufrido probablemente desde la terminación de la segunda guerra mundial hace más de setenta años, y cuando, al mismo tiempo, afrontamos un creciente e imparable éxodo de emigrantes africanos y asiáticos o – en menor medida – americanos hacia los países de la Unión a la vez que nos sentimos gravemente amenazados por la reaparición, particularmente en el escenario europeo, de una barbarie despótica que ya puso en jaque a nuestro viejo continente durante siglos, pero que ahora se despliega con nuevos métodos posibilitados por el progreso técnico y la incontenible globalización de todas las realidades al que ese mismo progreso nos ha abocado irremisiblemente.

Nuestros países y no pocos otros han sufrido y aún están sufriendo la profunda crisis mencionada.

Cuando algunos culpan incluso a la Unión Europea, y a su Unión Monetaria en torno al euro, de esta misma crisis o de lo que consideran inadecuadas reacciones de los Gobiernos para superarla, con sus medidas de "austeridad" y de rigor presupuestario, que han obligado a diversos recortes de un gasto público, que en realidad se mostraba desbocado más allá de lo que podían permitirse las posibilidades económicas de las correspondientes poblaciones, y que se traduce aún en las preocupantes cifras de endeudamiento con que se lastra a los que vienen detrás, es bueno reflexionar sobre qué habría ocurrido precisamente sin la Unión y sin la disciplina común marcada por la Unión Monetaria.

Para empezar, es bien probable que nunca habríamos logrado el alto grado de desarrollo y bienestar que llegamos a alcanzar antes de que la crisis – por diversos fallos y errores de muchos – estallara. Pero, sobre todo, situados ante ella, es bien seguro que se habría agudizado y prolongado de muchas y muy peligrosas formas, sin el rigor y la solidaridad de la Unión. Nos olvidamos muy fácilmente de un pasado que no está aún demasiado lejano, en el que crisis análogas desembocaron en gravísimas situaciones nacionales e internacionales, en el mismo solar europeo.

2. La modificación, derogación o sustitución de los tratados internacionales requiere, como es obvio, el concurso de las diversas voluntades políticas de los Estados vinculados por ellos, lo que les dota de una rigidez frente al cambio bastante superior a la que es propia de las leyes e incluso de algunas Constituciones o partes de ellas, en cuanto modificables con una suficiente mayoría parlamentaria cualificada de un solo Estado. Y ello sin olvidar las posibilidades de denuncia de todo tratado por parte de cualquier Estado, que no deja de estar, sin embargo, sometida a las reglas establecidas en los arts. 56 y concordantes del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969. El art. 96.1 de la Constitución Española de 1978 es bien claro cuando afirma, en su segundo inciso, que las disposiciones de los tratados, que ya formen parte del ordenamiento interno español por haber sido válidamente celebrados y publicados oficialmente en España, *sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.* De ahí que, en efecto, como la doctrina reconoce, este precepto haya determinado la primacía de todos esos tratados en Derecho español sobre cualquier norma jurídica interna, exceptuada la Constitución misma que así lo establece.

El contenido de los tratados se coloca así por encima de los vaivenes políticos que sufren habitualmente los Estados, aunque ciertamente también puedan estos incumplirlos o poner en marcha los mecanismos pertinentes para modificarlos o desligarse de ellos. Pero, por lo común, los tratados incrementan la densidad normativa contenida en las Constituciones – caracterizadas generalmente por su nivel eminentemente principial – y limitan así los márgenes de los cambios normativos que pueden propugnar las opciones políticas en lid en cada Estado. Es innegable la particular relevancia que en este orden vienen teniendo, muy destacadamente, los tratados internacionales, tanto de ámbito universal como europeo, sobre derechos humanos, a los que, además, una Constitución como la española otorga valor hermenéutico constitucional en su artículo 10.2. La importancia que, por lo mismo, viene teniendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de 1950 y sus protocolos, es indudable.

3. Especialmente extensa e intensa es la función estabilizadora que vienen cumpliendo los Tratados que establecieron las Comunidades Europeas desde los años cincuenta en todos los Estados que se han ido sumando progresivamente al proceso, y la que cumplen hoy los que regulan la Unión Europea, que, como se sabe, desde el 1 de diciembre de 2009, es la nueva denominación que se ha dado a la primitiva Comunidad Económica Europea, despojada de su adjetivación económica desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht de 1992. No son pocas, en efecto, las normas que, sobre todo en el orden económico, pero también en el laboral, el medioambiental y otros, se contienen en esos tratados, cuyo desarrollo y aplicación más concreta en buena medida corresponde a las instituciones de la Unión, en ejercicio de las potestades normativas que los tratados les han conferido, y cuya interpretación y garantía últimas residen en los Tribunales específicos de la misma Unión. Todo un importante bloque normativo, en cuanto ya determinado en los dichos Tratados, ha quedado con ello sustraído a los Poderes legislativos estatales, a la vez que tampoco puede ser desconocido o alterado por un inexistente Poder propiamente legislativo de la Unión. Y lo fijado en este bloque normativo de los Tratados tiene una densidad regulatoria muy superior a la que es usual en las Constituciones, por lo que, en efecto, la importancia estabilizadora de la Unión Europea bajo su régimen actual es muy superior a la que podría representar su conversión en un Estado Federal europeo sometido a una Constitución, seguramente más breve y meramente principial, que configurase un nuevo Poder legislativo federal, sujeto a los vaivenes políticos partidistas habituales.

4. Muy indicativo de lo que acaba de apuntarse es que, en efecto, la presión federalizante en el proceso de la integración europea ha intentado siempre llegar al otorgamiento al Poder central europeo de un Poder legislativo al que los Estados entregarían la posibilidad de modificar y sustituir una gran parte de lo que hoy está fijado en los Tratados y sobre todo en el grueso del actual Tratado del Funcionamiento de la Unión, antiguo Tratado de la Comunidad Europea. Es justamente lo que ya propugnaba el proyecto de Tratado de la Unión Europea, conocido por el nombre de Spinelli, que llegó a ser aprobado formalmente por el primer Parlamento Europeo elegido por sufragio universal de los ciudadanos

de los Estados miembros – aun antes de haber logrado denominarse oficialmente con ese nombre –, al término de su mandato, el 14 de febrero de 1984. El art. 7.3 de aquel emblemático Proyecto contemplaba la posibilidad de modificación de la mayor parte del entonces Derecho comunitario originario, en efecto, mediante las leyes orgánicas europeas que querían instituirse. Y no otra cosa ha estado siempre detrás de la propuesta de diferenciar un tratado de tipo constitucional y otro con normas de desarrollo, pudiendo éste ser entregado a la postre a la potestad legislativa federal que querría introducirse, en la línea de lo propiciado por Romano Prodi, siendo Presidente de la Comisión europea entre 1999 y 2004, cuando propició, en septiembre de 1999, el informe sobre *La reforma institucional de la Unión Europea* que encargó a un "Grupo de Sabios", en realidad tres políticos (el ex primer ministro belga Jean-Luc Dehaene, el ex Presidente de Alemania, Richard von Weizsäcker, y el ex ministro británico y ex Presidente de British Petroleum Lord Simon de Highbury), que secundaron sus pretensiones. No deja de ser un resultado paradójico del fracaso del Tratado nominalmente constitucional de 2004, que, finalmente, con el Tratado de Lisboa de 2007, tengamos ahora, en efecto, un Tratado de fundamentos, que es el TUE, y un Tratado de desarrollo normativo que es el TFUE, aunque los dos tengan el mismo rango (arts.1 de ambos Tratados) y cuya modificación requiera en cualquier caso el consentimiento de todos y cada uno de los Estados miembros. Es de notar, con todo, que ya la modificación de la Tercera Parte del TFUE – con mucho la más extensa –, si bien a condición de que no implique incremento de las competencias de la UE, puede llevarse a cabo a través de un procedimiento de revisión simplificado, que no requiere reunir una conferencia intergubernamental, sino que basta con una decisión unánime del Consejo Europeo, previa consulta (no vinculante) al Parlamento Europeo, a la Comisión y, en su caso, al Banco Central Europeo, y su aprobación ulterior *por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales* (art. 48.6 TUE), constituyendo en consecuencia una específica modalidad de un auténtico tratado internacional, que requiere la voluntad conforme de todos y cada uno de los Estados de la Unión.

5. Resulta así que, amén de cuantas garantizan la efectividad de las libertades de circulación de mercancías (TFUE, arts. 28 y ss.), personas

(TFUE, arts.21 y 45 y ss.), servicios (TFUE, arts. 56 y s.) y capitales (TFUE, arts. 63 y ss.), normas como la que impone la paridad de trato a las empresas públicas con respecto a las privadas (TFUE, art. 106.1), la estricta necesidad de justificación de los derechos exclusivos o especiales que se atribuyan por las legislaciones nacionales sobre servicios de interés económico general (TFUE, art. 106.2), o la incompatibilidad de principio de las ayudas públicas a las empresas económicas por parte de los Poderes públicos internos a los Estados miembros, sólo exceptuable en los supuestos y del modo que el TFUE determina en sus arts. 107 y 108, han de respetarse y cumplirse en todos los Estados, cualquiera que sea la mayoría política que vaya turnándose en sus Parlamentos y Gobiernos. Y como esas muchas otras. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de *descubiertos o la concesión de otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros en favor de instituciones, órganos u organismos de la Unión, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales*, sin perjuicio de que ello no se aplique a las posibles *entidades de crédito públicas*, que, por lo demás, *en el marco de la provisión de reservas por los bancos centrales, deberán recibir por parte de los bancos centrales nacionales y del BCE el mismo trato que las entidades de crédito privadas* (TFUE, art. 123). O en la prohibición también de que la Unión asuma o responda *de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros*, que el art. 125 del TFUE impone a la vez a todo Estado miembro con respecto a todos esos Gobiernos, autoridades u organismos de cualquier otro Estado de la Unión. O la regla de que *los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos* del art. 126 TFUE, que establece a la vez *in extenso* el modo de medirla y aplicarla, con ayuda además de un Protocolo específico, y otorgando importantes competencias al Consejo, con la consiguiente participación de la Comisión.

Y no sólo en el ámbito estrictamente económico, en el que aún cabría añadir bastantes más. Hay también no pocos otros preceptos vinculantes – aunque se formulen para fijar las bases de la normativa

que ha de fijar la propia Unión – como, en materia de medio ambiente, la regla o el principio de que *quien contamina paga* (TFUE, art. 191.2), o, en materia de cohesión económica y social, la obligación de la Unión de contribuir a *reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos desfavorecidas* con cuanto concretan los arts. 174 y ss. del TFUE, o, a propósito de la *protección de los consumidores*, la exigencia de que la aproximación de legislaciones para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior ha de basarse en un *nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos* (arts. 114.4 y 169 TFUE). Los preceptos que se ocupan del empleo (TFUE, arts. 145-150) y de la "política social" (TFUE, arts. 151-161) y el Fondo Social Europeo (TFUE, arts. 162-164) contienen otras tantas determinaciones normativas que marcan un modelo de protección de los trabajadores, de promoción del empleo y del denominado *diálogo social* (TFUE, art. 152), que es asimismo vinculante para los Estados en sí mismo y en las concreciones que, legitimada por el Tratado, la Unión vaya perfilando.

6. En la medida que resulten aplicables a los Estados, por incidir en la aplicación que éstos deban hacer del Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta), tienen asimismo importancia determinante los *derechos fundamentales de la Unión* proclamados en la Carta que los tiene por objeto y que goza del mismo rango de los dos Tratados de la Unión (art.6.1 del TUE). En las más de sus formulaciones, sin embargo, su propia naturaleza principial no añadirá mucho a lo ya expresamente garantizado en muchas de las Constituciones de los Estados miembros, pero no cabe duda de que hay derechos o libertades que adquieren en la Carta especificaciones no contenidas en las Constituciones – máxime teniendo en cuenta que vienen acompañados de "explicaciones" específicas hermenéuticamente vinculantes (Preámbulo y art. 52.7 de la Carta) –, comportando en este sentido un *plus* de densidad normativa que se impone a los Estados, integrándose en sus ordenamientos aunque haya que insistir que solamente a los efectos de cuanto tenga que ver con el Derecho comunitario y su aplicación[1]. Preceptos como

1 Hemos justificado hace tiempo que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión no reúne, por eso, condiciones para ser considerada uno de los tratados a los que el art. 10.2

el de la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, del art. 4º de la Carta tendrán en realidad así una reducida aplicación efectiva, dado el ámbito material que los Tratados de la Unión han hecho propio o en el que han conferido competencias a las instituciones de la Unión para generar un Derecho comunitario derivado, y que en modo alguno podrá considerarse ampliado por la Carta (arts. 51.2 de la Carta y 6.1 del TUE), si bien las más recientes competencias asumidas por la Unión – ya en alguna medida por la Comunidad Europea desde el Tratado de Amsterdam de 1997 – para constituir un *espacio de libertad, seguridad y justicia* dan lugar a actuaciones de la Unión y de los Estados en las que sí puede ser relevante la mencionada prohibición.

Un ejemplo de la relevancia de la Carta – en cuanto tratado superior a las leyes nacionales – se desprendería, por ejemplo, desde luego, de lo que se concreta en su art. 31.2, garantizando a *todo trabajador* un *derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas,* o de la prohibición establecida por el art. 32 del *trabajo infantil* y de la norma en él asimismo establecida de que *la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y* – no deja de dejarse abierto este portillo – *salvo excepciones limitadas*, etc., o, en fin, de la prohibición de *despido por una causa relacionada con la maternidad* del art. 33.2.

Es verdad, no obstante, que la vinculación de los Estados de la Unión a la Convención europea de derechos humanos de 1950 y de sus Protocolos, como Partes que son a la vez del Consejo de Europa, o – más en concreto con respecto a los derechos laborales – a la Carta Social

de la Constitución Española otorga valor hermenéutico constitucional, a pesar del rechazable contenido al respecto de la Ley Orgánica que autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa de 2007, de Reforma de los Tratados comunitarios («Sobre el valor de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008 que autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa», en Sánchez Blanco, A., Domínguez-Berrueta de Juan, M., Rivero Ysern, J.L. (coords.), El Nuevo Derecho Administrativo, Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern, Ratio Legis, Salamanca, 2011, págs. 311-333.

Europea, por la misma razón, ya comporta en realidad que vengan obligados en sus respectivos ordenamientos por estas exigencias. La Carta de la UE no añadiría entonces realmente nada nuevo a lo que ya viene comportando estabilidad normativa en esos ámbitos en los distintos Estados, aunque ello quede reforzado y puede que en algún concreto extremo complementado.

7. No podemos dejar de observar que, desde luego, con el alcance verdaderamente transversal que tienen todas las normas jurídico-administrativas de alcance general, hay que reconocer un impacto novedoso y positivo a la proclamación de un *derecho a una buena administración* contenida en el art. 41 de la Carta. Literalmente parece reconocerse solamente con respecto a *las instituciones, órganos y organismos de la Unión*, pero quizás quepa considerarlo también aplicable, en virtud de lo dicho por el art. 51.1 de la propia Carta, a los Estados – a todos los Poderes públicos de su ámbito interno –, aunque ciertamente sólo en cuanto hayan de aplicar Derecho de la Unión. Se refuerza así en ese plano el derecho de toda persona a que se *traten sus asuntos* – en los que sea de aplicación el Derecho de la UE– por las autoridades públicas *imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable*, previa su audiencia, si la medida vaya a serle desfavorable, con *derecho a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial*, y, en fin, *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones,* o el *derecho a la reparación de los daños causados* con su acción.

8. Baste con lo dicho para ilustrar nuestra afirmación central objeto de la presente comunicación: la fijación de una parte creciente de nuestra normas más importantes, que articulan los principios más básicos contenidos en nuestra Constituciones nacionales, en tratados internacionales o en ellos y – en cuanto lo admite la reserva de ley de las mismas Constituciones – en normas como las que los Tratados de la Unión Europea le habilitan a ésta a dictar, proporcionan notable estabilidad al sistema jurídico, contribuyendo por ello al mejor desenvolvimiento de las actividades económicas y sociales en un marco más seguro, condición *sine qua non* para su eficacia, su eficiencia y su

mejora progresivas en bien de todos y cada uno de cuantos componen nuestras colectividades nacionales. Los legisladores nacionales ven recortadas sus posibilidades por los compromisos internacionales o supranacionales que ellos mismos contribuyen a fijar. Tampoco hay un poder internacional o supranacional que pueda desconocer o alterar lo dispuesto en los tratados que, en su caso, lo sustenten. Los tratados tienen superior rigidez a las leyes. También por eso requiere mucho tiempo y delicados acuerdos su adopción y reforma. Pero por eso mismo son fuente de una tan conveniente estabilidad, incluso cuando pueden llegar a incomodar o a impedir "salidas" supuestamente fáciles – pero de cortos vuelos – a problemas graves.

9. No por ello es todo óptimo en este proceso tendente a la creciente internacionalización y supranacionalidad de nuestro ordenamiento jurídico. En la complejidad de los procedimientos para elaborar y aprobar los tratados y las normas supranacionales que de ellos en su caso derivan hay quizás más lugar para la incidencia, no fácilmente perceptible por la ciudadanía – ni tantas veces por sus propios líderes o responsables políticos –, de "ocurrencias" o de "intereses" de personas o grupos reducidos más o menos organizados, que pueden escapar más fácilmente a la transparencia y al control democrático, y que se cuelan por vía de supuestos "expertos" que se las arreglan para estar en la reunión oportuna o para hacer llegar el "papel" aparentemente pertinente en el momento adecuado. Se trata quizás de la cara obscura de algo en principio positivo y favorable, para lo que hay que idear modos de operar efectivos que reduzcan o impidan esa incrustación obscura de objetivos, intereses o supuestas soluciones no suficientemente contrastados ni cribados por quienes deben hacerlo con la necesaria legitimidad democrática y rigor racional. Son muy de alabar, también por esto, trabajos como lo que han conducido a la propuesta de un *Código* por la ReNEUAL (*Research Network on EU Administrative Law*)[2] y en particular en cuanto se refiere a los procedimientos para la elaboración normativa, aunque también habría de entrarse en los que llevan a las normas que el art. 289 TFUE

2 Hay una edición en el INAP, Madrid, 2015, del Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea, a cargo de Oriol Mir y otros varios autores de distintos países de la Unión.

califica tan inapropiadamente, en el ámbito de la Unión Europea[3], de *actos legislativos*. Pero las Administraciones y los Parlamentos nacionales tienen también que adaptarse mucho más a estas nuevas necesidades, en orden a la participación y al control que les corresponde en la adopción de nuevos tratados o normas convencionales internacionales, así como con respecto a las normas de una organización supranacional como la UE.

3 Vid. «La ley en la Unión Europea», contribución nuestra al Liber Amicorum Fausto de Quadros, vol.I, Almedina, Coimbra, 2016 (pp. 887-911), del que son coordinadores Marcelo Rebelo de Sousa y Eduardo Vera-Cruz Pinto, presentado públicamente el 4 de noviembre.

A AUTONOMIA ORGANIZACIONAL DO ESTADO E O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU: WHAT GOES AROUND COMES AROUND[1]

Juliana Ferraz Coutinho
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE)
da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

O Direito Administrativo de hoje define-se como um *Direito Administrativo de transição*. Não só pelo papel desconstrutivo do legislador nacional e pelos fatores extraordinários que condicionaram, em maior ou menor medida, o processo legislativo externo, mas também pela influência do Direito da União Europeia e pela consolidação do Direito Administrativo Europeu, obrigado-nos a um reajuste metodológico e a uma reorganização do saber. Mais do que um Direito da crise económica o Direito Administrativo caminha para uma nova fase (a terceira, seguindo Ranier Wahl[2]), cujos contornos se começam agora a definir, embora com inúmeras ambiguidades.

---

1 O texto que aqui se publica corresponde, com adaptações, à comunicação apresentada no XII Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, no dia 25 de novembro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada, em Lisboa, subordinado ao tema "O Direito Administrativo transnacional (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal".

2 Ranier Wahl, Aux origines du droit public allemand contemporain, in Revue du Droit Public, n.º 3, 2007, página 818.

A modelação dos Direitos Administrativos nacionais pelo Direito da União Europeia não é em si mesma uma novidade (ou sequer uma opção) mas apesar da função de receção do Direito da União Europeia reconhecida pela autointitulada «nova Ciência Jurídica Administrativa» alemã de Schmidt-Assmann, W. Hoffmann-Riem e A. Vosskuhle, como uma das funções da conceção sistemática do Direito Administrativo – a par da função prática, da função dogmática e da função política[3] –, a verdade é que o Direito da União Europeia não deixa de constituir uma dificuldade, em especial, para alguns sistemas de Direito Administrativo.

É no contexto de um Direito Administrativo de transição que nos propomos a uma mudança de método, de perspetiva: refletir sobre a europeização do *Direito da organização administrativa* e sobre o papel das noções funcionais na relativização das categorias jurídicas através da correção das consequências associadas ao processo de qualificação.

Muito embora se entenda o fascínio pelo imediatismo da atividade administrativa e pela garantia da posição jurídica dos particulares, e o consequente desvio de atenção do institucional para o substantivo ou material, a verdade é que a euforia em torno das formas de atuação administrativa e do contencioso não só ignora a relação óbvia entre atividade e organização, como reduz a distinção entre normas de conduta e normas de organização às suas características predominantes – a eficácia externa das primeiras e a eficácia circunscrita à Administração Pública das segundas –, quando, na verdade, as normas de organização não só condicionam a prossecução do interesse público (realizado de forma mais ou menos eficaz e mais ou menos eficiente), como afetam a esfera jurídica dos particulares, o que faz depender a proteção adequada da sua posição jurídica da articulação entre o Direito da atividade e o Direito da organização[4].

Pelo que nos parece essencial contrariar a tendência para ver o Direito Administrativo apenas como um Direito da conduta e da proteção da

3 Eberhard Schmidt-Assmann, La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema, trad., Madrid, INAP/Marcial Pons, 2003, página 5.

4 Sobre a ligação indissociável entre atividade e organização e os principais problemas do Direito da Organização Administrativa, cfr. Juliana Ferraz Coutinho, O Público e o Privado na Organização Administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função, Coimbra, Almedina, 2017, página 107 e seguintes (no prelo).

posição jurídica dos particulares, e analisar os efeitos do Direito Europeu sobre a organização administrativa portuguesa com especial atenção aos últimos anos.

No estado atual da integração europeia, há uma tendência de adequação dos vários sistemas de organização dos Estados-membros de acordo com um determinado modelo de Administração Pública. O da União Europeia? Não nos parece, até porque não há uma noção europeia, única e clara, de Administração Pública, mas uma noção com a fluidez que um qualquer conceito de Direito da União Europeia precisa de ter, por forma a garantir a sua máxima aplicação. Ora mais estrita, tomando como elementos caracterizadores o exercício de poderes públicos e a tutela de interesses gerais do Estado ou de outra coletividade pública, como acontece a propósito da interpretação da exceção prevista no n.º 4 do artigo 45.º do Tratado da União Europeia, que excluiu da exigência de garantia de liberdade de circulação, os empregos da Administração Pública; ora mais ampla, como a que vemos no artigo 125.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, ou nas Diretivas sobre contratação pública que na definição das entidades adjudicantes acrescentaram ao critério enumerativo, a noção de organismo de direito público e, com ele, a ideia de Administração Pública em sentido material.

Quando se fala na adequação das Administrações Públicas nacionais a um modelo de Administração Pública fala-se de um modelo de cooperação, compatível com o princípio da concorrência e da efetividade do Direito da União Europeia e, como tal, de um modelo desprovido de uma configuração global pré-determinada, indefinido para além dos domínios específicos em que há lugar a alterações impostas ou influenciadas (mediata ou imediatamente) pelo Direito da União Europeia. E muito embora esta fluidez se justifique pela autonomia de organização dos Estados-membros, a verdade é que não deixa de produzir efeitos, a médio e longo prazo, num plano sistemático.

Apesar da sua reconhecida liberdade de organização, as Administrações Públicas nacionais não são imunes à influência europeia e às correções impostas pelo princípio da efetividade do Direito da União Europeia. Como lembra Mario P. Chiti, "a autonomia dos Estados na organização

da sua própria administração vale apenas nos casos em que a Comunidade [Europeia] não intervém, e na medida em que não coloca em risco a aplicação das normas comunitárias"[5].

O processo de modelação das organizações administrativas nacionais tem-se revelado um processo gradual, de combustão lenta. As imposições de constituição, restruturação ou extinção de entidades nacionais têm um caráter excecional – recorde-se, por exemplo, o estímulo comunitário à criação de autoridades reguladoras independentes em setores determinados como a segurança geral dos produtos e o mercado interno da eletricidade[6] –, e o condicionamento do processo de tomada de decisões de organização (que entendemos como a organização em sentido dinâmico) tem-se processado de forma indireta no que se refere à opção entre a externalização e a satisfação direta de fins de interesse público e entre formas públicas e privadas de organização da empresa pública.

Não tendo resultado de uma imposição concreta em virtude da neutralidade, reafirmada repetidamente, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e pelo legislador europeu (veja-se a Diretiva 2014/23/UE, sobre concessões) quanto à opção pela gestão, por privados, de serviços públicos e à forma de organização das empresas públicas (as formas de organização da empresa pública e o critério de influência pública dominante no domínio empresarial[7], são exemplo disso), a verdade é que tanto o regime aplicável

5 Cfr. Mario P. Chiti, La pubblica amministrazione, in Diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè Editore, 2013, página 181.

6 É o que acontece nos termos do artigo 5.º da Diretiva 92/59/CEE, do Conselho, relativa à segurança geral dos produtos, e do artigo 23.º da Diretiva 2003/54/CE, de 26 de junho de 2003, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da eletricidade dos Estados-membros.

7 A salvaguarda do critério de influência pública dominante ao domínio empresarial, prende-se com o efeito inédito associado pelo legislador, no domínio fundacional, à influência pública dominante, uma vez que nos termos do n.º 2 do artigo 4.º da Lei-Quadro das Fundações (aprovada pela Lei n.º 24/2012, de 9 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 150/2015, de 10 de setembro), este critério, embora configurado de forma idêntica à prevista no artigo 9.º do Regime do Setor Público Empresarial (Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro), serve, no caso das fundações públicas, para determinar a sua natureza jurídica, atendendo à sua qualificação legal expressa como pessoas coletivas públicas (cfr. artigo 49.º da Lei-Quadro das Fundações). Sobre a falta de coerência quanto aos critérios de qualificação das pessoas coletivas públicas utilizados pelo legislador, Juliana Ferraz Coutinho, O Público e o Privado na Organização Administrativa: da

às empresas públicas, como a opção pela externalização acabam por não ser indiferentes aos princípios da concorrência e da leal cooperação. Vejam-se os requisitos (cumulativos) de dispensa do procedimento pré-contratual previstos no n.º 2 do artigo 5.º do Código dos Contratos Públicos e enunciados pela primeira vez no Acórdão *Teckal* (Processo C-107/98)[8], e a exigência de que as empresas públicas se encontrem numa posição substancial de igualdade, garantida pela sujeição da atividade empresarial a um regime comum de Direito privado, livre de privilégios[9].

Também no plano das relações entre os Estados-membros e entre os Estados-membros e a Administração Pública Europeia são visíveis as dinâmicas que se foram constituindo, sinais do caráter transfronteiriço de algumas relações jurídico-administrativas.

Por um lado, a criação de mecanismos de cooperação e de colaboração (horizontais, portanto), entre as Administrações nacionais[10]. Numa rápida análise às alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, são várias as referências à necessidade de colaboração – veja-se, por exemplo, o artigo 19.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) (apesar do seu caráter remissivo e, portanto, restritivo[11]), e o artigo 11.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, que aprova a Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes[12].

---

relevância do sujeito à especialidade da função, Coimbra, Almedina, 2017, página 304 e seguintes (no prelo). Sobre o critério de influência pública dominante no Direito interno e no Direito da União Europeia, cfr. Fausto Quadros, Serviço público e direito comunitário, in Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, páginas 296 e 297.

8 Disponível em http://eur.lex.europa.eu/homepage.

9 Nos termos do n.º 2 do artigo 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a compensação, prevista como um regime de exceção relativamente ao regime ordinário, justifica-se, não pelo facto de se tratar de uma empresa pública, mas pela atividade desempenhada.

10 Cfr. Eberhard Schmidt-Assmann, Le ciencia del derecho administrativo ante el reto e la internacionalización de las relaciones administrativas, in Revista de Administración Pública, n.º 171, 2006, páginas 18 e 19.

11 Alertando para o caráter restritivo da formulação do princípio da cooperação legal consagrado no artigo 19.º do CPA, Miguel Assis Raimundo, Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, 2.ª edição, 2015, páginas 179 e 180.

12 De acordo com o artigo 11.º: "1 - As entidades reguladoras estabelecem formas de cooperação e associação com outras entidades de direito público ou privado, nomeadamente com outras

E, por outro, o estabelecimento de formas de cooperação (vertical) entre a Administração Pública Europeia e as Administrações nacionais, atendendo à sua configuração, neste plano, como verdadeiras Administrações indiretas da União Europeia, encarregues de executar o seu Direito, o que pressupõe a constituição, para este fim, de entidades com funções de coordenação e de informação (o artigo 197.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, prevê, aliás, um apoio facultativo da União na melhoria da capacidade administrativa dos Estados-membros para dar execução ao Direito da União Europeia), como a redefinição, à escala europeia, das funções das entidades administrativas: *i)* seja através do inevitável exercício de definição prévia dos espaços, comuns e exclusivos, de atuação[13]; *ii)* seja através da formação dos trabalhadores da Administração Pública, numa altura em que novas ideias e velhas técnicas se combinam com velhas ideias e novas técnicas[14].

E mais do que novas dinâmicas vão surgindo novas figuras como a *fundação europeia*, pensada como "um instrumento jurídico que permite às fundações desenvolver o trabalho e cooperação além-fronteiras (…)"[15], e cujos traços fundamentais foram definidos, em 8 de fevereiro de 2012, na *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre um Estatuto da Fundação Europeia*.

Nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º e do n.º 1 do artigo 5.º, o estatuto de fundação europeia abrange apenas as fundações

entidades reguladoras, a nível comunitário ou internacional, quando isso se mostre necessário ou conveniente para a prossecução das respetivas atribuições. 2 - As entidades reguladoras estabelecem, entre si, formas de cooperação e associação nas matérias referentes ao exercício de funções e nos assuntos de interesse comum, respeitando sempre as atribuições, bem como os poderes regulatórios e sancionatórios próprios. 3 - As entidades reguladoras devem cooperar e colaborar com a entidade reguladora com competência para a aplicação das regras de defesa da concorrência nos termos do regime jurídico da concorrência, sem prejuízo do estabelecimento, por protocolo, entre aquela, as demais entidades reguladoras e outras entidades públicas relevantes, de outras formas de cooperação que se revelem adequadas a garantir a sua aplicação".

13 Cfr. Paulo Otero, Manual de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, Almedina, 2013, páginas 519 e 520.

14 Sobre a necessidade de adaptação dos trabalhadores da Administração Pública a uma nova realidade, Francisco Javier Velásquez López, La cultura de gestión de los servicios públicos, in Estudios para la reforma de la Administración Pública, Madrid, INAP, 2004, página 115.

15 Cfr. Emmanuelle Faure, in As Fundações na Europa: Aspetos Jurídicos (coord. Rui Machete/ Henrique Sousa Antunes), Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2008, página 39.

privadas de utilidade pública que exerçam atividades em, pelo menos, dois Estados-membros (cfr. artigo 6.º), tenham a sua personalidade jurídica reconhecida em todos os Estado-membros e uma dotação inicial no valor mínimo de vinte e cinco mil euros. Do âmbito de aplicação do estatuto de fundação europeia estão assim excluídas as fundações públicas, as fundações privadas desprovidas do estatuto de utilidade pública e as fundações privadas com estatuto de utilidade pública que exerçam atividade num único Estado-membro, ou cuja dotação inicial seja inferior a vinte e cinco mil euros.

Tratando-se de um estatuto aplicável a algumas fundações privadas, esta noção funcional, ao contrário de outras, acaba por não constituir um fator de complexificação do processo de qualificação jurídica e do *status* associado à qualificação de uma pessoa coletiva como pública, uma vez que a unificação do regime jurídico aplicável circunscreve-se às fundações privadas de utilidade pública com as características acima descritas, embora traga consigo outros problemas como o da diversidade de regimes aplicáveis consoante o fundador opte por fundar apenas de acordo com o regime do seu Estado ou também de acordo com o estatuto da fundação europeia e, consequentemente, o da limitação dos legisladores nacionais, que terão de repensar o regime das fundações privadas de utilidade pública. Fica, no entanto, descartada a possibilidade, prevista no projeto *Bertelsmann,* de, constituindo-se uma fundação subsumível no conceito de fundação europeia, o fundador poder escolher entre a sujeição ao estatuto europeu ou ao estatuto nacional[16].

Acrescem os efeitos a médio e a longo prazo das noções funcionais que, referindo-se à atividade desempenhada, são indiferentes à forma de organização (pública ou privada) e, como tal, à natureza jurídica da entidade, introduzindo uma correção ao nível das consequências

16 Como lembra Rui Machete, "é, em primeiro lugar, necessário limitar alguns poderes da capacidade legiferante dos Estados, quanto às Fundações Europeias, deixando espaço livre ao direito comunitário. Em segundo lugar, os Estado-membros serão mais relutantes no caso das fundações do que quanto às sociedades comerciais, em darem uma opção aos sujeitos de direitos dos seus ordenamentos, incluindo a de escolher, com maior ou menor liberdade, entre um estatuto europeu para as fundações e o estatuto nacional". Cfr. Rui Machete, in As Fundações na Europa: Aspetos Jurídicos (coord. Rui Machete/Henrique Sousa Antunes), Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2008, página 60.

jurídicas da decisão de qualificação (legal ou não) de uma entidade como pública ou privada.

É o caso do organismo de direito público que tem, pelo menos num primeiro momento, um efeito de publicização do que o legislador nacional optou por privatizar[17], no que se refere ao regime aplicável no domínio específico da contratação pública[18], introduzindo uma complexificação do regime jurídico das entidades que mereçam aquela qualificação, pela combinação de um regime de Direito público quanto à contratação, e de Direito privado (com alguns elementos de Direito Administrativo) quanto aos demais aspetos.

A utilização de conceitos funcionais como o de organismo de direito público indiferentes, por definição (e por necessidade), ao perfil organizativo da entidade, acaba contrariar a opção organizativa do legislador, sobrepondo-se às qualificações do ordenamento jurídico interno, numa divergência quanto à disciplina aplicável[19], que implica

17 A expressão é de Colaço Antunes, O Direito Administrativo Sem Estado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, página 36.

18 A figura do organismo de direito público tem origem comunitária e foi introduzida pela Diretiva 89/440/CEE, de 27 de março de 1989, e depois mantida nas Diretivas 92/50/CEE, de 18 de junho de 1992, 93/36/CEE, de 14 de junho de 1993 e 93/37/CEE, de 14 de junho de 1993, mais tarde substituídas pelas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, modificadas pela Diretiva 2005/51/CE e retificadas pela Diretiva 2005/75/CE. De acordo com o parágrafo 2.º do n.º 9 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18/CE, merece a qualificação de organismo de direito público qualquer organismo que reúna, cumulativamente, as seguintes características: (i) ter sido criado para satisfazer especificamente necessidades de interesse geral, com caráter não industrial ou comercial; (ii) ser dotado de personalidade jurídica; e (iii) desempenhar uma atividade sujeita a influência pública dominante. O conceito de organismo de direito público deve no entanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a sua interpretação e concretização, em especial ao Acórdão Beentjes e ao Acórdão Mannesmann.
Mais recentemente, as Diretivas 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, apesar de manterem a definição de organismo de direito público, não deixam de se pronunciar sobre a mesma, clarificando (pelo menos é essa a intenção declarada) dois dos seus critérios de qualificação: o de satisfação de necessidades de interesse geral sem caráter industrial ou comercial, que se deve dar como não verificado nos casos em que um organismo opera em condições normais de mercado, com fins lucrativos e assunção dos prejuízos do exercício da sua atividade; e o de financiamento maioritário por entidades públicas, a interpretar como um financiamento em mais de metade, que pode "incluir pagamentos exigidos, calculados e cobrados aos utilizadores de acordo com regras de direito público".

19 Neste sentido, Cerulli Irelli, Amministrazione Pubblica e Diritto Privato, Torino, G.

a correção das consequências jurídicas associadas àquela qualificação no que se refere ao regime aplicável em matéria de contratação, mas não da qualificação jurídica em si mesma como é defendido por alguma doutrina, sobretudo italiana[20].

Mas apesar de não implicar uma requalificação como públicas das entidades que reúnam as suas características, tornando imprópria a sua utilização pelo intérprete para outros fins que não sejam a garantia do princípio da concorrência[21], como a correção da própria qualificação do legislador e a redefinição do conceito de Administração Pública, já definida de acordo com um critério orgânico-funcional[22], – como lembra A. Romano Tassone, o ordenamento comunitário tem uma vocação casuística e antissistemática, pelo que é excessivo atribuir uma vocação globalizante a esta noção quando esta, claramente, não a pretende ter[23] –, a verdade é que ao efeito imediato de publicização, está associado, a longo prazo, o efeito contrário.

É certo que as noções funcionais não são um exclusivo do Direito da União Europeia. Pense-se na noção de *setor público empresarial* utilizada pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, que serve o propósito

Giappichelli Editore, 2011, página 47.

20 A qualificação de uma entidade como organismo de direito público tem para alguma doutrina italiana um efeito de requalificação como pessoa coletiva pública, apesar da sua qualificação legislativa expressa como pessoa coletiva privada. Sandro De Götzen chama à atenção para o facto de esta utilização do conceito de organismo de direito público ter vindo a ser justificada pela coincidência dos seus critérios com os requisitos que a jurisprudência italina utiliza como índices de publicidade. Cfr, Cfr. Sandro de Götzen, Le "Fondazioni Legali" tra Diritto Amministrativo e Diritto Privato, Milano, Giuffrè Editore, 2011, página 368.

21 Neste sentido, Andrea Maltoni, Enti pubblici e privati in forma di fondazioni: regime giuridico e modalità, in Diritto amministrativo, Revista Trimestrale, n.º 4/2006, Milano, Giuffrè Editore, Anno XIV, páginas 838 e 839; V. Cerulli Irelli, Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa, in Fondazioni e Attività Amministrativa, Collana di Diritto Amministrativo, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, páginas 29 e 30; Francesco Manganaro, Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche, in Diritto amministrativo, n.ºs 1-2/2014, Milano, Giuffrè Editore, página 48.

22 Esta utilização do conceito de organismo de direito público não nos parecer ser de admitir não só pelas entidades que permite incluir na Administração Pública (que já é definida em sentido funcional), mas pelas entidades que exclui, como as associações públicas profissionais.

23 Antonio Romano Tassone, Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modelo, in Fondazioni e Attività Amministrativa, Collana di Diritto Amministrativo, Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, página 42.

de possibilitar a aplicação de algumas das suas normas a empresas públicas, a empresas participadas e até a empresas locais. Mas a verdade é que muitas delas em grande medida não deixam de o ser: o conceito de empresa pública é de inspiração comunitária e tem associado a aplicação do regime previsto no Decreto-lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, a empresas públicas sob a forma de sociedade anónima sujeitas a influência pública dominante e a entidades públicas empresariais, definindo as modificações e as vinculações de Direito público ao regime de Direito privado aplicável às empresas privadas, com a perplexidade de não existirem diferenças significativas ao nível do regime em função da forma de organização, o que torna as alternativas de organização falsas alternativas[24].

Mas a verdade é que apesar do efeito imediato de publicização, num alargamento do âmbito de aplicação do Direito Administrativo que contraria a tendência, a qualquer uma das noções, e portanto, também à de organismo de direito público, está ligado um efeito de relativização da categoria jurídica da pessoa coletiva pública, e portanto, da distinção entre o público e o privado, que contribui para uma metamorfose organizativa (e funcional) difícil de enquadrar nos esquemas concetuais tradicionais, por se reger por uma bitola estranha à que construiu o nosso sistema.

Acresce a fraca densidade destes conceitos e a tarefa criativa dos tribunais, em especial do Tribunal de Justiça da União Europeia, que concretiza, por vezes de forma ambígua, os critérios de que depende a qualificação de uma entidade como organismo de direito público. Um conceito que cria indefinição e que é, também ele, indefinido.

Pelo que nem o Direito da União Europeia é indiferente à dicotomia entre o público e o privado, como afinal, a médio e longo prazo não publiciza, relativiza, e, portanto, acaba por privatizar. Apesar de uma das funções da conceção sistemática de Direito Administrativo passar por uma função recetora, o Direito da União Europeia mantém-se

24 Sobre as formas de organização das empresas públicas, à luz do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, cfr. Juliana Ferraz Coutinho, O Público e o Privado na Organização Administrativa: da relevância do sujeito à especialidade da função, Coimbra, Almedina, 2017, página 488 e seguintes (no prelo).

como uma dificuldade de uma determinada conceção sistemática do Direito Administrativo.

As pontualizações ou derivações que introduz corrigem, pelo menos parcialmente, o *status* associado a uma decisão de qualificação jurídica, numa correção que associada à indefinição do próprio conceito de organismo de direito público, às criatividades do legislador nacional na composição dos regimes jurídicos aplicáveis (integrados por normas de direito público e de direito privado) e à falta de um critério uniforme de qualificação jurídica, impõe uma reconfiguração da categoria de pessoa coletiva pública. É certo que as categorias jurídicas não são imutáveis, e que não lhes podemos pedir, como lembra J. L. Meilán Gil[25], mais do que elas podem dar, pelo que é natural que os seus elementos e alcance sejam repensados à luz de um novo contexto – global – e de um novo paradigma do Estado, ou até, no limite, que uma determinada categoria jurídica deixe de fazer sentido quando as alterações impostas a descaracterizem por completo.

Não é o caso da categoria jurídica de pessoa coletiva pública que se mantém, embora diferente, como um elemento primário, essencial, do Direito Administrativo, pelo fim (único) para o qual são constituídas e ao qual estão *exclusivamente* vinculadas – a prossecução do interesse público – e pela capacidade jurídica e pelo regime jurídico (mínimo) de Direito Administrativo que daí resulta.

Um Direito Administrativo com uma identidade diferente não é o mesmo que um Direito Administrativo sem identidade.

> *"A nossa civilização sabe que os seus princípios abrem falência – se desmaterializam –, e por isso duvida de si própria. Pois bem, parece que ainda nenhuma civilização sucumbiu, de morte plena, a um ataque de dúvida. Melhor, parece-me recordar que as civilizações sucumbiram sempre pela razão contrária – por*

25 J. L. Meilán Gil, Un meeting point de los ordenamentos jurídicos sobre contratación pública, in Revista de Administración Pública, n.º 198, Madrid, septiembre-diciembre (2015), páginas 45 e 46. Sobre as categorias jurídicas no Direito Administrativo, cfr. J. L. Meilán Gil, Categorías jurídicas en el Derecho administrativo, Iustel, Madrid, 2011.

petrificação ou arteriosclerose das suas crenças"[26].

José Ortega Y Gasset

26 José Ortega Y Gasset, O Conhecimento do Homem do Século XX, Publicações Europa-América, 1952, página 124.

DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL DA AVIAÇÃO INTERNACIONAL

Nuno José Vasconcelos Albuquerque Sousa
Professor da Universidade Lusófona do Porto

1. Introdução ao Direito Administrativo Global (DAG)

Parece cada vez mais inquestionável a importância do conceito de direito administrativo global (DAG), visto o clássico direito internacional público focado nas relações jurídico-internacionais entre Estados soberanos não conseguir abranger a realidade complexa da governance global. O direito administrativo global representa um estádio de integração mais elevado e denso, face ao direito internacional clássico, exigido pela realidade da governance global. Inscreve-se no tema das transformações recentes no direito público, provocadas, entre outras razões, pela globalização. O direito internacional clássico de base consensual ou de cooperação não é suficiente para solucionar os atuais problemas a nível global. Os sujeitos globais não são só os Estados soberanos, também se podem incluir entidades privadas ou organismos transnacionais. O direito administrativo interno, o direito administrativo europeu e o direito administrativo internacional são âmbitos jurídicos inter-relacionados nos casos concretos. As instituições europeias subscreveram algumas convenções de direito administrativo internacional que, por essa via, podem ser aplicadas pelos Estados-membros. O direito administrativo internacional, melhor designado como direito administrativo global, é fonte de direito administrativo

interno, podendo os tribunais aplicar diretamente as suas normas. No caso das normas convencionais internacionais serem mais garantísticas e abrangentes do que as de direito interno, os tribunais podem fazer uma interpretação conforme o direito convencional global.[1]

O conceito material de DAG parece ser mais relevante e unificador do que o conceito formal de DAG, este relacionado com as normas de funcionamento e organizatórias de cada organização internacional seja intergovernamental, seja não-governamental. O conceito material de DAG consiste na ponderação e identificação de novos interesses públicos globais como o ambiente, o aquecimento global, a saúde pública, os mercados financeiros, etc. A rapidez exigida por algumas conjunturas globais aconselha a que não sejam só os meios administrativos internos a aplicar as disposições globais (exemplo: os refugiados).

Os preceitos globais podem aplicar-se imediatamente no espaço administrativo interno, sem mediação legislativa nacional. Os particulares podem exercer garantias perante organismos supraestatais na defesa de interesses públicos globais que vinculam os respetivos Estados nacionais. Exemplo: participação dos cidadãos e acesso à informação em questões ambientais com base na Convenção de Aahrus, assinada pela União Europeia e pelos Estados-membros. Também, por exemplo, as determinações do *World Heritage Committee* sobre bens nacionais constantes da lista do património mundial se aplicam imediatamente no espaço administrativo interno.

1 Vd. SUNG-KUO, Ming-Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-C Global Constitutionalism – International Law and Politics vol. 44:59, 2011 – refere a possibilidade de aplicar à global governance o constitucionalismo global. NAPOLITANO, Giulio. Diritto Amministrativo Comparato. Milano: Giuffrè, 2007-I Grandi Sistemi del Diritto Amministrativo, p. 56 ss. HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/VOSSKUHLE. Grundlagendes Verwaltungsrechts. Munchen: Be ck, 2012, p. 330 s. SILVA,Suzana Tavares. Direitos Fundamentais na Arena Global.Coimbra:Imprensa da Universidade, 2011, p. 13ss. SILVA, Suzana Tavares. Um Novo Direito Administrativo? Coimbra: Imprensa da Universidade, 2010, ps. 25, 27, 32, 33s. VIEIRA DE ANDRADE, J.C. Lições de Administrativo. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2013, p. 26ss. FREITAS DO AMARAL, D. Curso de Direito Administrativo, vol.I.Coimbra:Almedina, 2016, p. 167. OTERO, Paulo. Manual de Direito Administrativo, vol.I Coimbra: Almedina, p. 513ss, 531ss. CASSESE, Sabino. What is GAL and why study it? RSCAS 2012/04, p. 1ss. BATTINI, Stefano. Administrative Law Beyond the State, p. 11ss, 17s. Robert Schuman Centre for Advanced Studies-Policy Papers 2012/04.

O direito administrativo global diferencia-se do direito administrativo europeu, embora ambos sejam sistemas transnacionais. Este resulta do interesse político-económico da construção europeia. O direito administrativo global relaciona-se mais com pressupostos económicos derivados do funcionamento dos mercados globais, do interesse em proteger os interesses económicos dos privados face a decisões administrativas de Estados estrangeiros, e da globalização em geral. O direito administrativo global, que já ultrapassou o estado embrionário, tem um carácter fragmentário, descentralizado, sem estrutura hierárquica, sem fundamento constitucional, e aposta mais no plano procedimental. Os órgãos jurisdicionais internacionais exercem um judicial review incipiente dos atos do poder público internacional, diversamente da justiça comunitária. O direito europeu é centralizado, normativo-positivo, institucional e supranacional. O direito administrativo global pode ser mais técnico, como é o caso da ICAO que é objeto da presente investigação, experimental, negocial, e transnacional. A referência predominante do direito europeu é a vontade dos Estados membros expressa no executivo comunitário. O DAG atua mais na base da atividade das organizações internacionais mais ou menos formais.[2]

Em relação ao direito administrativo interno, o DAG não se baseia numa estrutura centralizada, soberana e vertical, não possui um poder legislativo soberano central, não perfilha a separação nítida direito público-direito privado, aliás seguindo o modelo norte-americano que tem influenciado bastante a conceção do DAG (vd., por exemplo,

2 Vd.CANANEA, G.della.Diritto Amministrativo Europeo. 2ªed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 91ss. KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. El surgimiento del derecho administrativo global. Res Publica Argentina 2007-3, ps. 26, 28, 29ss, 32, 34, 37. CASSESE, Sabino. What is global administrative law and why study it?, cit. ps. 8, 10. NETO, E.Bitencourt. Direito Administrativo Transnacional. Revista Eletrónica de Direito Administrativo Eletrónico. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público nº 18, maio, 2009, p. 4ss., 10ss. CASSESE,S. Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation. International Law and Politics-vol. 37, p. 663ss. BATTINI, s. Administrative Law Beyond the State cit. p.17ss. LADEUR, K-H. The Evolution of General Administrative Law and the Emergence of Postmodern Administrative Law. Osgoode Hall Law School. Research Paper nº 16/2011, p. 64ss.NAPOLITANO, G. Diritto Amministrativo Comparato. Milano: Giuffrè:2007, p. 37ss. SILVA, Suzana Tavares. Um Novo Direito Administrativo? Coimbra: Imprensa Universidade. 2010, p. 30ss.

o projeto de DAG realizado na New York University School of Law por Benedict Kingsbury e outros), e utiliza meios procedimentais de autoregulação, comités científicos, e negociações informais.

O direito administrativo global não se confunde com o direito interno das organizações internacionais. Não se pode separar o espaço nacional do espaço internacional como no tempo do direito internacional clássico. É visível o inter-relacionamento entre o espaço nacional e o espaço global e a diminuição do papel dos Estados-soberanos. Não se trata de funções administrativas estaduais, nem dum dualismo direito interno-direito internacional. Está a referir-se uma função administrativa dirigida ao espaço global em termos de regulação e administração.

A função administrativa global não assenta sempre numa formação totalmente formalizada de normas e princípios, não sendo conveniente apelar-se a um princípio da legalidade em sentido estrito. As funções administrativas que são funções de execução e de conformação não cabem só aos governos, mas também a atividades em rede, não hierarquizadas mas circulares, de representantes dos governos, de organizações intergovernamentais e não- governamentais, de empresas e indivíduos. A global governance relaciona-se basicamente com o princípio "ubi societas ibi jus". O direito administrativo global pode surgir após a regulação duma situação, não se exigindo o referido princípio estrito da legalidade, e pode não ser possível aplicar normas de direito interno que não foram pensadas para serem aplicadas ao espaço administrativo global.

A origem do direito administrativo global resulta da interdependência crescente entre os Estados no plano global, e referir a governance global significa introduzir a dimensão da globalização em geral, não como uma estrutura global unitária, mas como um sistema de ordenamentos múltiplos. Os reguladores nacionais não têm capacidade para prever e controlar situações que têm diretamente uma dimensão global como o ambiente, os mercados financeiros, as comunicações eletrónicas, o terrorismo, os refugiados, etc. As matérias de âmbito global carecem de regulamentação global, sob pena das disfuncionalidades serem

frequentes, é o que está a acontecer atualmente com o afluxo crescente de refugiados, ou em 2008, com a crise financeira internacional. Surgem, assim, por vezes, fora dos círculos estaduais-formais, as organizações transnacionais com base em acordos ou tratados internacionais ou meios de cooperação informal. Os poderes públicos internacionais podem definir primariamente regras e decisões aplicáveis a empresas e indivíduos, que depois os Estados incluem no seu ordenamento, porque é do seu interesse ou não querem ser prejudicados face à concorrência internacional, executando em conformidade as opções e orientações tomadas ao nível supranacional consideradas e exigidas por uma boa governance global. Os eventuais conflitos ou litígios entre os poderes públicos e os direitos dos indivíduos ou empresas podem assim ser dirimidos pela rule of law. Também simples decisões administrativas nacionais podem ter efeitos extraterritoriais, por exemplo, a proibição administrativa nacional de importar um certo bem alimentar comercializado por uma empresa multinacional, pode originar a intervenção da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Sem dúvida, que as competências das organizações internacionais resultam da vontade constitutiva dos governos nacionais. Porém, instituídas estas, elas vão estabelecer relações jurídicas com outras organizações internacionais, com os governos e com os particulares, sem terem de passar pelos canais governamentais nacionais. Podem ser criadas organizações internacionais por outras organizações internacionais, e não pelos Estados diretamente. Uma efetiva atuação mais ou menos autónoma não é impedida pela delegação formal de poderes feita pelos Estados no momento constitutivo da organização internacional. As organizações internacionais podem exercer progressivamente atividades administrativas cujos destinatários sejam outras instituições internacionais, governos, empresas ou particulares. Se me indicarem uma organização internacional que seja gerida por uma assembleia composta por todos os Estados-membros e em que as votações exijam unanimidade, então eu diria que estaríamos ainda no direito internacional clássico. Mas não é destas organizações internacionais que se está a teorizar. Por exemplo, o Conselho da ICAO (Organização Internacional da Aviação Civil) é composto por 36 Estados contratantes eleitos pelos cerca de 191 Estados membros

da Convenção, e as votações no Conselho são por maioria, pelo que a atividade da ICAO ganha uma evidente autonomia face à vontade dos Estados membros.

Os princípios de regulação e administração dos direitos administrativos nacionais ou europeus podem também ser aplicados no espaço global como direito comum, se neste ocorrer um défice de normatividade. Por motivo da legitimação e da *accountability*, devem observar-se a transparência, a proporcionalidade, o *due process*, a fundamentação das decisões, a participação de interessados e de organizações não governamentais como observadores, e garantias administrativas e jurisdicionais, etc. O direito administrativo global protege os particulares perante regulações administrativas estaduais estrangeiras e decisões de organizações administrativas globais. Em primeiro plano, estarão *rules of law* internacionais, contendo princípios jurídicos e procedimentos essenciais, harmonizadores, no aspeto das garantias, dos vários ordenamentos nacionais.

Concebendo-se a existência de facto dum espaço administrativo global e, principalmente, de interesses públicos globais, será de aplicar o princípio "*ubi societas ibi jus*". O conteúdo do DAG pode não consistir apenas num denominador comum dos direitos administrativos nacionais, podendo incluir conteúdos e princípios normativos específicos. O conceito material de DAG refere-se à proteção pelo direito administrativo dos direitos fundamentais que são garantias contra a atuação dos poderes públicos nacionais ou estrangeiros ou das organizações globais, baseado na aplicação duma *rule of law universal* entendida como património comum das relações jurídicas internacionais no plano administrativo.[3]

3 Vd. NETO, E.Bitencourt. Direito Administrativo Transnacional cit. 3, 4, 10, 11ss. KRISCH, N./KINGSBURY, B. Introduction: Global Governance and global administrative law in the international legal order. The European Journal of International Law, vol. 17 nº1, 2006, p. 12ss. BATTINI, S. Il diritto amministrativo oltre i confini. Milano: Giuffrè, 2008, ps. 2ss, 14-20. KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. El Surgimiento del derecho administrativo global cit. ps. 3, 27, 29ss. KRISCH/KINGSBURY. Introdução.Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, dez. 2012, p. 19ss. KINGSBURY, B. The Concept of Law in Global Administrative Law. EJIL,2009, vol. 20, nº1, p. 23ss. TORCHIA, Luisa.Lezioni di diritto amministrativo progredito. Bologna: Il Mulino, 2010, ps. 28ss. CASSESE, S. The Global Polity. Global Law Press. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012, ps. 109ss, 157ss.

Pode argumentar-se contra estes raciocínios que os Estados continuam a manter o poder final de aprovarem a receção das normas ou standards elaborados no espaço global, e então nada de radicalmente diferente teria ocorrido face ao papel das organizações internacionais no clássico direito internacional. No direito administrativo global, a vinculação nem sempre passa por um procedimento jurídico formal, podendo ocorrer uma vinculação de facto, *soft*, ou política. Uma norma soft para os Estados, pode na mesma ter efeitos vinculativos diretos e imediatos para os particulares e empresas. Recordo o caso da ICAO (*International Civil Aviation Organization*) que emanou standards redutores de emissões poluentes, mas não imediatamente vinculantes para os Estados-membros. A EPA (*Environmental Protection Agency*), norte-americana, elaborou um procedimento de notice and comment com o objetivo de aprovar standards ambientais mais exigentes. A harmonização jurídica foi alcançada mediante o efeito de integração económico-concorrencial dos mercados globais, que inevitavelmente iriam penalizar em termos concorrenciais as companhias aéreas norte-americanas caso os standards aprovados pela EPA entrassem em vigor, o que não aconteceu, pois eram mais rigorosos que os da concorrência estrangeira.

No espaço jurídico global, não se vai aplicar o clássico princípio da separação de poderes, entre poderes legislativo, executivo e judicial, o qual também não se aplica no direito europeu. Mas, podem utilizar-se mecanismos compensatórios da falta de legitimação democrática através da transparência, participação dos interessados, e da *judicial review*.

O Reino-Unido não tem uma constituição formal-documental, nem a União Europeia possui uma constituição, mas tal não impediu, no segundo caso, que fosse aprovada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Carta da ONU e os Pactos Internacionais de Direitos Fundamentais fazem parte do conceito material do DAG, isto é, o DAG encontra a sua legitimação no direito internacional. Vd. os arts. 8º 1 e 3 e 16º2 da CRP.

Apesar do carácter fragmentário e setorial do DAG, a sua finalidade é tornar vigentes, no espaço jurídico global, certos princípios jurídicos básicos como a *accountability*, a transparência, a participação dos

interessados, a fundamentação das decisões, o due process e a *judicial review*. Mesmo no direito interno, podem existir normas de vinculatividade diferenciada, a qual não se confunde com coercibilidade. Não me parece que os preceitos ou standards emanados, por exemplo, pela OMC, pela OMS, pelo FMI, pelo Banco Mundial, pelo Comité de Basileia, pelo Grupo de Ação Financeira Internacional, etc. não tenham um sentido de cumprimento normativamente vinculado pelos membros dessas organizações internacionais que não têm de ser exclusivamente os Estados. Os sistemas reguladores internacionais, com a OCDE, a OMC, os G-7/G-8, os Comités de regulação da energia nuclear, o Instrumento de Supervisão da Convenção sobre Armas Químicas, o *World Heritage Committee*, a ICAO exercem funções administrativas no espaço administrativo global.

Quer no espaço europeu, quer no espaço global podemos encontrar órgãos de carácter jurisdicional ou quase-jurisdicional. As organizações internacionais não emanam só as regras, também fiscalizam o seu cumprimento, e podem solucionar os eventuais litígios através de órgãos jurisdicionais ou quase-jurisdicionais previstos nos sistemas reguladores globais.

Não parece acertado afirmar que o DAG contém uma lógica de favorecimento dos países mais ricos, pois as questões ambientais, da saúde, do clima, da internet, etc. são matérias que interessam à humanidade em geral. Um argumento tão simplista poderia, então, aplicar-se à ONU, onde o peso decisório dos países que pertencem ao Conselho de Segurança é muito superior aos demais, e à própria União Europeia onde subsistem grandes diferenças de desenvolvimento e riqueza entre os Estados-membros.

Diversamente da teoria dualista de H. TRIEPEL, parece não existir um dualismo de exclusão, mas uma interpenetração dos ordenamentos nacionais, europeu, internacionais e globais, em esquemas multinível, e os preceitos ou *standards* de direito global são úteis na prevenção e resolução de eventuais conflitos entre poderes públicos internacionais e os particulares, sejam cidadãos, grupos ou empresas. Podem existir conflitos normativos entre normas nacionais, estrangeiras, europeias e globais. Se

for exigível apelar a uma hierarquia de normas, ter-se-á de dar o primeiro plano aos princípios e normas do direito internacional geral ou comum considerado jus cogens internacional. Os eventuais conflitos entre direito nacional e DAG talvez se possam dirimir em conformidade com o modelo das relações entre o direito comunitário e o direito dos Estados-membros. No caso Kadi e Yusuf, o Tribunal de Justiça defendeu o primado do direito da ONU sobre o direito europeu num juízo relacionado com a adoção de medidas antiterroristas contidas em Resolução do Conselho de Segurança da ONU. Neste ponto duma eventual hierarquia normativa dos ordenamentos pode não existir uma solução unitária devido às particularidades de cada sistema regulador global.[4]

2. O direito administrativo global da aviação civil

Este direito administrativo especial compõe-se de três níveis inter-relacionados: o nacional, o europeu e o global. Cada nível deste direito não é separável dos outros níveis. Não se trata dum direito essencialmente nacional, nem estadual, nem se observa um princípio de legalidade estrita. As normas emanadas diretamente das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram na ordem interna, nos termos do art. 8º nº3 da CRP. Para se poder falar dum direito administrativo global da aviação civil, as normas e standards das organizações internacionais devem ser vinculativas e aplicadas pelos destinatários; também não se trata de meras normas de soft law; entre os destinatários das normas contam-se particulares e empresas da indústria da aviação, há um sistema sancionatório, e um sistema de garantias-recursos.

4 BATTINI, S. Amministrazioni nazionali e controversie globali. Milano: Giuffrè, 2007, p. 76ss, 141ss. CASSESE, S. What is global administrative law and why study it?, p. 8ss. RSCAS Policy Papers 2012/04, European University Institute, Florence. KINGSBURY, B./KRISCH, N./STEWART, R. El surgimento del derecho administrativo global, cit. p. 30s. BATTINI, S. The procedural side of legal globalization: the case of the World Heritage Convention, p. 17s. The New Public Law in a Global (Dis) Order. A Perspective from Italy. J.Monnet Working Paper 18/10. Global Administrative Law: The case book. Edited by Sabino Cassese. 3ªed. 2012. CASINI, L. Beyond the State: The Emergence of Global Administration, p. 22ss. CAROTTI, B./DIMITROPOULOS, G. Horizontality as a Global Strategy for Accountability: The OECD Reviewing the EU CAP, p. 306, 307. CAVALIERI, E. The Role of Advisory Bodies in the World Heritage Convention, p. 366, 367.

a) O nível do direito administrativo nacional da aviação civil

A ANAC (Autoridade Nacional da Aviação Civil) regulamenta o setor da aviação civil, e define as regras necessárias à aplicação de normas e de recomendações de normalização técnica provenientes dos organismos internacionais do setor da aviação civil. As ações requeridas pelas Diretivas de Navegabilidade(DN) da ANAC são obrigatórias e aplicam-se a todos os operadores nacionais de transporte aéreo comercial. Como exemplo, refira-se a exigência relativa à porta de cabina de pilotagem reforçada; esta DN constitui um mandato legítimo do INAC, I.P., consubstanciando o seu incumprimento contraordenação grave segundo o nº 1 do art.7º do DL. nº 10/2004, de 9-1. As Diretivas de Navegabilidade ANAC remetem para as Diretivas de Navegabilidade EASA (*European Aviation Safety Agency*) que até à data têm cerca de 11 577 publicações duma lista de "*Mandatory Continuing Airworthiness Information*". O direito administrativo europeu é de aplicação imediata às entidades públicas, como a ANAC, e às empresas de serviço aéreo.[5]

A propósito, é interessante a sentença do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão (TCRS) que deu razão à ANAC e condenou uma transportadora aérea pela prática de 91 contraordenações respeitantes aos direitos dos passageiros, e ao pagamento duma indemnização, prevista no Regulamento CE nº 261/2004, do Parlamento e do Conselho de 11 de fevereiro, aos passageiros afetados pelo cancelamento de 13 voos.

Em certos casos, pode haver aprovação indireta de Manuais, sem aprovação prévia da ANAC, desde que se cumpram os requisitos das normas europeias. A Circular Técnica de Informação do INAC 12-03 Edição 1, de 4 de setembro de 2012, aplica-se a todas as organizações de gestão da continuidade da aeronavegabilidade, de manutenção e de produção. A regulamentação da UE, complementada pelas decisões da EASA, requer que as alterações significativas sejam aprovadas pela Autoridade Nacional antes da sua implementação. As revisões aos manuais das organizações estão sujeitas ao cumprimento do procedimento descrito no manual aprovado pela ANAC, mas os

5 Para toda a alínea a) vd.site da Autoridade Nacional da Aviação Civil-www.inac.pt, em 24/11/2016.

requerimentos são ao abrigo dum regime ANAC/EASA. Para que seja atribuída a uma organização o privilégio de aprovação indireta do manual/procedimento, sem submissão prévia à aprovação da ANAC, a organização terá de demonstrar que possui um certo nível de capacidade e um sistema de controlo conforme aos respetivos Regulamentos UE e Decisões EASA.

Um Acordo entre, por exemplo, a República Federativa do Brasil e a União Europeia relativo à segurança da aviação civil pode ser aplicável diretamente em Portugal. A Circular Técnica de Informação (*advisory circular*) C.T.I. 16-01 - Edição 2 aplica-se a todas as organizações de manutenção aprovadas de acordo com a EASA Parte 145 que possuam ou pretendam uma aprovação de acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil Brasileira. Esta CTI divulga informação e orientações para que uma organização de manutenção certificada pela Autoridade portuguesa possa obter uma aprovação de acordo com a Regulamentação brasileira RBAC 145, para manutenção de aeronaves e seus componentes registados no Brasil. As aprovações serão baseadas no "*Maintenance Annex Guidance*" (MAG), segundo os requisitos regulamentares do Anexo B ao Acordo Bilateral entre a UE e a República Federativa do Brasil. O objetivo deste Acordo em matéria de segurança na aviação é o de estabelecer harmonização entre a UE e o Brasil. Na Europa, a EASA é responsável pela gestão da sua implementação e no Brasil essa tarefa cabe à ANAC brasileira, e sabe-se que susbsistem algumas diferenças entre os requisitos europeus e brasileiros. A suspensão da aprovação EASA Parte 145 tornará automaticamente a carta de aprovação do suplemento ANAC inválida, e a organização de manutenção não poderá exercer os privilégios da sua aprovação RBAC 145.

A fixação do limite de idade dos pilotos da aviação civil é um claro exemplo da circularidade entre o direito nacional, o direito europeu e o direito global-internacional, sendo o direito nacional um direito de execução. A fixação do limite de idade dos pilotos aos 65 anos tem como objetivo impedir a discriminação dos pilotos portugueses que estariam impedidos de exercer funções quando noutros países essa restrição dos 60 anos não existia. Conforme o art. 37º da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, aprovada pelo DL. nº 36 158, de 17-2-1947, os

Estados Contratantes obrigam-se a aplicar uniformemente as regras e procedimentos internacionais relativos às aeronaves,etc. que sejam adotados pela Organização da Aviação Civil Internacional (OACI). *As Joint Aviation Authorities* (JAA), organismo associado à Conferência Europeia de Aviação Civil e integrando as autoridades nacionais de aviação civil dos Estados europeus, subscritoras dos convénios relativos à elaboração e aplicação de normas técnicas comuns (JAR), adotaram as normas JAR-FCL 1.060 e 2.060, e estas normas técnicas admitem a possibilidade dos pilotos poderem voar até aos 65 anos, facilitando a harmonização europeia no domínio dos standards das licenças de piloto de linha aérea. As JAA representam as autoridades reguladoras de um certo número de Estados europeus e desenvolvem, no domínio da segurança aérea, procedimentos e regras standards e códigos de certificação de aeronaves, portanto, não se trata dos governos estaduais diretamente mas dos reguladores. A partir de 23 de novembro de 2006, data da entrada em vigor da emenda 167 ao anexo I à Convenção de Chicago, a norma OACI passa a ser a de que um Estado contratante emitente de uma licença de piloto deve permitir que o seu titular atue como piloto mesmo após ter atingido os 60 anos e até aos 65 anos. Harmonizou-se assim no plano europeu e internacional a fixação do limite de idade para o exercício da profissão de piloto, e também a nível nacional se tiveram de introduzir normas compatíveis com as normas emanadas pela OACI, nos termos da Convenção de Chicago. Cfr. DL. nº 322/2007, de 27-9.

Desta alínea a) concluo que, em matéria de aviação civil, há um conjunto de regras complementares e inter-relacionadas, nos planos nacional, europeu e internacional, aplicadas por poderes administrativos e vinculativas diretamente dos particulares, sejam empresas de aviação, sejam profissionais da aviação, e que que constituem o direito administrativo multinível do setor.

b) O nível do direito administrativo europeu da aviação civil

b) 1. A EASA (*European Aviation Safety Agency*)

É constituída por 32 Estados membros e exerce diretamente poderes administrativos e tarefas administrativas relacionadas com os cidadãos da

UE. O seu orçamento, em 2015, foi proveniente em 24% do orçamento comunitário, em 8% de contribuições de terceiros países, e em 68% de pagamentos da indústria por serviços prestados como certificados, aprovações e outros serviços. Nas missões, incluem-se a de assegurar a mais elevada possível segurança dos cidadãos europeus e colaborar com outras organizações internacionais e reguladores. Entre as tarefas administrativas, contam-se a aprovação de regras no âmbito das suas atribuições, a certificação e aprovação de produtos e organizações em que a EASA tenha competências exclusivas, promover a utilização de *standards* europeus e mundiais, cooperar com outros atores internacionais, não necessariamente Estados ou organizações intergovernamentais, tendo em vista a segurança global dos cidadãos europeus, nomeadamente pelas autorizações dadas a operadores de terceiros-países. São utilizados técnicos externos independentes dos Estados. Tem a responsabilidade de certificar todo o avião produzido e desenhado na Europa. A EASA empreende ações imediatas e apropriadas para assegurar o mais elevado nível dos standards de segurança; notifica a Comissão europeia das regras de segurança e é responsável por traduzir em termos técnicos a melhor forma de concretizar a segurança a nível elevado; é responsável por monitorizar a aplicação das regras da segurança aérea pelas autoridades nacionais de cada Estado membro, podendo realizar inspeções locais, e os operadores não-europeus também podem ser sujeitos a inspeções; a EASA promove a cooperação internacional entre diferentes organizações internacionais. No caso de violações de segurança, as medidas adequadas podem ser tomadas pela Comissão europeia. A Agência coopera com autoridades de segurança fora do espaço europeu.

O Regulamento (CE) nº 216/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20/2/2008 contempla no cap.III a EASA. Os Estados membros da UE cumprem as regras da EASA mas também as regras da Convenção de Chicago. A Comissão e os Estados-membros são representados pelo "*Management Board*" que fiscaliza as atividades da Agência. Todas as decisões adotadas pela Comissão ficam sob controlo do TJCE, inclusive relativamente a multas e outras sanções pecuniárias impostas pela Comissão. Prevê-se, no art 26º, que as decisões do diretor executivo da Agência sejam recorríveis para o "*Board of Appeal*", do qual se pode recorrer para o Tribunal de Justiça.

b) 2. Céu Único Europeu

É um programa de organização do espaço aéreo europeu no sentido do aumento da eficiência, de melhoria do balanço custo-eficácia e do nível de segurança operacional. O programa foi lançado, em 20 de abril de 2004, pela publicação de quatro Regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho. O Regulamento-Quadro nº 549/2004 que define os objetivos, os procedimentos gerais e as entidades gestoras do programa. O Regulamento do Espaço Aéreo nº 551/2004 sobre a organização e utilização do espaço aéreo, cooperação civil-militar e reconfiguração do espaço aéreo superior. O Regulamento de prestação de serviços nº 550/2004 obriga à certificação dos prestadores de serviço de navegação aérea e contém as bases dum sistema transparente de fixação de tarifas. O Regulamento de Interoperabilidade nº 552/2004 define a interoperabilidade dos vários sistemas e procedimentos associados à gestão do espaço aéreo. Estes quatro regulamentos foram alterados em 21 de outubro de 2009 pelo Regulamento CE nº 1070/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho.

As entidades envolvidas na gestão do programa são:

- A Comissão europeia propõe legislação, mas no âmbito do Céu Único Europeu, inclui a competência delegada pelo Conselho e pelo Parlamento para adotar legislação de execução;
- O Comité do Céu Único é consultado pela Comissão sobre propostas de legislação, e a sua aprovação permite à Comissão adotar Regras de Execução. Este Comité é constituído por dois representantes de cada Estado membro e é presidido pela Comissão;
- Um Órgão Consultivo do Setor integrando as associações de prestadores de serviços de navegação aérea, de utilizadores, de aeroportos, de fabricantes e de organismos representativos dos profissionais;
- As Autoridades Nacionais com as funções específicas previstas nos quatro Regulamentos Básicos e nas Regras de Execução;
- A Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea (Eurocontrol), criada por Convenção Internacional em 1960,

com 33 Estados membros, e que neste programa é consultora da Comissão Europeia mandatada para preparar os textos base das Regras de Execução.[6]

c) O nível do direito administrativo global da aviação civil

c) 1. A Convenção de Chicago

Esta Convenção foi assinada em 7 de dezembro de 1944 pela Delegação portuguesa à Conferência da Aviação Civil Internacional. A ICAO (Organização Internacional da Aviação Civil) goza , no território de cada Estado contratante, de capacidade jurídica necessária para o exercício das suas funções (art. 47º). A ICAO adotará ou modificará as normas internacionais, as regras e os processos recomendados sobre regras de navegação aérea, características dos aeroportos, concessões de licença ao pessoal navegante e aos mecânicos, aeronaves em perigo e investigação de acidentes, etc. (art. 37º).No caso de desvio das normas e usos internacionais, o Conselho comunicará imediatamente a todos os outros Estados as diferenças existentes entre as normas internacionais e as correspondentes práticas nacionais do Estado em questão (art. 38º). São feitos averbamentos nos certificados e licenças no caso de aeronaves ou peças que não respeitem as normas internacionais de navegabilidade, ou se uma pessoa portadora de licença não satisfaça plenamente as condições exigidas pelas normas internacionais referentes à classe de licença ou certificado (art. 39º). Nenhuma aeronave ou pessoa em cujos certificados ou licenças existam averbamentos de desconformidades, poderá participar, em regra, na navegação aérea internacional (art. 40º). O Conselho é um órgão permanente, responsável perante a Assembleia, e compõe-se de 36 Estados contratantes eleitos pela Assembleia (art. 50º). A escolha do presidente do Conselho não recai necessariamente num dos representantes dos membros do Conselho (art. 51º).As decisões do Conselho são tomadas por maioria de votos dos seus membros (art. 52º). Nenhum Estado membro pode votar nas deliberações do Conselho sobre controvérsias que lhe digam respeito (art. 53º). Entre as numerosas atribuições do Conselho, incluem-se a comunicação aos Estados contratantes das infrações desta Convenção, quando um Estado

6 Para as alíneas b)1. e b)2. vd. site da EASA - www.easa.europa.eu, e www.anac.pt em 24/11/2016.

contratante não tome em prazo razoável as providências necessárias depois de lhe ter sido notificada a infração, e adotar as normas internacionais e as práticas recomendadas, etc. (art. 54º). Entre as atribuições facultativas do Conselho, conta-se a de designar grupos de Estados ou empresas aéreas com os quais o Conselho poderá mais facilmente empenhar-se nos objetivos da Convenção (art. 55º a.). Os membros da Comissão de Navegação Aérea devem possuir competência e experiência adequadas na ciência e prática aeronáuticas (art. 56º). Cada Estado contratante deve respeitar o carácter internacional das funções do pessoal sem procurar influenciar os seus nacionais no exercício das mesmas (art. 59º). A ICAO pode concluir acordos com organizações ou organismos internacionais para a adoção de serviços ou medidas comuns (arts. 64º e 65º). Cada Estado contratante compromete-se a que as suas empresas de transportes aéreos internacionais enviem ao Conselho os relatórios sobre tráfego, situação aérea, etc. (art. 67º). O Conselho pode adiantar fundos ou promover a instalação de aeroportos com assistência técnica (art. 74º). Um Estado pode participar em organizações de exploração conjunta por intermédio de empresas de transportes aéreos e que podem ser pertencentes ao Estado ou a particulares (art. 79º). Se uma empresa de transporte aéreo tiver assumido compromissos incompatíveis com o disposto na Convenção, o Estado de que ela seja nacional deve anular esses compromissos (art. 82º). Se um diferendo entre os Estados contratantes não se puder resolver por negociação, poderá sê-lo por decisão do Conselho com recurso para um tribunal arbitral ad hoc ou para o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (art. 84º). A decisão tomada pelo Conselho sobre se uma empresa de transportes aéreos internacionais está ou não a ser explorada em conformidade com a Convenção será considerada válida, isto é , terá efeitos imediatos, exceto se for anulada em recurso sem efeitos suspensivos (art. 86º). Se o Conselho decidir que uma empresa de transportes aéreos de um Estado contratante não dá cumprimento a uma decisão definitiva tomada de acordo com o art 86º incorre na sanção de não permissão de sobrevoo (art. 87º).[7]

c) 2. A ICAO (*International Civil Aviation Organization*)

A ICAO é uma agência especializada das Nações Unidas fundada

7 Para a alínea c)1. Vd. Site da ANAC-www.anac.pt em 23/11/2016.

pelos Estados em 1944 para a administração e governance no âmbito da Convenção de Chicago. A ICAO colabora com os 191 Estados membros da Convenção e com os grupos industriais para haver consensos sobre "*Standards and Recommended Practices*" para o setor da aviação civil que se pretende eficiente, seguro, económica e ambientalmente sustentável, sendo importante que os cerca de 100 000 voos diários se conformem com as normas globais. A ICAO dá assistência na formação aos Estados, elabora planos globais de segurança aérea e faz auditorias na área da segurança. Os membros da ICAO são os Estados contratantes, mas podem ser convidados para as reuniões outros serviços e programas das Nações Unidas, comissões económicas regionais, agências especializadas (exemplo: organização meteorológica mundial, União internacional das telecomunicações), outras organizações intergovernamentais (exemplo: Conferência Europeia da Aviação Civil), e organizações não-governamentais, como a IATA, etc. A segurança aérea é o objetivo principal da ICAO, em colaboração com toda a comunidade do transporte aéreo, sejam atores públicos ou indústria, com o desenvolvimento de estratégias globais constantes do "*Global Aviation Safety Plan*" e do "*Global Air Navigation Plan*". Aprova standards, práticas recomendadas, procedimentos, manuais e circulares. Aplica um plano universal de auditorias. A ICAO dá assistência aos Estados na aplicação dos "*Standards and Recommended Practices*". Os SARPs (*Standards and Recommended Practices*) e PANS (*Procedures for Air Navigation*) são essenciais para a segurança da aviação mundial e para a eficiência da navegação aérea. Os standards são elaborados de forma transparente por órgãos técnicos ou não-técnicos da ICAO ou seus associados. Costuma demorar cerca de 2 anos até que uma proposta inicial seja formalmente aprovada. O Conselho da ICAO é composto por 36 membros estaduais eleitos pela Assembleia para um mandato de 3 anos, e compete-lhe adotar as SARPs e incorporá-las nos Anexos à Convenção de Chicago, e ser árbitro entre Estados membros em matérias da aviação; pode proceder a investigações sobre situações que prejudiquem a segurança aérea, etc. A Comissão da Navegação Aérea recomenda SARPs e PANS para aprovação pelo Conselho. Esta Comissão compõe-se de 19 membros com específicas qualificações e experiência na ciência e prática aeronáuticas , e apesar de serem nomeados por membros-estaduais, não representam os interesses

de qualquer Estado ou região e atuam de forma independente na base de critérios científicos. Participam como observadores outras pessoas dos Estados e da indústria.

As iniciativas em colaboração incluem a ICAO, os Estados, outras organizações internacionais, prestadores de serviços, autoridades reguladoras e a indústria. O código de conduta contendo standards aplica-se à indústria da aviação.[8]

c) 3. IATA

A IATA foi fundada em Havana, Cuba, em abril de 1945, e é sucessora da "*International Air Traffic Association*" fundada em 1919 (Haia). Representa atualmente cerca de 265 companhias aéreas de 117 países, e 83% do tráfego aéreo internacional, incluindo-se a TAP Portugal, a SATA Açores, a Ibéria, etc. A sua missão é representar e servir a indústria aeronáutica. A IATA colabora com os governos, com a ICAO e outras autoridades para ajudar a definir a regulação correta da indústria. A IATA trabalha em parceria com os governos para regular a indústria. Em cooperação com a indústria desenvolve standards técnicos globais, boas práticas, manuais e procedimentos que têm grande impacto no transporte aéreo. O cumprimento de regras de auditoria técnica é condição para se ser membro da IATA. Os standards globais facilitam a conectividade global. A IATA foi criada antes da ICAO e no início tinha uma dimensão mais europeia. Promove o transporte aéreo seguro e económico à escala mundial. Cooperou com a ICAO, na altura da sua criação, e com outras organizações internacionais. O trabalho que a IATA havia começado relativamente a *standards* e boas práticas foi aproveitado pela ICAO. A IATA colaborou na revisão das convenções internacionais desenvolvidas pela ICAO, contratos legais e responsabilidade civil por danos em passageiros e bagagens. A IATA recebeu o encargo de organizar conferências sobre a concorrência quanto a preços praticados, com aprovação final dos governos. As Resoluções da IATA têm aplicação geral internacional como o "*Multilateral Interline Traffic Agreements*" que foi assinado por 300 companhias, o "*Passenger and Cargo Services Conference Resolutions*", e o "*Passanger*

8 Para a alínea c)2. vd. o site www.icao.org. em 24.11.2016.

and Cargo Agency Agreements". A "IATA *Clearing House*" é um serviço competitivo , seguro e rápido de pagamentos entre companhias aéreas mundiais. Atualmente, as tarefas da IATA alargaram-se a campos como a segurança do serviço aéreo, a proteção da indústria, a sua viabilidade financeira, disponibilidade de produtos e serviços para a indústria e companhias, desenvolvimento de standards e procedimentos amigos do ambiente. No início deste século, as tarefas voltaram a modificar-se, focando-se mais no "IATA *Operational Safety Audit*" de carácter global, na redução das emissões, na redução dos custos dos serviços, etc. As Resoluções da IATA sobre proteção ambiental e dos consumidores têm influenciado o trabalho da ICAO e dos governos.

Embora não seja uma organização internacional administrativa como a ICAO, situando-se no plano privado, não há dúvida que a atividade pioneira da IATA, anterior à ICAO, no início mais no plano técnico e da segurança aérea, teve grande impacto através da aprovação de standards globais que são reconhecidos e aplicados pelos membros da IATA, sendo também genericamente adotados pela ICAO, num trabalho de cooperação entre indústria, governos e ICAO. O papel internacional reconhecido da IATA significa que, no domínio do direito administrativo global, os particulares têm um papel acrescido e por vezes foram pioneiros na aprovação de *standards* internacionais de carácter técnico e da segurança, e que não existe uma esfera de atores públicos separada e estanque dos atores privados, aliás, algumas das tarefas da IATA são tão funcionalmente públicas como as da ICAO, principalmente quanto aos standards de segurança e normas técnicas. A IATA cabe, assim, perfeitamente no âmbito do direito administrativo global como organização internacional não-governamental que participa nos projetos da ICAO e de execução da Convenção de Chicago.[9]

3. Considerações finais

Temos, finalmente, de resumir alguns pontos relativos à efetividade e legitimação do direito administrativo global da aviação civil.

9 Para a alínea c)3. vd. o site www.iata.org. em 24/11/2016.

Quanto à legitimação global, não há dúvida, ela deriva essencialmente da atividade da ICAO, com base na Convenção de Chicago, e do direito internacional das Nações-Unidas.

Quanto à efetividade global, julgo que é dos ramos de direito com maior efetividade e observância universais, certamente por se relacionar com âmbitos jurídicos técnico-científicos-experimentais, onde o discurso opinativo não tem grande acolhimento, e por se referir ao setor da circulação e segurança aéreas, de grande complexidade e elevado risco. Pode-se, assim, admitir o conceito de direito administrativo global da aviação civil devido à observância-vinculatividade dos seus preceitos, devido aos seus destinatários não serem apenas os Estados mas essencialmente os particulares envolvidos nos serviços aéreos, devido à existência de sanções administrativas (exemplo: averbamento nos certificados e licenças de desconformidades, proibição de voo), e de garantias-recursos (exemplo: recurso para um tribunal arbitral, ou para o Tribunal Permanente de Justiça Internacional).

II
CONTRATAÇÃO PÚBLICA (NOVAS DIRECTIVAS DE 2014 DA OMC E DA UE E SEU IMPACTO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E NOS DIREITOS ADMINISTRATIVOS DE ESPANHA E DE PORTUGAL)

(2. ª SESSÃO)

Moderadores

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo

Prof. Doutor José Manuel Sala Arquer
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Rei Juan Carlos

O DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO DIREITO TRANSNACIONAL: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito administrativo

Señor Profesor D. José Manuel Sala Arquer,

Es para mí motivo de grande satisfacción y un honor compartir con tan distinguido Colega – uno de los más prestigiados catedráticos de Derecho Administrativo de España – la moderación de ésta 2ª Sesión de nuestro Coloquio,

Senhores Professores Luís Miguez Macho e Rui Medeiros,

É também para mim um privilégio participar na moderação desta sessão em que intervêm como oradores dois ilustres académicos que são referências do Direito Público de Espanha e de Portugal,

Caros Colegas,

O Tema desta Sessão que respeita genericamente à matéria da Contratação Pública, tomando como referência as novas directivas de 2014 da OMC e da UE e o problema do seu impacto no Direito

da União Europeia e nos Direitos Administrativos de Espanha e de Portugal, convoca-nos necessariamente – como já foi sublinhado pelo Professor Sala Arquer – para uma reflexão sobre o Direito Administrativo Transnacional.

O Direito da Contratação Pública, no que tem a ver com os ordenamentos jurídicos de Espanha e de Portugal, representa efectivamente um domínio normativo que tende de uma forma cada vez mais intensa a ser marcado por direito de fonte extra-estadual (com interferência decisiva de Direito com origem na União Europeia – desde logo, as Directivas 2014/23, 24 e 25/UE, de 26 de Fevereiro de 2014 – e no âmbito da Organização Mundial do Comércio – Government Procurement Agreement ou Acordo sobre Contratos Públicos, , cuja revisão entrou em vigor em 6 de Abril de 2014), sendo largamente influenciado por fenómenos de europeização e globalização jurídica.

Em boa parte, é Direito Administrativo Comum a uma pluralidade de Estados (os Estados Membros da União Europeia ou os Estados que se vincularam ao Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio), sendo formado por normas que tendem a relevar e a impor-se, de modo simultâneo e até certo ponto uniforme, nos respectivos ordenamentos jurídicos estaduais.

É, afinal, em boa parte Direito Administrativo transnacional.

E é assim – ou direi mesmo, não pode deixar de ser assim –, desde logo, porque está em causa no Direito da Contratação Pública a regulação dos Mercados Públicos que, pela sua expressão ou dimensão financeira, têm grande relevância no contexto do Comércio Internacional, condicionam a realização do Mercado Interno europeu e têm um peso muito significativo nas Economias Europeia e Internacional, representando nessas economias em média 10 a 15% do PIB e sendo, por isso, susceptíveis de interferir com a realização da concorrência (bem como da transparência e integridade da actuação dos poderes públicos) a uma escala transnacional, seja europeia seja mundial.

Não podia, assim, o tema escapar à nossa atenção neste Colóquio, como aliás já foi considerado de modo muito expressivo nas intervenções anteriores.

Incumbindo-me particularmente apresentar o Professor Rui

Medeiros, dou nota de que a sua intervenção se propõe abordar o tema com referência ao que designa serem os "desafios centrais de uma contratação pública efectivamente instrumental", valorizando logo a consideração da *contratação pública ao serviço da concorrência* e propondo também a sua compreensão como *instrumento para a melhor satisfação das necessidades públicas* e como *instrumento de prossecução de políticas públicas*.

A sua intervenção será, neste contexto, da maior relevância para a melhor compreensão do Direito da Contratação Pública enquanto Direito com significativa expressão transnacional.

Do ponto de vista biográfico, o Professor Rui Medeiros não necessita de especial apresentação, porque é bem conhecido não só em Portugal, mas também nos meios académicos espanhóis.

A este propósito não deixo, no entanto, de referir que: é professor associado com agregação da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; foi Director desta Faculdade entre 2002 e 2005, bem como da Católica Research Centre for the Future of Law; é Autor de uma vasta obra na área do Direito Público e, em particular, no domínio do Direito Administrativo e do Direito Constitucional; é um jurisconsulto e advogado eminente.

Colaborou em vários e importantes reformas legislativas, tendo sido nomeadamente, em 2006, Presidente da Comissão de Preparação do Anteprojecto do Código dos Contratos Públicos.

Por último e não menos importante foi, em 2015, Ministro da Modernização Administrativa do XX Governo Constitucional.

Não ocupando mais tempo que melhor será usado pelo próximo orador, dou-lhe então de imediato a palavra.

LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL MARCO DEL ACUERDO REVISADO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC Y SU INFLUENCIA SOBRE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Luis Miguez Macho
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

I. Introducción

En España el debate sobre la reforma de la legislación de contratación pública, contenida esencialmente en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se centra de una manera casi exclusiva en la necesidad de transponer las nuevas directivas de la Unión Europea en la materia y, en particular, las Directivas 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, toda vez que nuestro país ya ha incumplido la fecha límite prevista en ambas con

carácter general para llevar a cabo la referida transposición (18 de abril de 2016)[1]. Este enfoque, sin embargo, resulta un tanto reduccionista, ya que dichas directivas no agotan toda la regulación de la contratación del sector público, debido a la limitación de su ámbito de aplicación a determinados contratos (los llamados entre nosotros "contratos sujetos a una regulación armonizada"), y además no se pueden entender ni aplicar aisladamente del contexto transnacional en el que se han aprobado, en el que destacan la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la contratación pública, aprobada el 1 de julio de 2011[2], y, sobre todo, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, revisado en 2012, del que es parte la propia Unión Europea[3].

La interrelación entre las directivas de contratación pública de la Unión Europea y el Acuerdo sobre Contratación Pública es compleja. Las primeras se han aprobado cuando la versión revisada de 2012 del Acuerdo ya estaba abierta a su adhesión por la Unión, por lo que la influencia de éste es patente en aquéllas, pero no se puede desconocer que la sistemática y el contenido de la legislación europea de contratación pública, en la versión vigente bajo las directivas de 2004, ha inspirado en buena medida la propia revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[4]. Así las cosas, ante la perspectiva de una próxima y urgente reforma de la legislación española de contratación pública, parece muy conveniente no descuidar el análisis de las nuevas directivas a la luz del Acuerdo

1 Artículos 106.2 de la Directiva 2014/24/UE y 51.1 de la Directiva 2014/23/UE.

2 El texto puede obtenerse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html (consultada el 13 de marzo de 2017). Sobre el sentido y finalidad de este texto, véase José Antonio MORENO MOLINA, "La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE", Observatorio de los contratos públicos 2013, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 159 y sigs.

3 El texto del acuerdo, con sus anexos y abundante información sobre la historia del mismo y de su revisión, las partes firmantes y las adhesiones posteriores, etc., puede obtenerse en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm (consultada el 13 de marzo de 2017). La aprobación por la Unión Europea del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública se produjo en virtud de la Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2013 (2014/115/UE).

4 Véase MORENO MOLINA, "La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE", cit., págs. 124 y sigs.

revisado sobre Contratación Pública, para obtener luz sobre algunas de las novedades más delicadas y discutibles introducidas por aquéllas, y a ese fin se orienta el presente trabajo.

Para ello, se ha hecho una selección de los principales ámbitos donde el Acuerdo sobre Contratación Pública ha condicionado o influenciado a las nuevas directivas, y en cada uno de ellos se hará una exposición comparativa y crítica de lo que dice el primero y de la manera en que ello ha quedado plasmado o desarrollado en las segundas: el ámbito de aplicación de ambos, la integridad y la transparencia en la contratación pública, el uso de medios electrónicos en la contratación pública, los anuncios de contratación, las condiciones de participación en los procedimientos de contratación, las especificaciones técnicas y los pliegos de condiciones, los procedimientos de adjudicación, la adjudicación de los contratos públicos, la modificación y resolución de éstos, y los procedimientos de revisión. Por el propio enfoque del trabajo, quedan fuera del análisis las novedades aportadas por las directivas de contratación pública que no tienen relación directa con el Acuerdo sobre Contratación Pública, como la regulación de los encargos a medios propios y de la cooperación entre poderes adjudicadores, la controvertida contratación pública estratégica, las medidas en favor de las pequeñas y medianas empresas o la extensión de la armonización europea a las concesiones de servicios.

II. El ámbito de aplicación del acuerdo sobre contratación pública y su influencia sobre las directivas de la Unión Europeea

II.1. Las cuantías de los contratos abarcados. El cálculo del valor estimado de los contratos

Un primer punto donde la influencia del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio en las directivas de contratación pública de la Unión Europea resulta determinante es el ámbito de aplicación objetivo de éstas ("contratos abarcados", en la terminología del Acuerdo). Como es conocido, ese ámbito de aplicación se establece con carácter general mediante la utilización de dos criterios,

el objeto de los contratos y su valor estimado, y tanto los importes de los umbrales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE para los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y los concursos de proyectos, como los que prevé el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE para las concesiones de obras y servicios, no son otros que los fijados en los anexos 1 y 2 para la Unión Europea del apéndice I del Acuerdo sobre Contratación Pública, con algunos matices[5].

Una diferencia radica en que el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE incorpora en su letra d) un umbral propio aplicable a los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV. El considerando 114 de la Directiva aclara que los servicios a los que se está haciendo referencia son aquellos que "se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos". Para el legislador de la Unión Europea, éstos tienen "por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales". Así se justifica que se prevea para ellos un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios[6] y que, además, se haya diseñado un régimen específico de adjudicación en el capítulo I del título III de la Directiva.

Sin embargo, esta previsión no resulta de gran utilidad para nuestro Ordenamiento jurídico, donde los contratos relacionados con la gestión de los servicios sociales, se califiquen como contratos de gestión de servicios públicos o de servicios, son indudablemente verdaderos contratos públicos que no necesitan de excepciones especiales a la reglas aplicables a la adjudicación de éstos, siempre que se celebren con sujetos

5 Lo mismo vale también para la sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que no van a ser objeto de atención en el presente trabajo (artículo 15 de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 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 y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, y anexo 3 para la Unión Europea del apéndice I del Acuerdo sobre Contratación Pública).

6 El legislador entiende que "los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos".

que actúen en el mercado con ánimo de lucro[7]. Cosa distinta sería excluir de la aplicación del marco normativo de la contratación pública los encargos de esa gestión a entidades sin fines lucrativos, en la línea de lo que prevé el citado considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, cuando afirma que "los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación". En estos supuestos, sólo cabría remunerar los gastos de la gestión y en ningún caso se podría prever beneficio alguno, en un régimen cercano al de las subvenciones o, más exactamente, al de los conciertos educativos, pero para ello habría que llevar a cabo una reconsideración de los negocios y contratos excluidos de la aplicación de la legislación de contratación del sector público.

Otra diferencia relevante entre el ámbito objetivo de aplicación de las directivas y el del Acuerdo sobre Contratación Pública es la incorporación a la Directiva 2014/23/UE de la regulación de las concesiones de servicios. Como umbral aplicable a éstas, se ha elegido el previsto en el Acuerdo sobre Contratación Pública para las concesiones de obras.

La vinculación de las directivas a los umbrales del Acuerdo sobre Contratación Pública implica inevitablemente la necesidad de adaptar aquéllas a las variaciones que éstos experimenten, no tanto por una eventual revisión de los mismos, como por la oscilación del valor del euro expresado en derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional, los cuales se usan en el Acuerdo como unidad de cuenta a

7 En el Proyecto de Ley de contratos del sector público publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie A, núm. 2-1, de 2 de diciembre de 2016, se contienen dos especialidades en lo relativo a las adjudicación de estos contratos: el procedimiento ordinario de adjudicación es el restringido, sin permitirse la opción por el abierto (artículo 131.2), y la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa (artículo 135.5 y disposición adicional trigésima séptima).

estos efectos. El método previsto para esta actualización en los artículos 6 de la Directiva 2014/24/UE y 9 de la Directiva 2014/23/UE es lo que podríamos llamar una revisión programada, que se lleva a cabo cada dos años por la Comisión (a la que se otorgan los poderes delegados necesarios)[8]. La actualización no afecta, lógicamente, al umbral recogido en la letra d) del artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, el cual, como se ha dicho, no deriva del Acuerdo sobre Contratación Pública, pero sí a las concesiones de servicios, al aplicárseles el mismo umbral que a las de obras.

Como consecuencia de todo lo anterior, también el cálculo del valor estimado de los contratos queda sometido a las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública. Éste regula la cuestión en los apartados 6, 7 y 8 de su artículo II, mientras que en la Directiva 2014/24/UE aparece en el artículo 5 y en la Directiva 2014/23/UE en el artículo 8.

El Acuerdo sobre Contratación Pública establece dos reglas generales sobre el cálculo del valor de una contratación para determinar si se trata de una "contratación abarcada". La primera consiste en que la entidad contratante "no fraccionará una contratación en contrataciones separadas ni seleccionará ni utilizará un método de valoración determinado para calcular el valor de la contratación con la intención de excluirla total o parcialmente de la aplicación del presente Acuerdo". Esta regla se recoge en el artículo 5.3 de la Directiva 2014/24/UE con la extraña excepción, que hay que entender contraria al Acuerdo sobre Contratación Pública, de que la prohibición de que una contratación se fragmente con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la normativa que nos ocupa no se aplica cuando ello esté justificado por razones objetivas.

La segunda regla se refiere a que habrá que incluir en el cálculo el

8 La actualización se hace sobre la base de la media del valor diario del euro expresado en derechos especiales de giro durante el período de veinticuatro meses que concluya el 31 de agosto que preceda a la revisión que surta efecto el 1 de enero. El valor de los umbrales así revisado se redondea, en caso necesario, al millar de euros inferior a la cifra resultante del cálculo, y se publica oportunamente en el Diario Oficial de la Unión Europea.

valor total máximo de la contratación a lo largo de toda su duración, con independencia de que se adjudique a uno o varios proveedores, y teniendo en cuenta todas las formas de remuneración, incluidas primas, derechos, comisiones e intereses y el valor total de las eventuales opciones. El artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE añade dos matices que no contradicen el Acuerdo sobre Contratación Pública: la exclusión del impuesto sobre el valor añadido y la inclusión del valor no sólo de las opciones propiamente dichas, sino también de las prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación[9].

El Acuerdo sobre Contratación Pública añade a las dos reglas generales expuestas otras dos más para casos especiales. Así, si una convocatoria de licitación para una contratación da lugar a la adjudicación de más de un contrato o a la adjudicación fraccionada de contratos (llamados por el Acuerdo "contratos recurrentes"), la base para calcular el valor total máximo será el valor de los contratos recurrentes del mismo tipo de bien o servicio, adjudicados durante los doce meses anteriores o el ejercicio fiscal precedente de la entidad contratante, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios previstos para los doce meses siguientes en la cantidad o el valor del bien o del servicio que se contrata, o bien el valor estimado de los contratos recurrentes del mismo tipo de bien o servicio que se adjudicarán durante los doce meses siguientes a la adjudicación del contrato inicial o el ejercicio fiscal de la entidad contratante. Esto se recoge en el artículo 5.11 de la Directiva 2014/24/UE para los contratos públicos de suministro o de servicios que tengan un carácter periódico, o que se deban renovar en un período de tiempo determinado.

9 La Directiva concreta esta regla para casos especiales estableciendo que, en el caso de las asociaciones para la innovación, el valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado, siempre excluido el impuesto sobre el valor añadido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista (artículo 5.6); respecto de los contratos públicos de obras, el cálculo del valor estimado tendrá en cuenta tanto el coste de las obras como el valor total estimado de los suministros y servicios que los poderes adjudicadores pongan a disposición del contratista, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras (artículo 5.7); respecto de determinados contratos públicos de servicios, la base de cálculo del valor estimado del contrato será, para los servicios de seguros, la prima y otras formas de remuneración, para los servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración, y para los contratos que impliquen un proyecto, los honorarios, las comisiones y otras formas de remuneración (artículo 5.13).

Ahora bien, la Directiva especifica con más detalle que el Acuerdo de Contratación Pública el método para calcular el valor estimado de los contratos en los distintos supuestos de adjudicación de más de un contrato o de adjudicación fraccionada de contratos, aplicando como regla general el principio del importe total de la contratación: cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales, si bien se permite exceptuar esta regla cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella (artículo 5.2)[10]; en el caso de los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, el valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado del conjunto de los contratos previstos durante todo el período de vigencia del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición (artículo 5.5); cuando la adjudicación se haga por lotes separados, se tendrá en cuenta el valor total estimado de la totalidad de dichos lotes, de manera que si el valor acumulado de los lotes es igual superior a los umbrales la Directiva se tendrá que aplicar a la adjudicación de cada lote (artículo 5.8 y 5.9).

Respecto de los contratos que se adjudican por lotes separados, una posibilidad que pretende favorecer la Directiva para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas en los grandes contratos y para incentivar la competencia, tal como señala el considerando 78 de la misma[11], se establece la excepción de que no es obligatorio aplicar los procedimientos previstos en la misma siempre

10 El considerando 20 de la Directiva aclara a este respecto que "por ejemplo estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada".

11 Sobre la nueva regulación de la división de los contratos en lotes en la Directiva y las incertidumbres que plantea, véase J.A. MORENO MOLINA, F. PUERTA SEGUIDO, J. PUNZÓN MORALEDA y A. RAMOS PÉREZ OLIVARES en Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 129 y sigs.

que el valor estimado del lote de que se trate sea inferior a 80.000 euros para los suministros o servicios, o a un millón de euros para las obras, a condición de que el valor acumulado de los lotes adjudicados de este modo no supere el veinte por ciento del valor acumulado de la totalidad de los lotes en que se haya dividido la contratación.

La segunda regla especial que diseña el Acuerdo sobre Contratación Pública consiste en que cuando se trate de contratos de compra a plazos o de arrendamiento, financiero o no, de bienes o servicios, o de contratos en los que no se especifique un precio total, la base para la valoración será, si se trata de contratos de plazo fijo y éste es de doce meses o menos, el valor total máximo estimado durante su período de vigencia, o si el plazo del contrato es superior a doce meses, el valor total máximo estimado, con inclusión del valor residual estimado; en cambio, en el caso de contratos de plazo indefinido, se tendrá en cuenta el pago mensual estimado multiplicado por cuarenta y ocho. Esto se recoge en el artículo 5.12 de la Directiva 2014/24/UE para los contratos públicos de suministro relativos al arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos. Por su parte, el artículo 5.13 adapta el método de cálculo previsto en el Acuerdo sobre Contratación Pública para los contratos de plazo indefinido al supuesto de los contratos públicos de servicios en los que no se indique un precio total, de tal manera que si son de duración igual o inferior a cuarenta y ocho meses, se tiene en cuenta el valor total correspondiente a toda su duración, mientras que si son de duración indeterminada o superior a cuarenta y ocho meses se toma en consideración el valor mensual multiplicado por cuarenta y ocho.

II.2. Las exclusiones

El ámbito objetivo de aplicación del Acuerdo sobre Contratación Pública se completa con una serie de exclusiones expresas, casi todas ellas enunciadas en el artículo II.3, que se aplican con carácter general, salvo disposición expresa en contrario de los anexos del apéndice I relativos a cada parte. La única excepción es la de la contratación de bienes, servicios o cualquier combinación de éstos con miras a la venta o reventa comercial, o con miras al uso en la producción o suministro

de bienes o servicios para la venta o reventa comercial, cuya exclusión se deduce de la definición de contratación abarcada del artículo II.2 y que encontraba su equivalente en la letra g) del artículo 4.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público[12], pero no aparece explícitamente en las directivas y tampoco se recoge en el Proyecto de Ley de contratos del sector público.

Estas exclusiones, al igual que los umbrales antes analizados, tiene una gran relevancia, porque han pasado a las directivas, y en particular a la Directiva 2014/24/UE, y de ahí a nuestra legislación de contratos del sector público. Su sentido es muy similar al de aquéllos: de la misma manera que los umbrales señalan el límite mínimo de aplicación del Acuerdo, lo que no impide que las partes lo rebajen extendiendo unilateralmente las reglas de aquél a otros contratos, las exclusiones indican que los negocios a los que se refieren no entran en el ámbito objetivo de aplicación del Acuerdo, pero no condicionan el régimen jurídico aplicable a los mismos en el Ordenamiento jurídico de las partes. Es decir, éstas podrían perfectamente incluirlos en el ámbito de aplicación de su legislación de contratación pública y extenderles las reglas del Acuerdo, al menos cuando su naturaleza lo permita por ser sustancialmente análoga a la de los contratos abarcados.

Justamente ése es el caso del primer supuesto recogido en el artículo II.3 del Acuerdo, relativo a la adquisición o arrendamiento de tierras, de edificios existentes o de otros bienes inmuebles o a los derechos sobre esos bienes. Esta exclusión se recoge en la letra a) del artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE y también en el artículo 9.2 del Proyecto de Ley de contratos del sector público. Ahora bien, aunque tiene sin duda sentido que la normativa de contratación pública de la Unión Europea, dirigida a garantizar la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como la libre competencia en el mercado interior, excluya de su ámbito objetivo

12 Contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la ley.

de aplicación los contratos relativos a bienes inmuebles ya existentes, que poco pueden afectar a la efectividad de los principios mencionados, habría que preguntarse si lo tiene igualmente su exclusión del ámbito de aplicación de nuestra legislación interna de contratos del sector público. El propio artículo 9.2 del Proyecto de Ley de contratos del sector público, antes citado, acaba calificando estos negocios como contratos privados, lo que debería llevar a la aplicación a los mismos de las reglas de adjudicación de los contratos públicos y, aunque a continuación se remite en bloque para su regulación a la legislación patrimonial, resulta que ésta contempla unos procedimientos y formas de adjudicación que no son otros que, con algunos matices, los tradicionalmente aplicables a los contratos públicos[13], como no puede ser de otra forma por la necesidad de respetar los principios constitucionales de igualdad ante la ley y objetividad y eficacia de la actuación administrativa, así como los de publicidad y transparencia.

La segunda exclusión contenida en el artículo II.3 del Acuerdo sobre Contratación Pública es la de los acuerdos no contractuales y cualquier otra forma de asistencia que preste una parte[14], incluidos los acuerdos de cooperación, las donaciones, los préstamos, las aportaciones de capital, las garantías y los incentivos fiscales. En la Directiva 2014/24/UE se puede enmarcar aquí los préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, a los que alude la letra f) del artículo 10, los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una asociación de poderes adjudicadores sobre la base de un derecho exclusivo (artículo 11)[15], y la regulación de los encargos a medios propios y de la cooperación entre poderes adjudicadores del artículo 12.

13 Para el ámbito de la Administración general del Estado, véase el título V de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas.

14 La versión en español del Acuerdo dice literalmente "los acuerdos no contractuales ni forma alguna de asistencia que preste una Parte", lo cual gramaticalmente no tiene mucho sentido. Si se confronta con la versión en inglés, en ésta se dice "non-contractual agreements or any form of assistance that a Party provides", por lo que la traducción debería ser "los acuerdos no contractuales, así como cualquier otra forma de asistencia que preste una Parte".

15 La Unión los ha excluido expresamente del ámbito de aplicación de Acuerdo sobre Contratación Pública a través del anexo 5 del apéndice I aplicable a la misma (nota al pie 1).

En tercer lugar, el artículo II.3 del Acuerdo excluye la contratación o adquisición de servicios de agente fiscal o de depositaría, los servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reglamentadas, y los servicios vinculados a la venta, rescate y colocación de la deuda pública, con inclusión de préstamos y bonos, títulos y otros títulos valores públicos. En la Directiva se mencionan a este respecto los servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en el sentido de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los servicios de los bancos centrales y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (artículo 10, letra e).

Tampoco plantea mayores dificultades la exclusión de los contratos de empleo público, caracterizados con mayor precisión por el Acuerdo que por la Directiva, que en la letra g) de su artículo 10 habla simplemente de "los contratos de trabajo".

Por último, el artículo II.3 del Acuerdo excluye la contratación realizada con el propósito específico de prestar asistencia internacional, incluida la ayuda para el desarrollo; aquella realizada con arreglo a determinado procedimiento o condición de un acuerdo internacional relacionado con el estacionamiento de tropas o con la ejecución conjunta de un proyecto por los países firmantes; y aquella realizada con arreglo a determinado procedimiento o condición de una organización internacional, o financiada mediante donaciones, préstamos u otras formas de asistencia internacionales, cuando el procedimiento o condición aplicable sería incompatible con el propio Acuerdo. En la Directiva 2014/24/UE estas exclusiones se plasman en el artículo 9, relativo a los contratos públicos adjudicados y concursos de proyectos organizados con arreglo a normas internacionales, así como, para los sectores específicos de la seguridad y la defensa, en el artículo 17.

Ahora bien, la Directiva contiene más exclusiones que las recogidas con carácter general en el Acuerdo sobre Contratación Pública. En unos casos, ello se justifica por tratarse de contratos regulados en otras normas, como los adjudicados en los sectores del agua, la energía, los

transportes y los servicios postales, de los que se ocupa la Directiva 2014/25/UE (artículo 7), o los contratos de concesión de servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro (artículo 10, letra i), regidos por el Reglamento (CE) 1370/2007. En otros casos, sucede simplemente que el legislador de la Unión Europea ha considerado inadecuada, por diversos motivos, la aplicación a ciertos contratos de los procedimientos de adjudicación previstos en la normativa de contratación pública. Algunas de estas últimas excepciones se han recogido expresamente en los anexos del apéndice I relativo a la Unión Europea del Acuerdo sobre Contratación Pública[16].

Por último, el artículo 14 limita la aplicación de la Directiva los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo a aquellos casos en que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y, además, el servicio prestado sea remunerado de manera íntegra por el poder adjudicador, de tal manera que, como aclara el considerando 35, si existe cofinanciación por parte del sector privado, la Directiva deja de

16 En este último grupo cabe mencionar los contratos públicos y los concursos de proyectos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 8); los contratos públicos para la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, así como los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica (artículo 10, letra b, y anexo 7 del apéndice I del Acuerdo sobre Contratación Pública); los contratos de servicios de arbitraje y de conciliación (artículo 10, letra c) y nota al pie 3 del anexo 5 del apéndice I del Acuerdo sobre Contratación Pública); los contratos de determinados servicios jurídicos (artículo 10, letra d); los contratos de servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes (artículo 10, letra h); y los contratos de servicios relacionados con campañas políticas, cuando son adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral, para aquellos países en los que los partidos tengan la consideración de poderes adjudicadores por ser organismos de Derecho público (artículo 10, letra j). Sobre esta última excepción, que se recoge ahora en el artículo 11.5 del Proyecto de Ley de contratos del sector público, véase José María GIMENO FELIÚ, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 64-65.

ser aplicable, con el fin de fomentar la participación de la industria en la financiación de los programas de investigación y desarrollo.

III. La integridad y la transparencia en la contratación pública

No es necesario incidir en que en España, igual que en otros países, las prácticas corruptas en la contratación pública constituyen una grave preocupación social y política[17]. El Acuerdo revisado sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio contiene una referencia específica a esta cuestión en su artículo IV.4, al disponer que las entidades contratantes realizarán las contrataciones abarcadas por el mismo de una manera transparente e imparcial, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida, y de tal manera que se eviten los conflictos de intereses y se impidan las prácticas corruptas[18]. Esto ha llevado a la Unión Europea a incorporar en la

17 Véanse, entre otros, Agustí CERRILLO MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 36 y sigs., Teresa MEDINA ARNAIZ, "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 301 y sigs., y, en particular, para la corrupción en la contratación pública, págs. 313 y sigs., José María GIMENO FELIÚ, "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 42 y sigs., Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL, "Integridad en la contratación pública: Patologías al uso. (A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción", ob. cit., págs. 253-263, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, "La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción", *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 47 y sigs., y José Manuel MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 29 y sigs.

18 Sobre la relación de estas previsiones del Acuerdo con el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, véase MORENO MOLINA, "La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE", cit., págs. 148 y sigs. Otro

Directiva 2014/24/UE una previsión relativa a los conflictos de intereses. Así, su artículo 24 ordena a los Estados miembros que velen por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación, a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. Con todo, lo más relevante del precepto es que contiene una definición de conflicto de intereses: cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación[19].

En nuestro Ordenamiento jurídico la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública se abordaba a través de determinadas

precedente son los principios de la OCDE para integridad en la contratación pública de 2009; sobre estos últimos, véase Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL, "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 33 y sigs. Una visión de conjunto de las referencias internacionales a los conflictos de intereses en la contratación pública puede encontrarse en Teresa MEDINA ARNAIZ, "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública", Observatorio de los contratos públicos 2013, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 280 y sigs., así como en CERRILLO MARTÍNEZ, El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, cit., págs. 162 y sigs.

19 Sobre esta definición, véanse Antonio Luis FERNÁNDEZ MALLOL, "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nueva época, núm. 2, 2014, http://revistasonline.inap.es/, págs. 3 y sigs. del artículo, MEDINA ARNAIZ, "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública", cit., págs. 293 y sigs., y J. José PERNAS GARCÍA, "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción", La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 169.

prohibiciones de contratar dirigidas a evitar este tipo de conflictos (letras g) y h) del artículo 71.1 del Proyecto de Ley de contratos del sector público), así como del deber general de abstención de las autoridades y los empleados públicos en los casos ahora recogidos en el artículo 23.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público[20]. Sin embargo, la consagración legal del concepto de conflicto de intereses tanto para los empleados públicos[21] como para los altos cargos en la normativa a ellos referida[22] ha llevado a regular también de manera específica esta cuestión en la propia legislación de contratos del sector público. Por ello, el Proyecto de Ley de contratos del sector público, además de incluir expresamente en su artículo 1.1 el principio de integridad entre los principios generales de la contratación del sector público, dedica su artículo 64 a la "lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses". Este precepto obliga a los órganos de contratación a adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. El conflicto de intereses se define en el artículo, en la línea de las normas antes citadas, como "al menos, cualquier situación en la que el personal al

20 Sobre los instrumentos existentes en nuestro Ordenamiento jurídico para la prevención de los conflictos de intereses, véase CERRILLO MARTÍNEZ, El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, cit., págs. 170 y sigs., y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación, cit., págs. 153-154. Una reflexión general sobre la insuficiencia de estas previsiones puede encontrarse en FERNÁNDEZ MALLOL, "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno", cit., págs. 6 y sigs. del artículo. El mismo autor plantea una serie de propuestas concretas para garantizar la integridad en la contratación pública en Análisis del contrato de servicios. Propuestas para garantizar la integridad en la contratación pública, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, cit., págs. 434 y sigs.; véase también MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, ob. cit., págs. 389 y sig.

21 Artículo 53.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

22 Por ejemplo, artículo 11 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado.

servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación".

Muy relacionada con la integridad en la contratación pública se hallan la transparencia de los procedimientos de contratación y de las normas que los regulan[23]. A este respecto, el artículo VI del Acuerdo sobre Contratación Pública obliga a las partes del mismo a publicar prontamente las leyes, reglamentos, decisiones judiciales, resoluciones administrativas de aplicación general, cláusulas contractuales modelo que sean obligatorias en virtud de una ley o reglamento y que se incorporen por referencia en anuncios o pliegos de condiciones y procedimientos relativos a las contrataciones abarcadas, así como sus modificaciones. Esa publicación se tendrá que hacer en un medio electrónico o impreso designado oficialmente que goce de una amplia difusión y sea de fácil acceso al público, y que cada parte debe indicar en el Apéndice II relativo a la misma del Acuerdo. Asimismo, las partes también están obligadas a proporcionar una explicación de dichas disposiciones a cualquier otra parte que la solicite.

En la actualidad en nuestro Ordenamiento jurídico no sólo se halla garantizada la publicidad de las normas relativas a la contratación pública, como no podría ser de otra forma en virtud del principio constitucional de publicidad de las normas, sino que el artículo 7, letra a), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la

23 Véanse al respecto MEDINA ARNAIZ, "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", cit., págs. 321 y sigs., CERRILLO MARTÍNEZ, El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción, cit., págs. 97 y sigs., José María GIMENO FELIÚ, "Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", Observatorio de los contratos públicos 2013, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 36 y sigs., Carlos AYMERICH CANO, "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas", Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 45-46, 2015, pág. 216, y MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación, cit., págs. 49 y sigs.

información pública y buen gobierno, obliga a las Administraciones públicas a publicar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos. Por su parte, la letra a) del artículo 83.4 de la Directiva 2014/24/UE establece que los Estados miembros de la Unión Europea se asegurarán de que se pueda acceder gratuitamente a información y orientaciones sobre la interpretación y aplicación de la legislación de la Unión en materia de contratación pública, con el fin de ayudar a los poderes adjudicadores y los operadores económicos, en especial las pequeñas y medianas empresas, a aplicar correctamente esas normas, a lo que añade la letra b) del precepto el deber de asegurar igualmente que se facilite apoyo a los poderes adjudicadores para ayudarles a planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación.

Igualmente importante para la transparencia de la contratación pública es la obligación de dar publicidad a la adjudicación de los contratos públicos. El artículo XVI.2 del Acuerdo sobre Contratación Pública lo impone para los contratos abarcados en el mismo, dando para ello un plazo máximo de setenta y dos días desde la adjudicación y permitiendo el uso tanto de medios impresos como electrónicos, aunque si sólo se usan estos últimos, la información tiene que poder consultarse durante un periodo razonable. Es de resaltar que el anuncio de la adjudicación no sólo debe contener la descripción del objeto de la contratación y la identificación de las partes, sino también otros datos de gran interés para el conocimiento y control por el público de la contratación del sector público, como el valor de la oferta ganadora, o de las ofertas más alta y más baja tomadas en cuenta para la adjudicación del contrato, y el tipo de método de contratación utilizado y, en los casos en que se haya utilizado la licitación restringida, una descripción de las circunstancias que justificaron el uso de la misma.

La Directiva 2014/24/UE en su artículo 50 reduce el plazo de setenta y dos días desde la adjudicación para dar publicidad a ésta a treinta días, y establece especialidades a la hora de dar cumplimiento a la obligación en los casos de los contratos basados en un acuerdo marco

o en un sistema dinámico de adquisición, centradas en la posibilidad de agrupar trimestralmente los anuncios de los resultados del procedimiento de contratación. Asimismo, permite que determinada información relativa a la adjudicación de los contratos no sea publicada si su divulgación constituye un obstáculo para aplicar la legislación, es contraria al interés público o perjudica los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o puede perjudicar la competencia leal entre operadores económicos.

En todo esto nuestra propia legislación va en la actualidad mucho más lejos que el Acuerdo sobre Contratación pública y la Directiva, puesto que el artículo 8.1 de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno incluye entre las obligaciones de publicidad activa de las Administraciones públicas dar publicidad a todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como sus modificaciones, las decisiones de desistimiento y renuncia de los mismos y el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público[24]. Sólo en el caso de los contratos menores esta obligación se atenúa por la posibilidad de publicar la información relativa a ellos agrupada trimestralmente.

Por último, dentro de estas obligaciones de transparencia se incluye la previsión del artículo XVI.3 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la

24 Sobre estas obligaciones, véase el detallado análisis que realiza María Asunción SANMARTÍN MORA en "Las nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", Observatorio de los contratos públicos 2013, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 81-119. Como advierte GIMENO FELIÚ, "no se trata de replicar la información del perfil de contratante, sino de sistematizar de forma adecuada todos estos conceptos. Obviamente, la información debe poder ser objeto de «tratamiento» mediante sistema de búsquedas que permita, por ejemplo, determinar el número de contratos adjudicados en a un mismo licitador; o la baja entre presupuesto de licitación y de adjudicación o comparar la política de compras entre entes contratantes" ("Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", cit., pág. 74).

conservación durante un plazo mínimo de tres años, contados a partir de la fecha en que adjudique un contrato, de la documentación y los informes de los procedimientos de licitación y de las adjudicaciones de contratos relacionados con las contrataciones abarcadas por aquél, y en caso de que la contratación abarcada se haya realizado por medios electrónicos, de los datos que permitan el adecuado rastreo de su tramitación.

De una manera más precisa, el artículo 84.2 de la Directiva 2014/24/UE obliga a los poderes adjudicadores a documentar el desarrollo de todos los procedimientos de contratación, ya se realicen o no por medios electrónicos. Con este fin, tendrán que asegurarse de que conservan suficiente documentación para justificar las decisiones adoptadas en todas las etapas del procedimiento de contratación, como la documentación relativa a las comunicaciones con los operadores económicos y las deliberaciones internas, la preparación de los pliegos de la contratación, el diálogo o la negociación, en su caso, la selección y la adjudicación del contrato. A este respecto, el artículo 22.2 de la Directiva, que permite expresamente la utilización de la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación (pliegos, solicitudes de participación, confirmaciones de interés y ofertas), condiciona esta posibilidad a que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado, y añade que las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación. Toda esta documentación deberá conservarse como mínimo durante el plazo de tres años desde la adjudicación establecido por el Acuerdo sobre Contratación Pública.

IV. El uso de medios electrónicos en la contratación pública y sus requesitos

El Acuerdo sobre Contratación Pública regula en su artículo IV.3 la realización de las contrataciones abarcadas por el mismo por medios

electrónicos, pero sin pronunciarse sobre el carácter obligatorio o facultativo de tales medios para las partes firmantes del Acuerdo, las entidades contratantes y las empresas interesadas. Esto marca una importante diferencia con la Directiva 2014/24/UE, que en su artículo 22.1 presupone la obligación de los poderes adjudicadores de exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas[25]. En cambio, el Acuerdo sobre Contratación Pública se limita a prescribir que, si se opta por utilizar tales medios, se cumplan dos requisitos: que se trate de sistemas de tecnología de la información y programas informáticos, incluidos los relacionados con la autenticación y codificación criptográfica de información, que sean accesibles en general e interoperables con los sistemas de tecnología de la información y los programas informáticos accesibles en general; y que se mantengan mecanismos que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado.

El primero de los requisitos mencionados se recoge en el artículo 22.1 de la Directiva. Precisamente aquellos supuestos en que se produce la imposibilidad de darle cumplimiento se configuran como una de las causas que eximen a los poderes adjudicadores de cumplir la obligación

25 Véanse José Antonio MORENO MOLINA y Alma Patricia DOMÍNGUEZ ALONSO, "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", La contratación pública a debate: presente y futuro, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 154 y sigs., y Julián VALERO TORRIJOS, "La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica", La nueva contratación pública, Marcos Almeida Cerreda e Isaac Martín Delgado (Directores), Campus na Nube, La Coruña, 2015, págs. 29 y sigs. Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, llega a hablar de "la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública electrónica" ("El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE", Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 244). Una eficaz síntesis de la evolución de la normativa de la Unión Europea relativa a la utilización de los medios electrónicos en la contratación pública puede encontrarse en Durval Tiago FERREIRA, "O impulso da utilização de meios electrónicos nas novas directivas de contratação pública", Observatorio de los contratos públicos 2015, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 539-555.

de exigir el empleo de medios de comunicación electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas, junto con aquellos otros casos en que la utilización de medios de comunicación electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores o los pliegos de la contratación pidan la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos (aunque el considerando 53 aclara que la utilización de otros medios de comunicación debe limitarse a aquellos elementos de la oferta para los que no se exijan medios electrónicos de comunicación).

Por su parte, el artículo 22.5 permite que, cuando sea necesario, los poderes adjudicadores exijan la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, pero a condición de que se ofrezcan medios de acceso alternativos, con el fin de respetar lo establecido en el Acuerdo sobre Contratación Pública. En particular, se considera que los poderes adjudicadores ofrecen medios de acceso alternativos apropiados cuando ofrecen gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a esas herramientas y dispositivos, garantizan que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, puedan tener acceso al procedimiento de contratación utilizando fichas provisionales disponibles gratuitamente en línea, o admiten un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas.

El segundo de los requisitos aparece en el artículo 22.3 de la Directiva, que dispone que los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. A este respecto, el artículo 22.6 señala que la información relativa a las especificaciones para la presentación electrónica de las ofertas y las solicitudes de participación, incluido el cifrado y la validación de la fecha, estará a disposición de todas las partes interesadas, que los Estados miembros o los poderes adjudicadores especificarán el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación, el cual será proporcional a los riesgos asociados, y que, cuando los Estados

miembros o los poderes adjudicadores concluyan que el nivel de riesgo es tal que se exijan las firmas electrónicas avanzadas definidas en la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los poderes adjudicadores aceptarán las firmas electrónicas avanzadas respaldadas por un certificado reconocido[26].

La potenciación de uso de medios electrónicos, en particular para la presentación de ofertas, se observa también en la regulación de los catálogos electrónicos que ha introducido el artículo 36 de la Directiva 2014/24/UE. Este artículo permite que, cuando se exija la utilización de medios de comunicación electrónicos, los poderes adjudicadores puedan imponer que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico o incluyan un catálogo de este tipo. Además, los Estados miembros pueden hacer obligatoria la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de contratación. El propio artículo 36 contempla de manera particularizada su empleo en las contrataciones basadas en un acuerdo marco y en los sistemas dinámicos de adquisición.

La Directiva no define formalmente lo que son estos catálogos electrónicos, pero en su considerando 68 explica que constituyen un formato para la presentación y organización de la información de forma común para todos los licitadores participantes que se presta al tratamiento electrónico, y ofrece como ejemplo una hoja de cálculo con las ofertas. El mismo considerando añade que la utilización de catálogos electrónicos para la presentación de ofertas no debe implicar la posibilidad de que los operadores económicos se limiten a la transmisión de su catálogo general, sino que éste debe ser adaptado en función del procedimiento específico de contratación, con el fin de garantizar que sólo contiene productos, obras o servicios que responden a lo demandado por el poder adjudicador, precisión que no se ha llevado al texto articulado de la Directiva.

26 También en este caso la imposibilidad dar cumplimiento al requisito es causa de exención de la obligación de los poderes adjudicadores de exigir el uso de medios de comunicación electrónicos en el proceso de presentación de ofertas, en concreto cuando el uso de medios de comunicación no electrónicos sea necesario, bien por una violación de la seguridad de los medios de comunicación electrónicos, bien para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos.

Evidentemente, los catálogos electrónicos, como establece el artículo 36.2 de la Directiva, tendrán que elaborarse de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato establecidos por el poder adjudicador, además de cumplir los requisitos aplicables con carácter general a las herramientas de comunicación electrónicas de acuerdo con el artículo 22 antes analizado. Ahora bien, el legislador de la Unión Europea es consciente de que la existencia de diferentes formatos o procesos técnicos y normas de mensajería podría suponer un obstáculo para la interoperabilidad, no sólo en cada Estado miembro, sino también, de modo especial, entre los distintos Estados miembros. El considerando 55 de la Directiva pone precisamente como ejemplo el caso de los catálogos electrónicos, ya que, de no existir normalización, se obligaría los licitadores a adaptar sus propios catálogos a cada procedimiento de contratación, lo cual supondría facilitar información muy similar en diferentes formatos, en función de las especificación del poder adjudicador de que se trate. Por ese motivo, en el artículo 22.7 se le delegan a la Comisión los poderes necesarios para establecer el uso obligatorio de normas técnicas específicas que hayan sido sometidas a pruebas exhaustivas y hayan demostrado su utilidad en la práctica, previo examen de los costes que ello puede implicar, especialmente en lo que se refiere a la adaptación a las soluciones de transmisión electrónica existentes, incluida la infraestructura, los procesos o los programas informáticos.

V. Los anuncios de contratación

V.1. El anuncio de la contratación prevista

Por lo que atañe a la publicidad de los procedimientos de adjudicación de los contratos abarcados por el Acuerdo sobre Contratación Pública, el artículo VII.1 de éste mantiene aparentemente la dualidad entre la posibilidad de llevarla a cabo a través de medios electrónicos o impresos. No obstante, esa opción no se da en el caso de las entidades contratantes de los gobiernos centrales, enunciadas en el anexo 1 del apéndice I para cada parte, porque para este caso el artículo VII.1 prevé que los anuncios de la contratación prevista tengan que ser accesibles a través de medios

electrónicos gratuitos en un solo punto de acceso. En cambio, en el caso de las demás entidades contratantes incluidas en el Acuerdo a través de los anexos 2 y 3 del apéndice I, se presupone la posibilidad de opción, porque la comunicación mediante enlaces en un portal electrónico de acceso gratuito sólo se impone "cuando sean accesibles por medios electrónicos". Todo ello sin perjuicio de que el artículo aliente a las partes que publiquen todos sus anuncios por medios electrónicos gratuitos en un solo punto de acceso. Además, el artículo VII.3 dispone que, para cada contratación prevista, la entidad contratante tendrá que publicar en uno de los idiomas oficiales de la Organización Mundial del Comercio (español, francés e inglés), al mismo tiempo que publica el anuncio de la contratación prevista, un resumen de éste que pueda consultarse fácilmente y en el que figurará, como mínimo, el objeto de la contratación, la fecha límite para la presentación de ofertas o, cuando corresponda, la fecha límite para la presentación de solicitudes de participación en la licitación o de inclusión en una lista de uso múltiple, y la dirección en la que pueden solicitarse los documentos relativos a la contratación.

El equivalente en las directivas de contratación pública de la Unión Europea a los anuncios de la contratación prevista del Acuerdo sobre Contratación Pública son los anuncios de licitación a los que se refiere el artículo 49 de la Directiva 2014/24/UE. Éstos, de acuerdo con el artículo 51.2 de la Directiva, se elaborarán, se enviarán por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y se publicarán de conformidad con el anexo VIII de la propia Directiva, el cual añade la posibilidad de que los poderes adjudicadores publiquen la información en internet en un "perfil de comprador", el perfil de contratante de nuestra legislación de contratos del sector público. El artículo 51.3 añade que los anuncios se publicarán en toda su extensión en la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Unión que elija el poder adjudicador y, además, se publicará un resumen de los puntos importantes de cada anuncio en las demás lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, previsión con la que puede entenderse que se da cumplimiento al artículo VIII.3 del Acuerdo sobre Contratación Pública.

V.2. El anuncio de la contratación programada. Su utilización como anuncio de la contratación prevista

Mayores diferencias se aprecian entre el Acuerdo sobre Contratación Pública y la Directiva 2014/24/UE en lo que se refiere a lo que el primero denomina "anuncio de la contratación programada" y la segunda "anuncios de información previa". El punto de partida es común: el artículo VII.4 del Acuerdo se limita a alentar a las entidades contratantes a que publiquen lo antes posible en cada ejercicio fiscal, por medios impresos o electrónicos, un anuncio de sus planes de contrataciones futuras, que deberá incluir el objeto de la contratación y la fecha en que se prevé la publicación del anuncio de la contratación previa, mientras el artículo 48.1 de la Directiva menciona igualmente como una simple posibilidad el que los poderes adjudicadores den a conocer sus intenciones de contratación a través de un anuncio de información previa, que será publicado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea o por los propios poderes adjudicadores en su perfil de comprador (en cuyo caso habrá que enviar un anuncio de dicha publicación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea).

La diferencia surge en relación con el uso del anuncio de la contratación programada como anuncio de la contratación prevista. El artículo VII.5 del Acuerdo permite esta opción a las entidades contratantes que no formen parte del ámbito de los gobiernos centrales, con la sola condición de que el anuncio incluya toda la información exigida a los anuncios de la contratación prevista de que disponga la entidad contratante, así como una indicación de que los proveedores interesados deberán manifestar a aquélla su interés en la contratación. En cambio, el artículo 48.2 de la Directiva, con un criterio que hay que calificar de acertado, limita esta posibilidad a los procedimientos restringidos y de licitación con negociación, siempre de los poderes adjudicadores subcentrales, y añade algún requisito más a los impuestos por el Acuerdo sobre contratación pública.

Así, la Directiva, además de exigir que el anuncio contenga información similar a la de los anuncios de licitación, en la medida en que ya la conozca el poder adjudicador, y que invite a los operadores

económicos interesados a que manifiesten su interés (manifestación que posteriormente tendrá que ser confirmada a requerimiento del poder adjudicador, tal como señala el artículo 26.5), dispone que tiene que referirse específicamente a los suministros, las obras o los servicios que serán objeto del contrato que vaya a adjudicarse, debe mencionar que el contrato se adjudicará por procedimiento restringido o negociado sin ulterior publicación de una convocatoria de licitación y tendrá que haberse enviado para su publicación entre treinta y cinco días y doce meses antes de la fecha de envío de la invitación a participar en el procedimiento de adjudicación. Asimismo, este tipo de anuncios no se publicarán en un perfil de comprador, salvo como publicidad adicional para el ámbito nacional.

Por último, el artículo 48.2 de la Directiva señala que el período cubierto por el anuncio de información previa tendrá una duración máxima de doce meses a partir de la fecha en que se transmita el anuncio para su publicación, salvo en el caso de los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos, en el que se permite que abarque un periodo superior al mencionado.

VI. Las condiciones de participación en los procedimentos de contratación

VI.1. Requisitos generales. La prohibición de imponer como condición la adjudicación previa de otros contratos

El artículo VIII.1 del Acuerdo sobre Contratación Pública recoge los tradicionales requisitos generales para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato público, que son la capacidad jurídica y de obrar ("facultad jurídica" en la terminología del Acuerdo), la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica o profesional ("capacidad comercial y técnica"). En este sentido, el precepto establece que las condiciones que se impongan para participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos al Acuerdo han de limitarse a aquellas que sean esenciales para asegurarse de que el empresario reúne esos requisitos. Asimismo, el apartado 2 del mismo artículo

prohíbe expresamente que, para que un proveedor pueda participar en un procedimiento de adjudicación, se establezca la condición de que una entidad contratante de una parte determinada le haya adjudicado previamente uno o varios contratos, sin perjuicio de que sí se permita exigir la experiencia previa pertinente cuando sea esencial para cumplir los requisitos de la contratación.

La Directiva 2014/24/UE denomina impropiamente en su artículo 58 "criterios de selección" a los requisitos o condiciones para participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos, aunque también exige que todos ellos estén vinculados al objeto del contrato y sean proporcionados con respecto a él.

A diferencia del Acuerdo sobre Contratación Pública, la Directiva recoge con poca precisión jurídica el requisito de la capacidad, al referirse fundamentalmente a la habilitación para ejercer la actividad profesional, que no es más que una de las circunstancias que pueden afectar a la capacidad de obrar del empresario. Sobre esta habilitación en particular, precisa que los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que estén inscritos en un registro profesional o mercantil en su Estado miembro de establecimiento y, en los procedimientos de contratación de servicios, cuando los operadores económicos deban poseer una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, el poder adjudicador podrá exigirles que demuestren estar en posesión de dicha autorización o que pertenecen a la organización en cuestión.

En cuanto a la solvencia económica y financiera, la Directiva ofrece a los poderes adjudicadores tres vías para garantizarla: exigir que los operadores económicos tengan un determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, un determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato, que no exceda del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados, como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros; exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo,

entre activo y pasivo; exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales. Asimismo, se establecen reglas especiales para los casos en que un contrato se divida en lotes a efectos de su adjudicación y en que vayan a adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco o en sistemas dinámicos de adquisición.

Al tratar de la solvencia técnica o profesional, el artículo 58 de la Directiva se ocupa de la posibilidad de que los poderes adjudicadores impongan requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad. Sorprendentemente, aunque la Directiva regula de manera específica el requisito de la experiencia (que, de exigirse, tendrá que demostrarse "mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado"), no incorpora la prohibición del Acuerdo sobre Contratación Pública de que se condicione a la adjudicación de un contrato público a la previa adjudicación de otro u otros contratos del mismo tipo. Hay que recordar a este respecto que nuestra propia legislación interna no se ha limitado a recoger lo que establece el Acuerdo, sino que ha ido más allá a través del artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que prohíbe taxativamente que en los procedimientos de contratación del sector público se otorgue ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, declarándose nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de ley, así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público, que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Cambiando de criterio, el Proyecto de Ley de contratos del sector público considera en su artículo 40 anulables y no ya nulas de pleno derecho "todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración", pero incongruentemente no deroga de manera expresa el artículo 45.2 de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La Directiva añade, en cambio, que los poderes adjudicadores podrán suponer que un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que éste tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato, lo que quizá debería haberse regulado como una prohibición de contratar. En los procedimientos de contratación de suministros que requieran operaciones de colocación o instalación, servicios u obras, la capacidad profesional de los operadores económicos para prestar dichos servicios o ejecutar la instalación o las obras podrá evaluarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficiencia, experiencia y fiabilidad.

Por último, la Directiva contempla expresamente en su artículo 63 la posibilidad de integrar los requisitos de solvencia recurriendo a las "capacidades de otras entidades", lo cual no se prevé en el Acuerdo sobre Contratación Pública, pero tampoco se puede considerar contrario a éste[27].

VI.2. Las prohibiciones de contratar

Lo que en la tradición de nuestro Derecho de la contratación pública se denominan prohibiciones de contratar, verdaderas causas administrativas de limitación de la capacidad de obrar de los operadores económicos afectados por ellas, aparecen recogidas en el artículo VIII del Acuerdo sobre Contratación Pública. Este precepto establece una lista abierta de motivos que permiten excluir al operador económico afectado de los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos al Acuerdo, siempre que estén debidamente acreditados: quiebra, declaraciones falsas, deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito u obligación de fondo dimanante de uno o varios contratos anteriores, sentencias firmes por delitos graves u otras infracciones graves, falta de ética profesional o actos u omisiones que pongan en entredicho la integridad comercial del proveedor, e impago de impuestos.

27 Sobre la regulación en la Directiva de esta cuestión, véase Isabel GALLEGO CÓRCOLES, "El recurso a las capacidades de otras entidades (o del intento de concretar el régimen jurídico de la integración de la solvencia mediante medios externos)", Observatorio de los contratos públicos 2014, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 230 y sigs., que analiza el tema en el marco de la evolución del Derecho de la Unión Europea sobre el particular y de su recepción por nuestra legislación de contratos del sector público.

La simplicidad de estas previsiones del Acuerdo sobre Contratación Pública contrasta con la complejísima regulación que contiene la Directiva 2014/24/UE en su artículo 57 de lo que denomina "motivos de exclusión", la cual se trasladó anticipadamente a nuestro Ordenamiento jurídico a través de la reforma de los artículos 60 y 61 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público y el añadido al mismo del artículo 61 bis que llevó a cabo la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y ahora se recoge en los artículos 71, 72 y 73 del Proyecto de Ley de contratos del sector público. El artículo 57 de la Directiva establece tres grupos distintos de causas que dan lugar a la prohibición de contratar con el sector público: en el apartado 1 aparece la condena mediante sentencia firme por determinados delitos[28]; en el apartado 2 se recoge el incumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social; y en el apartado 4 se enuncian una amplia lista de otros causas, heterogéneas entre sí. Pues bien, la complejidad de la Directiva en este punto viene provocada por la confusa regulación de la aplicación de las prohibiciones de contratar.

En principio, de acuerdo con el artículo 57.5, los poderes adjudicadores deberán, en cualquier momento del procedimiento de contratación, excluir del mismo a un operador económico si se comprueba que se halla incurso en alguna de las causas de los apartados 1 y 2 del artículo; en cambio, para las causas del apartado 4 la exclusión parece simplemente facultativa para los poderes adjudicadores. Ahora bien, el artículo 57.3 permite a los Estados miembros establecer excepciones a las exclusiones obligatorias previstas en los apartados 1 y 2, con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección

28 Participación en una organización delictiva, corrupción, fraude, terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas, o inducción, complicidad o tentativa de cometer un delito, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, y trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, todos ellos definidos por referencia a las correspondientes disposiciones de la Unión Europea. Para un estudio circunstanciado de las equivalencias de estos delitos en el Código penal español, puede acudirse a Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ, "Inhabilitaciones penales para personas jurídicas relacionadas con el sector público y contratación pública", La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 328 y sigs.; sobre el caso particular de los delitos de corrupción y fraude, véase también AYMERICH CANO, "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas", cit., págs. 230 y sigs.

del medio ambiente. Asimismo, los Estados miembros podrán también establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en el apartado 2 si tal exclusión resulta claramente desproporcionada, en particular cuando las cantidades adeudadas en concepto de impuestos o cotizaciones a la seguridad social sean reducidas o cuando el operador económico haya sido informado del importe exacto adeudado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social en un momento tal que no le deja la posibilidad de regularizar su situación antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta. Para la causa de prohibición de contratar consistente en hallarse incurso en un procedimiento concursal, que está recogida en el apartado 4, se prevé de manera específica que los Estados miembros podrán exigir o prever la posibilidad de que el poder adjudicador no excluya al operador económico si se comprueba va a estar en condiciones de ejecutar el contrato, teniendo en cuenta las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial en caso de producirse una de estas situaciones.

Sin embargo, lo más desconcertante es que el artículo 57.6 acaba permitiendo a todo operador económico incurso en cualquiera de las causas de prohibición de contratar de los apartados 1 y 4 que presente pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia del motivo de exclusión, de tal manera que, si dichas pruebas se consideran suficientes, la prohibición de contratar no operará[29]. Las medidas a las que se refiere

29 Como acertadamente apunta Ángel LOBO RODRIGO, "esta posibilidad, inexistente en la Directiva anterior, viene a flexibilizar el sistema de tal forma que se puede caer en la arbitrariedad en cuanto a su aplicación, además de desvirtuar un marco jurídico que se suponía tendente a forzar a los operadores económicos a cumplir con las normas básicas que debe cumplir cualquier empresa, castigando a las incumplidoras y premiando a las que respetan el ordenamiento jurídico" ("Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE", El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pág. 91). Para un estudio detallado de esta previsión de la Directiva en el marco de los programas de "compliance", véase Miguel BERNAL BLAY, "Los efectos de los programas de Compliance en la contratación pública", Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), José María

la Directiva consisten en pagar o haberse comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, haber aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y haber adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Esta excepción no es aplicable cuando la prohibición de contratar ha sido expresamente impuesta por sentencia firme, por todo el tiempo establecido en ésta. Precisamente a este respecto el artículo 57.7 añade que los Estados miembros tendrán que determinar el período máximo de duración de las prohibiciones de contratar, para los casos en que los operadores económicos afectados no se acojan a las posibilidad prevista en el artículo 57.6 y no haya una sentencia que establezca otro plazo: cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el artículo 57.1 y tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el artículo 57.4.

VI.3. La clasificación de las empresas y los registros de contratistas. Su relación con el nuevo procedimiento abierto simplificado

Para completar el análisis de los requisitos para participar en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, es preciso hacer referencia a la clasificación de las empresas y los registros de contratistas. El artículo IX del Acuerdo sobre Contratación Pública reconoce a las partes del mismo y a sus entidades contratantes la posibilidad de mantener un sistema de registro de proveedores, con arreglo al cual los empresarios interesados deberán inscribirse y proporcionar determinada información. El uso de estos sistemas sólo está sujeto a dos condiciones. Por un lado, las partes del Acuerdo habrán de asegurarse de que sus entidades contratantes hagan esfuerzos para reducir al mínimo las diferencias entre sus respectivos procedimientos de calificación, es decir, de clasificación de los contratistas, y lo mismo entre sus sistemas de registro; por otra parte, ninguna parte, incluidas sus entidades contratantes, podrá adoptar o aplicar sistemas de registro o procedimientos de calificación que tengan el propósito o el efecto de

Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 411-422.

crear obstáculos innecesarios a la participación de proveedores de otra parte en sus contrataciones.

La regulación de esta cuestión en la Directiva 2014/24/UE contiene alguna adición de interés a lo previsto en el Acuerdo sobre Contratación Pública. Así el artículo 64 ofrece a los Estados miembros la posibilidad de establecer o mantener lo que la norma denomina "listas oficiales" de operadores económicos autorizados para contratar con los poderes adjudicadores, o bien la de prever una certificación expedida por organismos que cumplan las normas de la Unión Europea en la materia, sin pronunciarse claramente, a diferencia del Acuerdo sobre Contratación Pública, sobre el carácter facultativo u obligatorio para los operadores económicos de la inscripción en dichas listas o de la obtención de la certificación. A la hora de determinar las condiciones para la inscripción en las mencionadas "listas oficiales", la Directiva contempla específicamente el supuesto de los operadores económicos que forman parte de un grupo de sociedades o agrupación similar, y que recurren a los medios de otras sociedades del grupo para acreditar su solvencia.

La Directiva se extiende también sobre los efectos que produce la inscripción en las listas oficiales o la obtención el certificado: genera una presunción de aptitud con respecto a los requisitos de selección cualitativa que implique la lista oficial o el certificado, de tal manera que se prohíbe a los poderes adjudicadores cuestionar sin justificación dicha información. Lo que sí se permite es exigir adicionalmente con ocasión de cada contrato una certificación que acredite que el operador económico se halla al corriente al pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

Para evitar que estas previsiones se conviertan en un obstáculo a la participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos de operadores económicos provenientes de otros Estados miembros, se aclara que son aplicables únicamente a los operadores establecidos en el Estado miembro que haya elaborado la lista oficial, sin que pueda imponerse a los operadores económicos de los demás Estados miembros una inscripción o certificación de este tipo con vistas a su participación en un contrato público. Ahora bien, nada impide que

éstos puedan inscribirse en una lista oficial o solicitar una certificación en otro Estado miembro, en cuyo caso no se les exigirán más pruebas o declaraciones que las solicitadas a los operadores económicos nacionales. En caso contrario, los poderes adjudicadores tendrán que reconocer los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros o aceptar otros medios de prueba equivalentes.

Por consiguiente, tanto el Acuerdo sobre Contratación Pública como la Directiva 2014/24/UE dejan un amplio margen de maniobra a los Estados a la hora de regular la clasificación de las empresas y los registros de contratistas. Es bueno recordar esto a la vista de la evolución seguida en los últimos años por nuestra legislación de contratos del sector público, que ha acabado arrinconando la exigencia de la clasificación a los contratos de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, e incluso llegaba a excluir expresamente que la clasificación se pudiese no ya exigir, sino incluso aplicar a contratos distintos a los de obras y de servicios (última redacción que tuvo el artículo 65.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público). En cambio, el Proyecto de Ley de contratos del sector público prevé que la clasificación no será exigible, pero sin añadir ya que no será aplicable, a los contratos distintos a los de obra y servicios (artículo 77.1.c) y, sobre todo, al regular el nuevo procedimiento abierto simplificado, que se podrá utilizar para licitar contratos de obras, servicios y suministros no armonizados, establece como requisito para participar en el mismo la inscripción de las empresas en el correspondiente registro oficial de licitadores y empresas clasificadas (artículo 157.4.a), aunque no la clasificación propiamente dicha.

VII. Las especificaciones técnicas y los pliegos de condiciones

VII.1. Las reglas para la definición de las especificaciones técnicas de los contratos

Uno de los aspectos que reviste una mayor importancia a la hora de eliminar los obstáculos a la libre concurrencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos es, sin duda, el de las reglas para la definición de las especificaciones técnicas de aquéllos (prescripciones

técnicas, en la terminología española). En las definiciones del artículo I del Acuerdo sobre Contratación Pública (letra u), por especificaciones técnicas se entiende un requisito de la licitación que establece las características de los bienes o servicios que se contratarán, incluidas la calidad, las propiedades de uso y empleo, la seguridad y las dimensiones, o los procesos y métodos para su producción o suministro, o bien que se refiere a prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un bien o servicio. En relación con las mismas, el artículo X.1 del Acuerdo sienta el principio de que ninguna entidad contratante preparará, adoptará o aplicará especificaciones técnicas, ni prescribirá procedimientos de evaluación de la conformidad, que tengan el propósito o el efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.

Ya en positivo, el apartado 2 del artículo X señala que las especificaciones técnicas se establecerán preferentemente en función de las propiedades de uso y empleo y de los requisitos funcionales, y no en función del diseño o de las características descriptivas, y que se basarán en normas internacionales, cuando éstas existan o, de lo contrario, en reglamentos técnicos nacionales, en normas nacionales reconocidas o en códigos de construcción. Cuando en las especificaciones técnicas se use el diseño o las características descriptivas, la entidad contratante deberá indicar que considerará las ofertas de bienes o servicios equivalentes que se pueda demostrar que cumplen los requisitos de la contratación, mediante la inclusión en el pliego de condiciones de la expresión "o equivalente" u otra similar. Con mayor rigor todavía, el Acuerdo proscribe las especificaciones técnicas que exijan determinadas marcas de fábrica o de comercio o nombres comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, o determinados orígenes, productores o proveedores, o hagan referencia a ellos, a menos que no haya otra manera suficientemente precisa o inteligible de describir los requisitos exigidos para la contratación, en cuyo caso, nuevamente, habrá que incluir en el pliego de condiciones la expresión "o equivalente" u otra similar.

Es también importante señalar que el artículo X.5 del Acuerdo prohíbe a las entidades contratantes recabar o aceptar, de una manera que pudiese tener por efecto excluir la competencia, asesoramiento

en la preparación o adopción de cualquier especificación técnica para una contratación determinada de una persona que pueda tener un interés comercial en esa contratación. En cambio, el apartado 6 del precepto permite expresamente que, para mayor certeza, una parte del Acuerdo, incluidas sus entidades contratantes, prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales o proteger el medio ambiente.

En la Directiva 2014/24/UE, el desarrollo de las reglas para el establecimiento de las especificaciones técnicas de los contratos está contenido en el artículo 42. Igual que el acuerdo sobre Contratación Pública, la Directiva recoge una definición general de las especificaciones técnicas en ese artículo, sin perjuicio de que después aparezca otra más precisa y detallada en el anexo VII. El artículo 42 señala que las especificaciones técnicas, que tendrán que figurar en los pliegos de contratación, definirán las características exigidas de una obra, un servicio o un suministro y, a continuación, precisa que esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este. Igualmente, las especificaciones técnicas podrán decidir si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial.

Como no podía ser de otra forma, la Directiva incorpora la regla de que las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia. En cuanto a las prescripciones sobre su determinación, se establece con carácter general que para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se tendrán que redactar, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios. Por

supuesto, si existiesen requisitos imperativos de accesibilidad adoptados mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a ellos. Asimismo, cuando haya normas técnicas nacionales obligatorias tendrán igualmente que respetarse, a condición de que sean compatibles con el Derecho de la Unión.

Más en concreto, el artículo 42.3 de la Directiva ofrece dos grandes alternativas para la definición de las especificaciones técnicas, que no son excluyentes entre sí y que coinciden sustancialmente con las ofrecidas por el artículo X del Acuerdo sobre Contratación Pública: acudir a términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales[30], siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicar el contrato; o remitirse, por orden de preferencia, a normas nacionales que transpongan las normas europeas, a las evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros, debiendo cada referencia ir acompañada de la mención "o equivalente".

Como se ha dicho, estas alternativas no se excluyen recíprocamente, pues la propia Directiva admite que la definición de las especificaciones técnicas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales

30 Sobre éstas advierte J. José PERNAS GARCÍA que "la especificidad y el carácter complejo de las prescripciones técnico-ambientales puede plantear problemas de verificación del cumplimiento a los órganos de contratación. Esto hace que pueda ser conveniente que estos determinen los métodos de prueba y procedimientos de evaluación de la conformidad en el momento de fijación de las especificaciones técnicas (y de los criterios de adjudicación), siempre que se garantice la libertad del licitador para recurrir a métodos equivalentes de prueba" ("La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", La contratación pública a debate: presente y futuro, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 353).

contenga una referencia a normas técnicas como medio de presunción de conformidad con dichos requisitos, y también cabe la posibilidad de que se combinen los dos sistemas, usando uno para ciertas características de la prestación y el otro para las demás. Pero sin duda la previsión más importante en la contenida en los apartados 5 y 6 del artículo 42, que obligan a los poderes adjudicadores a admitir una oferta si el licitador demuestra, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas, y lo mismo vale si las especificaciones técnicas se han formulado en términos de rendimiento o exigencias funcionales y la oferta se ajusta a normas técnicas que tengan por objeto los requisitos de rendimiento o las exigencias funcionales.

Los medios de prueba del cumplimiento de las especificaciones técnicas se regulan en el artículo 44 de la Directiva, estrechamente relacionado con la mención que el artículo X.1 del Acuerdo sobre Contratación Pública hace a los procedimientos de evaluación de la conformidad. En efecto, la Directiva permite que los poderes adjudicadores exijan a los operadores económicos que proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por un organismo de ese tipo como medio de prueba de la conformidad con los requisitos o los criterios establecidos en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato. Ahora bien, cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados establecidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por los poderes adjudicadores. Asimismo, los poderes adjudicadores deberán aceptar otros medios de prueba, como un expediente técnico del fabricante, cuando el operador económico de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al operador económico de que se trate y que éste demuestre que las obras, suministros o servicios que proporciona cumplen los requisitos o criterios fijados en las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato.

Lo que la Directiva no contempla siquiera es la posibilidad de que las especificaciones técnicas se definan en función del diseño o de las características descriptivas del objeto de la prestación contractual, algo que el Acuerdo sobre Contratación Pública no prohíbe de manera expresa, aunque, como ya se ha visto, considera poco deseable. Asimismo, el artículo 42.4 recoge la regla de que las especificaciones técnicas no podrán hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos, salvo en casos excepcionales en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato de otra forma y con la prevención de que dicha referencia tendrá que ir acompañada de la mención "o equivalente".

Mayores dificultades plantea otra omisión de la Directiva, la de la prohibición de que las entidades contratantes recaben o acepten asesoramiento en la preparación o adopción de cualquier especificación técnica para una contratación determinada de una persona que pueda tener un interés comercial en esa contratación. Bien al contrario, la Directiva ha incorporado en su artículo 40, sin ninguna explicación en sus considerandos, la posibilidad de que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores realicen consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informen a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Esas consultas, según el mismo precepto pueden consistir precisamente en solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes, lo cual no plantea problema, o de participantes en el mercado, lo cual ya suscita más dudas, por más que se añada que no deberá tener por efecto un falseamiento de la competencia ni dar lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia[31].

31 En el mismo sentido, véanse las reflexiones de MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cit., págs. 122 y sigs., y PERNAS GARCÍA, "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción", cit., pág. 170.

En este sentido, el artículo 41 obliga a adoptar medidas para evitar el falseamiento de la competencia en los casos en que un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación. Dichas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. Con todo, no se acaba de entender muy bien qué ventajas puede reportar esa consulta o asesoramiento previo con operadores económicos interesados en la contratación que sean de tal entidad que compensen sus evidentes riesgos, por muchas medidas que se adopten para evitar el falseamiento de la competencia.

Por eso debe calificarse de desafortunada la incorporación de esta previsión al Proyecto de Ley de contratos del sector público. Su artículo 115.1 permite que los órganos de contratación acudan al asesoramiento de "operadores económicos activos en el mercado", si bien con carácter excepcional, imponiendo unas cautelas que no coinciden con las de la Directiva: la triple prohibición de que de las consultas realizadas resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados, de que aquéllas puedan comportar ventajas en la adjudicación del contrato para las empresas participantes en las mismas y de que el órgano de contratación revele a los participantes en el proceso de consultas las soluciones propuestas por los otros participantes.

Por último, la Directiva 2014/24/UE hace amplio uso de la autorización del Acuerdo sobre Contratación Pública para que las partes y sus entidades contratantes preparen, adopten o apliquen especificaciones técnicas con el fin de promover la conservación de los recursos naturales o proteger el medio ambiente. A este respecto, su artículo 43 regula el uso de las llamadas "etiquetas" para los casos en que los poderes adjudicadores tengan la intención de adquirir

obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, como medio de prueba de que aquéllos corresponden a las características exigidas, pudiéndose exigir en las especificaciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato[32].

Por lo demás, a las etiquetas se les aplican los mismos principios que a los demás medios de definición de especificaciones técnicas, para evitar que su aplicación tenga efectos restrictivos de la competencia o discriminatorios. Así, los poderes adjudicadores que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que confirmen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes a efectos de la etiqueta y, si a un operador económico, por razones que no se le puedan atribuir, le hubiera resultado manifiestamente imposible obtener la etiqueta específica indicada por el poder adjudicador o una etiqueta equivalente dentro de los plazos aplicables, el poder adjudicador tendrá que aceptar otros medios adecuados de prueba de que las obras, suministros o servicios que ha de prestar cumplen los requisitos de la etiqueta específica o los requisitos específicos indicados por el poder adjudicador.

32 Esa exigibilidad queda supeditada al cumplimiento por la etiqueta de cinco requisitos: que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan el objeto del contrato; que aquéllos se basen en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; que las etiquetas se establezcan en un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes implicadas; que sean accesibles a todas las partes interesadas; y que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre quien el operador económico no pueda ejercer una influencia decisiva. Con todo, si falla la primera exigencia debido a que la etiqueta contiene requisitos no vinculados al objeto del contrato, pero se cumplen las demás, los poderes adjudicadores no podrán exigir la etiqueta como tal, pero les cabrá la posibilidad de definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de éstas, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del objeto del contrato. Sobre estos requisitos, véase MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cit., págs. 138 y sigs.; en particular, sobre el uso de los sistemas de ecoetiquetado en la contratación pública es de cita obligada la obra de J. José PERNAS GARCÍA, Contratación pública verde, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, págs. 95 y sigs., y más recientemente, del mismo autor, "La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", cit., págs. 354 y sigs.

VII.2. El contenido de los pliegos de condiciones

Del contenido de los pliegos de condiciones se ocupa el artículo X.7 del Acuerdo sobre Contratación Pública, que prevé que las entidades contratantes pondrán a disposición de los proveedores pliegos de condiciones que incluyan toda la información necesaria para que puedan preparar y presentar ofertas adecuadas[33]. El Acuerdo aclara también en este artículo los extremos que deben incluir algunos de los contenidos de los pliegos. Por lo que se refiere a los criterios de evaluación, se dice que podrán comprender, entre otras cosas, el precio y otros factores de costo, la calidad, el valor técnico, las características medioambientales, y las condiciones de entrega. En cuanto a las fechas de entrega de los bienes o del suministro de los servicios que se contratan, la entidad contratante deberá tomar en consideración factores tales como la complejidad de la contratación, el grado previsto de subcontratación y el tiempo que, con criterio realista, se estime necesario para la producción, despacho de almacén y transporte de los bienes desde los diferentes lugares de suministro, o para el suministro de los servicios.

Más importantes todavía son las previsiones del apartado 10 del artículo X sobre la difusión del contenido de los pliegos. En concreto,

33 Si esa información no se ha facilitado en el anuncio de la contratación prevista, el pliego de condiciones incluirá una descripción completa de lo siguiente: la contratación, con inclusión de la naturaleza y la cantidad de los bienes o servicios que se contratarán, o, si no se conoce la cantidad, la cantidad estimada y las prescripciones que deban cumplirse, incluidas las especificaciones técnicas, certificados de evaluación de la conformidad, planos, diseños o instrucciones; las condiciones de participación de los proveedores, incluida una lista de información y documentos que los proveedores deben presentar en relación con esas condiciones; todos los criterios de evaluación que aplicará la entidad en la adjudicación del contrato y, salvo en casos en que el único criterio sea el precio, la importancia relativa de esos criterios; si la entidad contratante va a realizar la contratación por medios electrónicos, las prescripciones en materia de autenticación y codificación criptográfica, u otras prescripciones relacionadas con la presentación de información por medios electrónicos; si la entidad contratante va realizar una subasta electrónica, las reglas con arreglo a las cuales se realizará la subasta, incluida la identificación de los elementos de la oferta relacionados con los criterios de evaluación; cuando vaya a haber una apertura pública de las ofertas, la fecha, hora y lugar de dicha apertura y, cuando proceda, las personas autorizadas a presenciar el acto; cualesquiera otros términos o condiciones, incluidas las condiciones de pago y cualquier limitación de la forma en que podrán presentarse las ofertas, por ejemplo, en papel o por medios electrónicos; y las fechas de entrega de los bienes o del suministro de los servicio

se prevé que la entidad contratante procederá con prontitud a poner a disposición el pliego de condiciones para asegurarse de que los proveedores interesados dispongan de tiempo suficiente para presentar ofertas adecuadas, a facilitar, previa petición, el pliego de condiciones a los proveedores interesados, y a responder a toda solicitud razonable de información pertinente presentada por cualquier proveedor interesado o que participe en la licitación, a condición de que tal información no dé a ese proveedor una ventaja respecto de otros proveedores. El Acuerdo añade que, en caso de que, antes de la adjudicación de un contrato, la entidad contratante modifique los criterios o las prescripciones establecidos en el anuncio de contratación prevista o en el pliego de condiciones proporcionado a los proveedores participantes, o modifique o vuelva a publicar un anuncio o pliego de condiciones, transmitirá por escrito todas las modificaciones, o el anuncio o el pliego de condiciones modificado o publicado de nuevo, a todos los proveedores que estén participando en el momento de la modificación o la nueva publicación, si la entidad conoce a esos proveedores y, en todos los demás casos, del mismo modo que se facilitó la información inicial, y todo ello con antelación suficiente para que dichos proveedores puedan introducir modificaciones y volver a presentar las ofertas modificadas, según proceda.

En este punto en concreto, la Directiva 2014/24/UE, que no contiene una regulación específica del contenido de los pliegos de condiciones, va más allá que el Acuerdo sobre Contratación Pública, al imponer en su artículo 53 que los poderes adjudicadores ofrezcan por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio de la contratación o de la de envío de la invitación a confirmar el interés. No se debe ocultar la trascendencia de esta previsión, que responde a criterios de transparencia y facilita considerablemente la evaluación por los operadores económicos de si les interesa concurrir o no a un determinado procedimiento de adjudicación.

Cuando no se pueda ofrecer acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos a determinados pliegos de la contratación por concurrir alguna de las limitaciones al uso de estos medios recogidas en el párrafo segundo del artículo 22.1 de la Directiva, los poderes

adjudicadores indicarán, en el anuncio o en la invitación a confirmar el interés, que los pliegos de la contratación en cuestión van a transmitirse por medios distintos de los electrónicos, pero en tal caso el plazo para la presentación de las ofertas se prolongará cinco días. Por su parte, si fuese necesario para proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación, éstos deberán indicar en el anuncio o en la invitación a confirmar el interés qué medidas de protección del carácter confidencial de la información exigen y cómo se puede obtener acceso a los pliegos, aplicándose la misma prolongación del plazo para la presentación de las ofertas que en el supuesto anterior.

La Directiva también prevé, en el mismo artículo 53, que siempre que se haya solicitado a su debido tiempo, los poderes adjudicadores tendrán que proporcionar a todos los licitadores que participen en el procedimiento de contratación información adicional sobre los pliegos de condiciones y cualquier documentación complementaria, como muy tarde seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de las ofertas (cuatro días si se aplica el procedimiento acelerado contemplado en los artículos 27.3 y 28.6), dando así cumplimiento a la obligación que impone el Acuerdo sobre Contratación Pública de que las entidades contratantes respondan a toda solicitud razonable de información pertinente presentada por cualquier proveedor interesado o que participe en la licitación.

VIII. Los procedimientos de adjudicación

VIII.1. Tipología y posibilidad de negociación

La tipología de procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos al Acuerdo sobre Contratación Pública está contenida en su artículo IV.4, que menciona la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida, pero sin carácter exhaustivo o limitativo. La licitación pública es el equivalente a nuestro procedimiento abierto, pues se caracteriza por ser un método de contratación en que todos los proveedores interesados pueden presentar una oferta; la licitación selectiva equivale a nuestro

procedimiento restringido, ya que en ella la entidad contratante sólo invita a presentar ofertas a los proveedores que reúnan las condiciones requeridas; por último, la licitación restringida es el procedimiento negociado sin publicidad, en el que la entidad contratante se pone en contacto con un proveedor o proveedores de su elección.

El Acuerdo define también la lista de uso múltiple, que sería una lista de proveedores que la entidad contratante ha determinado que reúnen las condiciones para integrar esa lista, y que aquélla tiene la intención de utilizar más de una vez, lo que abarca tanto nuestros sistemas dinámicos de contratación como los acuerdos marco celebrados con más de un empresario. Igualmente, se menciona la subasta electrónica, entendida como un proceso iterativo en el que los proveedores utilizan medios electrónicos para presentar nuevos precios o nuevos valores para los elementos de la oferta cuantificables distintos del precio, o ambos, que están vinculados con los criterios de evaluación, y que da lugar a una clasificación o una reclasificación de ofertas.

El artículo XII del Acuerdo delimita los supuestos en que los Estados parte pueden permitir que sus entidades contratantes negocien con los licitadores o candidatos. Para ello basta que la entidad haya manifestado su intención de celebrar negociaciones en el anuncio de la contratación prevista; en defecto de esa previsión, la negociación es posible si de la evaluación efectuada se desprende que ninguna oferta es claramente la más ventajosa según los criterios concretos de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones. Estas negociaciones quedan sujetas a dos importantes condiciones: cualquier eliminación de proveedores que participen en ellas se tendrá que llevar a cabo de conformidad con los criterios de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones; y al término de las negociaciones se concederá a todos los participantes que no hayan sido eliminados un mismo plazo máximo para presentar ofertas nuevas o revisadas.

En la Directiva 2014/24/UE, la tipología de procedimientos de adjudicación aparece en el artículo 26, que distingue entre los procedimientos abiertos y restringidos y las asociaciones para la innovación

por un lado[34], y la licitación con negociación (equivalente a nuestro procedimiento negociado) y el diálogo competitivo por otro lado. Lo que la Directiva denomina técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada se recogen, a diferencia de lo que hace el Acuerdo sobre Contratación Pública, en un capítulo distinto, en el que se mezclan los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las subastas y los catálogos electrónicos con las actividades de compra centralizada y centrales de compras, la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

El artículo 26 especifica en su apartado 4 bajo qué circunstancia los Estados miembros tendrán que permitir que los poderes adjudicadores puedan aplicar los procedimientos de adjudicación que implican negociación, es decir, la licitación con negociación y el diálogo competitivo, dejando al margen las asociaciones para la innovación, a pesar de que también suponen negociación con los licitadores. Para esa determinación se establecen, en primer lugar, unos criterios generales que pueden concurrir por separado o conjuntamente: que

34 Sobre este nuevo procedimiento de adjudicación, véanse Isabel GALLEGO CÓRCOLES, "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Observatorio de los contratos públicos 2013, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 210 y sigs., GIMENO FELIÚ, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit., págs. 48 y sigs., Marina RODRÍGUEZ BEAS, "La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública", Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 311 y sigs., y María de los Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, "Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la «asociación para la innovación»", ob. cit., págs. 341-350, MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cit., págs. 59 y sigs., María del Carmen NÚÑEZ LOZANO, "La contratación pública innovadora: compras comerciales y compras precomerciales", El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 136 y sigs., y José Antonio TARDÍO PATO, "La «asociación para la innovación» como contrato y como procedimiento de adjudicación", Observatorio de los contratos públicos 2015, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 427-448, y "La «asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia", Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 181, 2016, págs. 267-295.

las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles; que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras; que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes al mismo; que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica. Es de destacar que esos criterios no incluyen ninguna exigencia referida al valor estimado del contrato.

En segundo lugar, los procedimientos con negociación también se pueden usar en aquellos casos en que ha fracasado un previo procedimiento abierto o restringido de adjudicación, por haberse presentado únicamente ofertas irregulares o inaceptables[35]. Una importante peculiaridad de estos supuestos es que los poderes adjudicadores no están obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y sólo a ellos, que reúnan los requisitos para contratar y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación.

Particular interés presenta la detallada regulación que contiene el artículo 29 de la Directiva sobre el desarrollo del procedimiento de licitación con negociación, que constituye un importante paso adelante en la formalización del mismo para convertirlo en un procedimiento de adjudicación cuasi ordinario[36]. El procedimiento funciona de manera

35 La Directiva define las ofertas irregulares como aquellas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador; por su parte, se considerarán inaceptables las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.

36 Para que esa transición se pudiese completar, como señala GIMENO FELIÚ, "sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación" (El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit.,

similar al restringido en cuanto a que, en los casos en que se desarrolla con publicidad, cualquier operador económico puede presentar una solicitud de participación, pero luego sólo van a poder presentar una oferta inicial aquellos operadores invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por éste de la información proporcionada. De hecho, las diferencias con el procedimiento restringido se borran por completo en el supuesto previsto por el apartado 4 del artículo 29, que admite que los poderes adjudicadores adjudiquen contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad[37].

Excluyendo esos casos, la negociación versará sobre la ofertas iniciales y todas las ulteriores que presenten los licitadores, con el fin de mejorar su contenido, dentro de los límites marcados por los pliegos de la contratación. En éstos, los poderes adjudicadores tendrán que determinar el objeto de la contratación, facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán, asimismo, qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas. Justamente estos requisitos mínimos, así como los criterios de adjudicación, no serán objeto de negociación.

---

págs. 98-99). En la misma línea, véanse FERNÁNDEZ MALLOL, Análisis del contrato de servicios. Propuestas para garantizar la integridad en la contratación pública, cit., pág. 439, y PERNAS GARCÍA, "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción", cit., pág. 165.

37 Esta posibilidad ha suscitado las críticas de la doctrina científica; véanse GALLEGO CÓRCOLES, "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., págs. 197 y sigs., GIMENO FELIÚ, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit., págs. 101 y sigs., y Miguel BERNAL BLAY, "Principales novedades del Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público", Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición, Sonia Rodríguez-Campos (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 262-263. Martín María RAZQUIN LIZARRAGA se pregunta si "este procedimiento está pensado para los supuestos de ofertas irregulares o inaceptables en una primera fase, conforme al artículo 26.4.b) de la Directiva" ("Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", Revista de Administración Pública, núm. 196, 2015, pág. 119), pero nada en el tenor literal de la Directiva indica que ello sea así.

La Directiva prevé también la posibilidad de que el procedimiento se realice en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, mediante la aplicación de los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación, en cuyo caso habrá que indicar en uno de esos documentos que se va a hacer uso de tal opción.

La negociación se rige por las reglas recogidas en el apartado 5 del artículo 29 del Directiva, según el cual durante la misma los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato y, con este fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos, lo que supone que habrá que dar a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda. Asimismo, se prohíbe a los poderes adjudicadores que revelen a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o un licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de éste, acuerdo que no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

Cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas, tal como exige el Acuerdo sobre Contratación Pública. Verificará que las ofertas definitivas, que ya no pueden ser negociadas, se ajustan a los requisitos mínimos establecidos por los pliegos y a los generales del artículo 56.1 de la Directiva, las evaluará con arreglo a los criterios de adjudicación y adjudicará el contrato conforme a las reglas generales de la Directiva.

VIII.2. Los plazos de presentación de candidaturas y ofertas

Una cuestión de la que se ocupan tanto el Acuerdo sobre Contratación Pública como las directivas de la Unión Europea, por considerarla, con

razón, importante para garantizar la apertura de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos a la competencia y la igualdad de trato de todos los operadores económicos interesados en participar en ellos, es la de la determinación los plazos para la presentación de candidaturas y ofertas. Sin embargo, ambas normas utilizan criterios distintos para esa determinación, con las consiguientes dificultades de encaje, que se trasladan inevitablemente a la legislación nacional de transposición.

El Acuerdo sobre Contratación Pública dedica a los plazos su artículo XI, que comienza estableciendo como principio general que las entidades contratantes, en forma compatible con sus propias necesidades razonables, darán tiempo suficiente para que los proveedores puedan preparar y presentar solicitudes de participación y ofertas adecuadas, teniendo en cuenta factores como la naturaleza y la complejidad de la contratación, el grado previsto de subcontratación y el tiempo necesario para transmitir las ofertas por medios no electrónicos desde el extranjero o dentro del territorio nacional cuando no se utilicen medios electrónicos. Además, de acuerdo con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos, dichos plazos, incluidas sus prórrogas, tendrán que ser los mismos para todos los proveedores interesados o participantes.

Por lo que se refiere a los plazos previstos para cada tipo de procedimiento de adjudicación, el Acuerdo sobre Contratación Pública sigue el criterio de establecer fechas límite mínimas que se cuentan por días calendario, es decir, días naturales, y con carácter general a partir de la publicación del correspondiente anuncio. Se parte de las licitaciones selectivas, es decir, de los procedimientos restringidos, para los que se establece una primera fecha límite mínima, para la presentación de solicitudes de participación, que será de veinticinco días contados, como se ha dicho, desde la publicación del anuncio de la contratación prevista. En casos de urgencia, el plazo se puede reducir a diez días.

A continuación, se fija otra fecha límite mínima, para la presentación de ofertas, aplicable tanto a los procedimientos restringidos como a los abiertos (licitaciones públicas, en la terminología del Acuerdo),

de cuarenta días contados desde la notificación de la invitación a los candidatos seleccionados o desde la publicación del anuncio de la contratación prevista, respectivamente. Este plazo se puede reducir a diez días en tres casos: cuando la entidad contratante haya publicado un anuncio de contratación programada con cuarenta días como mínimo y doce meses como máximo de antelación a la publicación del anuncio de la contratación prevista, y en el anuncio de contratación programada figuren las menciones mínimas que recoge el artículo; en el caso de contratos recurrentes, cuando la entidad contratante indique, en un anuncio inicial de contratación prevista, que en anuncios subsiguientes se establecerán plazos para la presentación de ofertas; y en situaciones de urgencia debidamente motivadas.

Asimismo, hay una previsión general que permite reducir en cinco días (no a cinco días) el plazo para la presentación de ofertas si el anuncio de la contratación prevista se publica por medios electrónicos, si todo el pliego de condiciones se pone a disposición de los proveedores por medios electrónicos a partir de la fecha de publicación del anuncio de la contratación prevista o si la entidad acepta ofertas por medios electrónicos. Con todo, la aplicación de esta regla en ningún caso puede dar lugar a la reducción del plazo para la presentación de ofertas a menos de diez días contados a partir de la fecha de publicación del anuncio de la contratación prevista.

Con independencia de las reglas anteriores, el apartado 7 de este artículo XI del Acuerdo sobre Contratación Pública permite que, cuando una entidad contratante adquiera bienes o servicios comerciales[38], o cualquier combinación de éstos, acorte el plazo para la presentación de ofertas a un mínimo de trece días, a condición de que publique por medios electrónicos, al mismo tiempo, tanto el anuncio de la contratación prevista como el pliego de condiciones. Además, si la entidad acepta ofertas de bienes o servicios comerciales por medios electrónicos, podrá reducir el plazo a diez días como mínimo.

38 Los cuales, según el artículo I, letra a), son aquellos que generalmente se venden u ofrecen a la venta en el mercado comercial a compradores no gubernamentales, y normalmente son adquiridos por éstos, con fines no gubernamentales.

Por último, el artículo XI establece una regla llamativa aplicable a los procedimientos de adjudicación con selección previa de los candidatos que podrán presentar ofertas, del tipo de las licitaciones selectivas: cuando los tramiten entidades contratantes que no formen parte del ámbito de los gobiernos centrales, el plazo para la presentación de ofertas se podrá fijar de mutuo acuerdo entre la entidad contratante y los proveedores seleccionados, y a falta de tal acuerdo, el plazo no será inferior a diez días.

La Directiva 2014/24/UE recoge en su artículo 47 las reglas generales sobre la determinación de los plazos en los procedimientos de adjudicación. En la línea del Acuerdo sobre Contratación Pública, se establece el principio de que, al fijar los plazos de recepción de las ofertas y las solicitudes de participación, los poderes adjudicadores tendrán en cuenta la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofertas. Además, se enumeran ciertos supuestos de ampliación obligatoria de los plazos mínimos ordinarios[39], aunque de manera bastante inconcreta, porque no se cuantifica esa ampliación, sino que se remite a lo necesario para que los operadores económicos afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para presentar las ofertas.

En la fijación de los plazos mínimos aplicables a los procedimientos de adjudicación concretos, la principal diferencia con el Acuerdo sobre Contratación Pública radica en que dichos plazos se cuentan a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, y no de su publicación. Así, en los procedimientos abiertos, según el artículo 27.1 de la Directiva, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de treinta y cinco días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (los cuarenta del Acuerdo sobre Contratación Pública, menos los cinco en que se permite

39 Cuando las ofertas sólo puedan realizarse después de visitar los lugares o previa consulta in situ de los documentos que se adjunten a los pliegos de la contratación; cuando, por cualquier razón, no se haya facilitado, a más tardar seis días (cuatro en los procedimientos acelerados) antes de que finalice el plazo fijado para la recepción de las ofertas, una información adicional solicitada por el operador económico con antelación suficiente; y cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación. En estos dos últimos supuestos, se añade que la duración de la prórroga será proporcional a la importancia de la información o de la modificación.

abreviarlos cuando se usan medios electrónicos de publicación). Este plazo puede reducirse a quince días si se ha publicado un anuncio de información previa que no ha sido utilizado como medio de convocatoria de licitación, pero incluye la información que menciona el artículo que nos ocupa y ha sido enviado para su publicación entre treinta y cinco días y doce meses antes de la fecha del envío del anuncio de licitación, así como en las situaciones de urgencia debidamente justificadas. Asimismo, el plazo general puede reducirse en cinco días cuando se acepte la presentación de las ofertas por medios electrónicos, previsión discutible porque, como ya se ha dicho, en dicho plazo general ya va incluida la reducción en cinco días que permite el Acuerdo sobre Contratación Pública por el uso de medios electrónicos.

En los procedimientos restringidos y negociados, los artículos 28.1 y 29.1 de la Directiva establecen que el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación es de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés, plazo que se puede reducir a quince días en situaciones de urgencia. Igualmente, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas es de treinta días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar (en vez de los cuarenta días desde su notificación a los candidatos seleccionados que impone el Acuerdo sobre Contratación Pública). Este plazo se puede reducir a diez días tanto en los casos en que se haya publicado un anuncio de información previa que no ha sido utilizado como medio de convocatoria de licitación, pero incluye la información que menciona el artículo que nos ocupa y ha sido enviado para su publicación entre treinta y cinco días y doce meses antes de la fecha del envío del anuncio de licitación, como en las situaciones de urgencia debidamente justificadas. Igualmente, también se recoge la regla según la cual el plazo para la presentación de ofertas se puede reducir en cinco días si se admite la presentación electrónica de éstas.

Tal como se ha dicho que prevé el Acuerdo sobre Contratación Pública, el artículo 28.4 de la Directiva permite que los Estados miembros dispongan que todos los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de los mismos puedan establecer el plazo para la

recepción de las ofertas de mutuo acuerdo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, añadiéndose como condición que todos los candidatos seleccionados tendrán que disponer de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas. A falta de acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, éste no podrá ser inferior a diez días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

VIII.3. Las licitaciones selectivas

El procedimiento de adjudicación que el Acuerdo sobre Contratación Pública denomina "licitación selectiva", que, como ya se ha dicho, equivale a nuestro procedimiento restringido, encuentra una regulación mínima en los apartados 4, 5 y 6 del artículo IX de aquél. En estos preceptos se recoge el diseño del procedimiento en dos fases, una primera abierta a todos los empresarios interesados en presentar sus solicitudes de participación y una segunda en la cual sólo se invita a presentar ofertas a los empresarios seleccionados por la entidad contratante de entre aquéllos, y se contempla la posibilidad de que, si así se indica en el anuncio de la contratación prevista, la invitación se limite a un número determinado de los proveedores, conforme a los criterios que señale el propio anuncio. A esto se le añade la previsión de que, cuando el pliego de condiciones no se ponga a disposición del público a partir de la fecha de publicación del anuncio de la contratación previsto, la entidad contratante tendrá que asegurarse de que esa documentación se ponga simultáneamente a disposición de todos los proveedores invitados a presentar ofertas.

La Directiva 2014/24/UE regula en su artículo 54 de una manera más general que el Acuerdo sobre Contratación Pública la invitación a presentar ofertas a los candidatos seleccionados en todos aquellos procedimientos de adjudicación que, como el restringido, se desarrollan en las dos fases antes descritas, y que incluyen también el diálogo competitivo, las asociaciones para la innovación y los procedimientos negociados. Este artículo establece que esa invitación se tiene que enviar simultáneamente y por escrito a todos los candidatos seleccionados y, en la línea de lo previsto por el Acuerdo sobre Contratación Pública, cuando los pliegos de la contratación no hayan sido objeto de un acceso

libre, directo, completo y gratuito ni se hayan puesto a disposición de otra manera, tendrán que ser enviados junto con la invitación.

El artículo 65 de la Directiva añade que en estos procedimientos, tal como también recoge el Acuerdo sobre Contratación Pública, se puede limitar el número de candidatos a los que se invitará a presentar ofertas, siempre que en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés se incluyan los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se piensen utilizar. Sin embargo, la Directiva establece también un número mínimo de candidatos que deben ser seleccionados para presentar ofertas, que en el procedimiento de restringido será de cinco, y en los demás procedimientos de tres. Ahora bien, si el número de candidatos que cumplen los criterios de selección y reúnen los requisitos para participar en la licitación es inferior al número mínimo, el poder adjudicador podrá seguir adelante con el procedimiento invitando a los candidatos que cuenten con la capacidad exigida. Es más, no se podrá incluir en el mismo procedimiento a otros operadores económicos que no hayan solicitado participar en el mismo, ni a otros candidatos que no posean las capacidades exigidas.

VIII.4. Las licitaciones restringidas

También han merecido una regulación específica en el Acuerdo sobre Contratación Pública las licitaciones restringidas, que equivalen a nuestro procedimiento negociado sin publicidad. Dada la excepción que este procedimiento de adjudicación supone con respecto a los principios generales de adjudicación de los contratos abarcados por el Acuerdo, el artículo XIII de éste condiciona con carácter general su utilización a que no tenga como fin evitar la competencia entre proveedores y a que no se desarrolle de manera que se discrimine a los proveedores de cualquier otra parte del Acuerdo o se proteja a los proveedores nacionales. Además, se limita esa utilización a una serie de supuestos enunciados taxativamente por el artículo, que el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE incorpora con pequeños matices[40].

40 Para un análisis detallado de los supuestos en la Directiva, cabe remitirse a GALLEGO CÓRCOLES, "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., págs. 217 y sigs.

El primero es el que podríamos llamar de fracaso de un previo procedimiento de adjudicación, por no haberse presentado ofertas o no haber solicitado participar ningún proveedor, por no haberse presentado ofertas que cumplan los requisitos esenciales del pliego de condiciones, por no reunir ningún proveedor las condiciones de participación o por haberse dado colusión en la presentación de ofertas. En este caso, hay una condición añadida de gran importancia a la hora de recurrir al procedimiento negociado sin publicidad, que consiste en que no se pueden modificar sustancialmente los requisitos del pliego de condiciones.

El segundo supuesto se produce cuando sólo determinado proveedor pueda suministrar los bienes o los servicios y no haya otros bienes o servicios razonablemente sustitutivos o equivalentes, debido a que la contratación concierna a una obra de arte, a la protección de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos, o a la inexistencia de competencia por razones técnicas. La Directiva matiza que en los dos últimos casos la ausencia de competencia no puede ser el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

En tercer lugar, cabe acudir al procedimiento que nos ocupa para entregas o prestaciones adicionales del proveedor inicial de bienes o servicios que no estaban incluidas en la contratación inicial, cuando el cambio de proveedor no pueda hacerse por razones económicas o técnicas, tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con equipos, programas informáticos, servicios o instalaciones existentes objeto de la contratación inicial, y cause inconvenientes significativos o una duplicación sustancial de los costos para la entidad contratante. La Directiva matiza que estas entregas adicionales han de constituir bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, bien una ampliación de suministros o de instalaciones existentes, y que la duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

Asimismo, la Directiva extiende la aplicación de este supuesto a las nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores por

otro de los procedimientos de la Directiva, con la condición de que las obras o servicios adicionales se ajusten a un proyecto de base que haya sido objeto del contrato inicial y que tendrá que mencionar el número de posibles obras o servicios adicionales y las condiciones en que serán adjudicados. Además, la posibilidad de hacer uso del procedimiento negociado sin publicidad en estos casos deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el coste total previsto de las obras o servicios ulteriores a efectos del cálculo del valor estimado del contrato. Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

En cuarto lugar, el procedimiento negociado sin publicidad también se puede utilizar en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia debidas a acontecimientos que la entidad contratante no podía prever, no sea posible obtener los bienes o los servicios a tiempo mediante otros procedimientos de adjudicación. La Directiva añade que las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores.

El quinto supuesto es el de la adquisición de bienes en un mercado de productos básicos, que la Directiva define con mayor precisión como la adquisición de suministros cotizados y comprados en una bolsa de materias primas.

En sexto lugar, se contempla el caso especial en que la entidad contratante adquiera un prototipo o un primer bien o servicio desarrollado o creado a petición suya en el curso de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o creación original, y para dicho contrato. En este supuesto existe la limitación de que el contrato podrá incluir la producción o suministro del prototipo en cantidad limitada, con objeto de incorporar los resultados de las pruebas prácticas y de demostrar que el bien o servicio se presta a la producción o al suministro en gran escala conforme a normas aceptables de calidad, pero no la producción o suministro en gran escala con el fin de determinar su viabilidad comercial o recuperar los gastos de investigación y desarrollo.

En séptimo lugar, se mencionan las compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo concurran por muy breve plazo, en el caso de enajenaciones extraordinarias, como las derivadas de situaciones de liquidación, administración concursal o quiebra, excluyéndose las compras ordinarias a proveedores habituales. La Directiva también menciona entre las adquisiciones especialmente ventajosas las que se realizan a un proveedor que cese definitivamente su actividad comercial (ventas en liquidación, por ejemplo).

Por último, se permite la licitación restringida en el caso de contratos adjudicados al ganador de un concurso de proyectos, siempre que el concurso se haya organizado de forma compatible con los principios del Acuerdo, especialmente en lo que respecta a la publicación del anuncio de la contratación prevista, y que los participantes sean juzgados por un jurado independiente con objeto de adjudicar el contrato de proyecto al ganador. La Directiva restringe la aplicación de este supuesto a los contratos públicos de servicios y añade que, si hay más de un ganador en el concurso, todos los ganadores deberán ser invitados a participar en las negociaciones.

El Acuerdo añade la obligación de que, en todos los casos en que se utilice el procedimiento negociado sin publicidad para contratos abarcados por el mismo, la entidad contratante tendrá que preparar por escrito un informe sobre cada supuesto en concreto, que contendrá el nombre de la entidad contratante, el valor y la clase de los bienes o servicios objeto del contrato y una indicación de las circunstancias y condiciones que justificaban el uso de la licitación restringida. La Directiva sólo recoge expresamente esta obligación para el primer supuesto, el de fracaso de un previo procedimiento abierto o restringido de adjudicación, y cuando así lo requiera la Comisión Europea.

VIII.5. Las listas de uso múltiple

En lo que se refiere a los sistemas que diseña el Acuerdo sobre Contratación Pública para agilizar la contratación pública, ya se ha

adelantado que el primero es el que denomina "listas de uso múltiple de proveedores", desarrolladas en los apartados 7 y siguientes del artículo IX. Estas listas son un instrumento de selección de proveedores que cumple la misma función que la calificación de los candidatos a los que se invitará a presentar ofertas en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad, pero con la diferencia (de ahí el calificativo "de uso múltiple") de que sirven para todos los contratos de un determinado tipo que una entidad contratante vaya a celebrar durante un cierto periodo de tiempo.

El Acuerdo exige que la invitación a los proveedores a formar parte de la lista reciba publicidad a través de un anuncio publicado anualmente y que, si el anuncio se publica por medios electrónicos, esté accesible de manera permanente. En este último caso, si el periodo de validez de la lista es de tres años o menos, basta con publicar el anuncio al comienzo del periodo de validez de la propia lista, con la advertencia de que ya no se harán más publicaciones. El anuncio debe indicar la descripción de los bienes o servicios, o de las categorías de los mismos, para los que podrá utilizarse la lista, las condiciones de participación que deberán reunir los proveedores para su inclusión en la lista y los métodos que la entidad contratante utilizará para verificar que cada proveedor reúne las condiciones, el nombre y la dirección de la entidad contratante y demás información necesaria para ponerse en contacto con ella y obtener toda la documentación relativa a la lista, el período de validez de la lista, así como los medios utilizados para renovarla o ponerle fin, o, cuando no se indique el período de validez, una indicación del método mediante el cual se notificará que se pone fin al uso de la lista, y una indicación de que la lista podrá ser utilizada para las contrataciones abarcadas por el Acuerdo.

Otra particularidad de estos sistema de lista de uso múltiple, recogida en el apartado 10 del artículo IX del Acuerdo, consiste en que los proveedores pueden solicitar la inclusión en la lista en cualquier momento, con la garantía de que si la solicitud se presenta dentro del plazo que el Acuerdo establece para formular solicitudes de participación en los procedimientos restringidos (como mínimo, veinticinco días desde la publicación del anuncio de la contratación

prevista), la entidad contratante tendrá que resolver la solicitud a tiempo para que el proveedor pueda concurrir a esa contratación, salvo en los casos excepcionales en que, debido a la complejidad de la contratación, la entidad no pueda completar el examen de la solicitud dentro del plazo establecido para la presentación de las ofertas. Si se trata de entidades contratantes que no formen parte del ámbito de los gobiernos centrales, ni siquiera se establece plazo alguno para la presentación de las solicitudes de inclusión en las listas de uso múltiple a efectos de la participación en una licitación determinada, sino que basta con que la solicitud se formule con la suficiente antelación para que la entidad contratante pueda examinar si el proveedor reúne las condiciones de participación requeridas.

El Acuerdo establece también otra importante especialidad para el empleo de las listas de uso múltiple por las entidades contratantes que no formen parte del ámbito de los gobiernos centrales. Así, esta entidades podrán utilizar el anuncio por el que se invite a los proveedores a solicitar que se los incluya en una lista de uso múltiple como anuncio de la contratación prevista, siempre que contenga toda la información de que disponga de aquella que el Acuerdo exige a los acuerdos de la contratación prevista, así como una indicación en la que se especifique que constituye un anuncio de la contratación prevista, o que únicamente los proveedores comprendidos en la lista de uso múltiple recibirán otros anuncios de contratación abarcados por la lista de uso múltiple. Asimismo, la entidad contratante tendrá que facilitar rápidamente a los proveedores que le hayan manifestado interés en una contratación determinada suficiente información para que puedan valorar su interés en la contratación.

Las listas de uso múltiple no están contempladas como tales en las directivas de contratación pública de la Unión Europea. La Directiva 2014/24/UE regula en su artículo 33 los acuerdos marco, que, aunque son un instrumento de agilización de la contratación distinto, puede aproximarse en determinados supuestos a aquéllas. Con carácter general, un acuerdo marco, según ese precepto, es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se

vayan a adjudicar durante un período determinado (que no superará los cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados), en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. A los efectos que ahora nos interesa, hay que tener en cuenta que hay acuerdos marco celebrados con un único operador económico, pero también otros celebrados con varios proveedores, con lo que en este último caso sí se detecta una cierta proximidad a las listas de uso múltiple. En particular, el artículo 33.4 de la Directiva permite que la ejecución de los acuerdos marco con varios operadores se pueda hacer sin convocatoria de una nueva licitación, cuando en él se establezcan todas las condiciones aplicables a la realización de las prestaciones de que se trate y las condiciones objetivas para determinar cuál de los operadores económicos, parte en el acuerdo marco, deberá ejecutarlo, o bien que para esa ejecución se recurra total o parcialmente a una nueva licitación, siempre restringida a los operadores parte del acuerdo, cuando en el mismo no estén totalmente establecidas las condiciones de la realización de las prestaciones[41].

Sin embargo, no cabe duda de que en la Directiva 2014/24/UE el instrumento de contratación que mejor encaja con las listas de uso múltiple del Acuerdo sobre Contratación Públicas son los sistema dinámicos de adquisición del artículo 34. Estos sistemas se prevén para las compras corrientes, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores. Tienen carácter totalmente electrónico y, tal como prevé el Acuerdo para las listas de uso múltiple, han de estar abiertos durante todo su período de vigencia a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección, sin que pueda cobrarse ningún gasto, ni antes de

41 En este último caso, las nuevas licitaciones se tendrán que basar en los mismos términos que la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, y, cuando proceda, en otros términos indicados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco. El procedimiento de adjudicación es similar al de un procedimiento restringido: el poder adjudicador consultará por escrito a todos los operadores económicos parte del acuerdo que sean capaces de ejecutar el contrato, fijará un plazo suficiente para presentar las ofertas, teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de aquélla, las ofertas se presentarán por escrito y su contenido no se hará público hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria, y la adjudicación se hará al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco.

que se inicie el período de vigencia del sistema ni durante dicho período, a los operadores económicos que estén interesados o que participen en el sistema dinámico de adquisición. Ese periodo de vigencia deberá indicarse en la convocatoria de licitación y se informará a la Comisión de cualquier cambio del mismo.

Con buen criterio, la Directiva, a la hora regular la contratación en el marco de estos sistemas dinámicos de adquisición, se remite a las normas del procedimiento restringido, con la peculiaridad de que no se admite la limitación del número de candidatos admisibles. Otra especialidad son los plazos aplicables. Para la recepción de las solicitudes de participación, se prevén treinta días como mínimo a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés, prohibiéndose la fijación de un plazo suplementario para la recepción de las solicitudes de participación una vez que se haya enviado la invitación a presentar ofertas para la primera contratación específica en el marco del sistema. Simplemente, las solicitudes de participación que lleguen más tarde serán evaluadas en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su recepción, que se puede prorrogar en los casos que determina el apartado 5 del artículo 34. Por su parte, el plazo mínimo para la recepción de ofertas es de diez días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar ofertas a los proveedores admitidos a participar en el sistema[42].

VIII.6. Las subastas electrónicas

El otro instrumento que el Acuerdo sobre Contratación Pública contempla para la agilización de ésta son las subastas electrónicas. Con todo, el artículo dedicado a ellas, que es el XIV, se limita a imponer una obligación de información a los participantes, que abarca los

42 La Directiva aclara también que en cualquier momento del período de vigencia del sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores podrán exigir a los participantes admitidos que presenten una declaración responsable renovada y actualizada sobre el cumplimiento de los requisitos para contratar, en el plazo de cinco días hábiles desde que se les notifique esta petición, así como la presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de dichos requisitos.

siguientes contenidos: el método de evaluación automática, incluida la fórmula matemática, que se tiene que basar en los criterios de evaluación establecidos en el pliego de condiciones y que se utilizará en la clasificación o reclasificación automática durante la subasta; los resultados de las evaluaciones iniciales de los elementos de su oferta, si el contrato ha de adjudicarse sobre la base de la oferta más ventajosa; y toda otra información pertinente sobre la realización de la subasta.

Por el contrario, la Directiva 2014/24/UE contiene una regulación mucho más detallada de las subastas electrónicas en su artículo 35. Este precepto establece que los poderes adjudicadores estructurarán la subasta electrónica como un proceso electrónico repetitivo, que tendrá lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que les permitirá proceder a su clasificación mediante métodos de evaluación automatizados. Por consiguiente, la subasta electrónica no es un procedimiento de adjudicación, sino un sistema automatizado de evaluación de las ofertas que se puede utilizar en cualquiera de los procedimientos de adjudicación previstos por la Directiva, salvo que se refieran a contratos públicos de servicios y de obras que, al tener por objeto prestaciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, no puedan clasificarse mediante métodos de evaluación automatizados. En todo caso, los poderes adjudicadores que decidan recurrir a una subasta electrónica lo indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés.

Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores tendrán que realizar una primera evaluación completa de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación y con su ponderación, tal como se hayan establecido. La Directiva añade que una oferta se considerará admisible cuando haya sido presentada por un licitador que no esté incurso en una prohibición de contratar y que cumpla los criterios de selección, y cuya oferta sea conforme con las especificaciones técnicas del contrato sin que sea irregular o inaceptable o inadecuada. A continuación, se invitará simultáneamente por medios electrónicos a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que participen en la subasta electrónica, a partir de la fecha y la hora especificadas, utilizando las conexiones de acuerdo con las instrucciones establecidas en la invitación.

Ésta irá acompañada del resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate. La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas y no comenzará hasta pasados, como mínimo, dos días hábiles desde la fecha de envío de las invitaciones.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 35, la subasta electrónica se tendrá que basar o bien únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio, o bien en los precios y en los nuevos valores de los elementos de las ofertas indicados en los pliegos de la contratación, cuando el contrato se adjudique en función de la mejor relación calidad-precio o a la oferta de menor coste atendiendo a la relación coste-eficacia. En la invitación a participar en ella se tendrá que indicar la fórmula matemática mediante la que se determinarán las reclasificaciones automáticas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores ofertados. Excepto en el supuesto de que la oferta más ventajosa económicamente se determine sobre la base del precio exclusivamente, dicha fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios establecidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en otros documentos de la contratación. Para ello, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado. En el supuesto de que se autoricen variantes, deberá proporcionarse una fórmula para cada variante.

El apartado 7 del artículo 35 añade que, a lo largo de cada una de las fases de la subasta electrónica, los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores, de forma instantánea, como mínimo, la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. Podrán comunicar también, si así se ha indicado previamente, otros datos relativos a otros precios o valores presentados. También podrán anunciar en cualquier momento el número de participantes en esa fase de la subasta. Sin embargo, en ningún caso estarán autorizados a revelar la identidad de los licitadores mientras se estén celebrando las diferentes fases de la subasta electrónica.

Finalmente, el cierre de la subasta electrónica se puede producir en la fecha y hora previamente indicadas, cuando no se reciban nuevos

precios o nuevos valores que respondan a los requisitos relativos a las diferencias mínimas, siempre que se haya especificado previamente el plazo a partir de la recepción de la última presentación antes de dar por concluida la subasta electrónica, o bien cuando concluya el número de fases de subasta previamente indicado. Cerrada la subasta, se procederá a adjudicar el contrato en función de los resultados de la misma.

IX. La adjudicación de los contratos públicos

IX.1. Requisitos de las ofertas y subsanación

Tras la previsión de los distintos procedimientos de adjudicación que se pueden utilizar, el Acuerdo sobre Contratación Pública se ocupa en su artículo XV de la presentación y tramitación de las ofertas. Lo primero que establece el precepto es la obligación de respetar los principios de equidad, imparcialidad y confidencialidad de las ofertas. Además, para que una oferta pueda ser tomada en consideración, deberá presentarse por escrito y cumplir, en el momento de la apertura, los requisitos esenciales establecidos en los anuncios y en el pliego de condiciones, y proceder de un proveedor que reúna las condiciones para la participación en el procedimiento de adjudicación. Por último, en cuanto a la subsanación de defectos en la presentación de las ofertas, el Acuerdo contiene dos reglas: la entidad contratante no penalizará a los proveedores cuyas ofertas se reciban después del vencimiento del plazo fijado para la recepción de ofertas, cuando el retraso sea exclusivamente imputable a negligencia de la entidad; y cuando una entidad contratante dé a un proveedor la posibilidad de rectificar los errores de forma involuntarios durante el período comprendido entre la apertura de las ofertas y la adjudicación del contrato, dará la misma posibilidad a todos los proveedores participantes.

La Directiva 2014/24/UE se ocupa de estas cuestiones en su artículo 56, que exige a los poderes adjudicadores la comprobación, antes de valorar las ofertas, de si éstas cumplen los requisitos, condiciones y criterios establecidos en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés y en los pliegos de la contratación, y de si han sido presentados por licitadores que reúnen los requisitos para contratar y,

en su caso, los de selección que se hayan previsto para esa contratación. En realidad, tal como establece nuestra legislación de contratos del sector público, el orden en el que se analizan estos extremos es el inverso al enunciado por la Directiva, y de hecho ésta señala a continuación, como una excepción, que en los procedimientos abiertos cabe examinar las ofertas antes de comprobar la inexistencia de motivos de exclusión y el cumplimiento de los criterios de selección, siempre que se garantice que esa comprobación se llevará a cabo de manera imparcial y transparente, a fin de que no se adjudique un contrato a un licitador que debería haber sido excluido o que no cumpla los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador. Además, los Estados miembros pueden excluir esta posibilidad o restringirla a determinados tipos de contratación o circunstancias específicas.

Sobre la subsanación de los defectos de las ofertas, el apartado 3 del artículo 56 prevé que cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional de transposición, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que, tal como establece el Acuerdo sobre Contratación Pública, dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.

Tanto la regulación del Acuerdo como la de las directivas, aunque no obligue a los Estados a que impongan a las entidades contratantes que den a los licitadores la oportunidad de subsanar los defectos en las ofertas, parece haber hecho reflexionar al legislador español sobre la necesidad de abordar esta cuestión directamente en la Ley de contratos del sector público y no en la normativa reglamentaria de desarrollo[43], aunque se mantiene una regulación que, de una manera injustificada, se separa

43 Para un estudio en extenso de la subsanación en la normativa de contratación pública vigente en nuestro país y su interpretación jurisprudencial, véase MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación, cit., págs. 269 y sigs.

de la aplicable con carácter general al procedimiento administrativo, ahora recogida en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Así, el artículo 141.2 del Proyecto de Ley de contratos del sector público establece que, cuando la mesa de contratación aprecie defectos subsanables en la documentación acreditativa de los requisitos previos para contratar, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija, y lo mismo reitera, pero sin referencia a la duración del plazo, el artículo 323.2.a), que enuncia entre las funciones de la mesa de contratación "la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación". Llama la atención especialmente que la posibilidad de subsanación se mencione sólo en relación con la actuación de la mesa de contratación, cuando debería darse de la misma manera en los casos en que aquélla no intervenga en el procedimiento de adjudicación del contrato.

IX.2. Los criterios de adjudicación

La cuestión central de los criterios de adjudicación de los contratos se aborda en el artículo XV.5 del Acuerdo sobre Contratación Pública de una manera sucinta, pero extremadamente clara. Este precepto contiene tres reglas. La primera es que la adjudicación de los contratos abarcados por el Acuerdo es obligatoria cuando hay licitadores que reúnan los requisitos para participar en el procedimiento de adjudicación y hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos esenciales establecidos en los anuncios y en el pliego de condiciones, salvo que la entidad contratante decida no adjudicar el contrato por motivos de interés público. La segunda es que el examen de la ofertas se hará únicamente sobre la base de los criterios de evaluación establecidos en los anuncios y en el pliego de condiciones; hay que recordar a este respecto que el artículo X.9 del Acuerdo señalaba que esos criterios podrán comprender, entre otros factores, el precio y otros factores de coste, la calidad, el valor técnico, las características medioambientales, y las condiciones de entrega. Por último, los criterios determinarán necesariamente que el contrato se le adjudique

al proveedor que haya presentado la oferta más ventajosa o, cuando el único criterio sea el precio, el precio más bajo.

Es justamente en este punto donde, por el contrario, la Directiva 2014/24/UE presenta algunas de sus principales innovaciones[44]. En principio, el artículo 67.1 mantiene la regla de que, sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas al precio de determinados suministros o a la remuneración de determinados servicios, los poderes adjudicadores aplicarán, para adjudicar los contratos públicos, el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. También se señala que los criterios de adjudicación no podrán tener por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva, debiendo ir acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas los cumplen. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores. Tal como se establecía en la Directiva anterior, el poder adjudicador tendrá que precisar en los pliegos de la contratación la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente, ponderación que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.

44 Para un análisis en profundidad de esa novedades, cabe remitirse a Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", La contratación pública a debate: presente y futuro, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 199 y sigs.; véanse también GIMENO FELIÚ, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit., págs. 116 y sigs., y MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, págs. 187 y sigs.

La novedad radica en que el apartado 2 del artículo 67 añade que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, pero utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida. El concepto de "ciclo de vida" aparece definido en el artículo 1.20) como todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidas la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización.

Por su parte, el artículo 68 establece que el cálculo de coste del ciclo de vida incluirá en una medida pertinente la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra: costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como los costes relativos a la adquisición, los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos, los costes de mantenimiento y los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado; y costes imputados a externalidades medioambientales vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse, los cuales podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

Como es evidente, cuando los poderes adjudicadores evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, tendrán que indicar en los pliegos de la contratación los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que se utilizará para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos. En particular, el método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales estará basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios, será accesible para todas las partes interesadas y todo operador económico normalmente diligente, incluidos los operadores económicos de

terceros países que sea parte en el Acuerdo sobre Contratación Pública o en otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable. Todo ello sin perjuicio de que, cuando un acto legislativo de la Unión haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, habrá que emplear obligatoriamente ese método, y la propia Directiva contiene en su anexo XIII una relación de tales actos legislativos[45].

Asimismo, los planteamientos que atiendan a la relación coste-eficacia podrán incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. La Directiva considera que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Dichos criterios pueden incluir la calidad, lo que abarca el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato[46]; y el servicio

45 Como señala PERNAS GARCÍA, "la aprobación de métodos comunes para el cálculo del ciclo de vida es un elemento central para objetivar y simplificar la aplicación de criterios de valoración ambientales complejos y evitar su aplicación arbitraria, opaca y discriminatoria. La labor de la Comisión Europea va a ser fundamental en el desarrollo de estas metodologías" ("La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", cit., pág. 374). Véase también, del mismo autor, "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción", cit., pág. 167.

46 Sobre las dificultades que plantea la posibilidad, ahora admitida expresamente por la Directiva, de utilizar la experiencia como criterio de adjudicación de los contratos públicos,

posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución. Incluso se permite que el factor coste adopte la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad, lo que nos lleva justo al extremo contrario que la adjudicación basada únicamente en el precio de la que sigue hablando el Acuerdo sobre Contratación Pública. A este respecto, la Directiva señala que los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

Por más que sea loable la intención de la Directiva de perfeccionar la regla de la adjudicación de los contratos públicos a la oferta económicamente más ventajosa, superando la identificación simplista entre el precio más bajo y lo que resulta más ventajoso para el interés público, no se puede perder de vista que los criterios sencillos y de aplicación automática, como el precio y cualquier otro que sea cuantificable de manera objetiva mediante fórmulas matemáticas, garantizan mejor la igualdad de oportunidades y la objetividad en la selección del contratista que los complejos cálculos del coste del ciclo de vida (basados, además, en datos que con frecuencia tienen que proporcionar los propios licitadores) o que la determinación de la mejor relación calidad-precio, con los riesgos de subjetivismo que comporta[47].

además de como criterio de solvencia de los licitadores, véase FERNÁNDEZ ACEVEDO y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", cit., págs. 239 y sigs. Como sintetiza RAZQUIN LIZARRAGA, "la experiencia de la empresa y también el personal mínimo y su cualificación son un criterio de solvencia, mientras que el aumento o adición de elementos respecto de dicha solvencia pueden ser considerados un criterio de adjudicación" ("Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", cit., págs. 124-125).

47 En la autorizada opinión de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "la utilización conjunta de todos o de varios de estos criterios conduce a un sistema de valoración prácticamente discrecional: no solo por la presencia de factores de objetivación imposible..., sino por su misma multiplicidad. Dicho de manera más directa, es mucho más fácil trazar, en los pliegos, el retrato robot del licitador deseado utilizando catorce criterios puntuables que si sólo se utilizan dos o tres" ("Contratos del sector público y Derecho de la Unión", Revista de Administración Pública, núm. 200, 2016, pág. 99).

Aunque en los contratos armonizados que realizan las grandes Administraciones públicas pueda resultar conveniente acudir a estos complejos criterios de selección del adjudicatario, no estaría justificado que ello se extendiera indiscriminadamente en la transposición de la Directiva a los contratos no armonizados, ni que se aplicase sin las debidas cautelas a la contratación de las Administraciones públicas de menores dimensiones y medios, como muchas entidades locales[48]. Sin embargo, el Proyecto de Ley de contratos del sector público no establece ninguna restricción en sus artículos 145 y 146, permitiendo que cualquier Administración pueda utilizar los criterios de adjudicación más complejos para todos sus contratos con independencia del valor estimado de éstos.

IX.3. Las bajas anormales o temerarias

La cuestión de las bajas anormales o temerarias aparece tratada en el artículo XV.6 del Acuerdo sobre contratación pública, que señala que, en caso de que una entidad contratante reciba una oferta cuyo precio sea anormalmente más bajo que los precios de las demás ofertas presentadas, la entidad podrá verificar con el proveedor que éste reúne las condiciones de participación y tiene capacidad para cumplir lo estipulado en el contrato. La Directiva 2014/24/UE se ocupa de la cuestión en su artículo 69, señalando que los poderes adjudicadores exigirán a los operadores económicos que expliquen el precio o los costes propuestos en la oferta cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras, los suministros o los servicios de que se trate. Esas explicaciones podrán referirse, entre otros aspectos, al ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción, las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras, la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador, el cumplimiento

48 Como advierte GIMENO FELIÚ sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los criterios de adjudicación "deberán... ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal" (El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit., pág. 120).

de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social y laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos y las disposiciones de Derecho internacional, el cumplimiento de las obligaciones en materia de subcontratación establecidas por la propia Directiva o la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Esta información tendrá que ser evaluada consultando al licitador, de tal forma que sólo se podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos, y en particular si se comprueba que la oferta es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social y laboral. En el caso de que la causa de la baja radique en que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo se podrá rechazar la oferta por esa única razón si, una vez consultado el licitador, éste no puede demostrar que la ayuda era compatible con el mercado interior.

IX.4. La información a los candidatos y licitadores y sus límites

El principio de transparencia en la información que se debe proporcionar a los candidatos y licitadores tiene diversas manifestaciones en el Acuerdo sobre Contratación Pública, que impone tanto la resolución expresa de las solicitudes de participación y de los propios procedimientos de adjudicación de los contratos como la motivación de las decisiones que se adopten en el seno de los mismos. Así, en el artículo IX.14 se prevé que la entidad contratante informará con prontitud a los proveedores que presenten una solicitud de participación en una contratación o una solicitud de inclusión en una lista de uso múltiple de su decisión con respecto a una u otra solicitud; añade el apartado 15 que, cuando una entidad contratante rechace la solicitud de participación en una contratación o la solicitud de inclusión en una lista de uso múltiple presentada por un proveedor, deje de reconocer como calificado a un proveedor o suprima a un proveedor de una lista de uso múltiple, le informará prontamente y, si el proveedor lo solicita, le proporcionará sin demora una explicación escrita de las razones de su decisión.

Por lo que se refiere a la adjudicación de los contratos, el artículo XVI.1 del Acuerdo recoge igualmente la obligación de que la entidad contratante informe prontamente a los proveedores participantes de las decisiones que adopte sobre las adjudicaciones de contratos y, previa petición de cualquiera de aquéllos, lo hará por escrito. Sin perjuicio de las limitaciones que se comentarán a continuación, la entidad contratante tendrá que proporcionar a los proveedores cuyas ofertas no hayan sido elegidas, previa petición de los mismos, una explicación de las razones por las cuales no eligió sus ofertas y las ventajas relativas de la oferta del proveedor adjudicatario, información esencial para poder hacer uso de derecho a recurrir la adjudicación, de ser el caso.

Las obligaciones de transparencia se completan en el artículo XVII.1 del Acuerdo, según el cual las partes del mismo están obligadas a facilitar prontamente a cualquiera otra parte, si así lo solicita, la información necesaria para determinar si una contratación se realizó justa e imparcialmente y de conformidad con el propio Acuerdo, con inclusión de información sobre las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada. Cuando la divulgación de esta información pueda perjudicar la competencia en licitaciones futuras, la parte que reciba la información no la podrá revelar a ningún proveedor, salvo que obtenga el consentimiento de la parte que haya facilitado esa información, previa consulta con la misma.

Los límites generales de la transparencia se recogen en los apartados 2 y 3 del artículo XVII: ninguna parte del Acuerdo, incluidas sus entidades contratantes, podrá facilitar a ningún proveedor en particular información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores; y las obligaciones de transparencia impuestas por el Acuerdo dejan a salvo en todo caso la protección de la información que deba considerarse confidencial debido a que su divulgación podría constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes, ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores, lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual, o ser por otros motivos contraria al interés público.

En la Directiva 2014/24/UE el desarrollo de las previsiones del Acuerdo sobre Contratación Pública en materia de información a los candidatos y licitadores aparece en el artículo 55. Con carácter general, se establece que los poderes adjudicadores informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.

De manera más concreta, el apartado 2 del precepto precisa que, a petición del candidato o licitador de que se trate, los poderes adjudicadores deberán comunicar, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito, a todos los candidatos descartados, los motivos por los que se haya desestimado su candidatura, a todos los licitadores descartados, los motivos por los que se haya desestimado su oferta, y a todo licitador que haya presentado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco, el desarrollo de las negociaciones y el diálogo con los licitadores.

Tal como contempla el Acuerdo sobre Contratación Pública, se autoriza a los poderes adjudicadores para que no comuniquen determinados datos relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de un determinado operador económico, público o privado, o perjudicar la competencia leal entre operadores económicos. Sin embargo, la Directiva añade en su artículo 21.1 una obligación de confidencialidad que no está recogida en el Acuerdo sobre Contratación Pública y que, por lo tanto, debe interpretarse en armonía con éste: los poderes adjudicadores no divulgarán la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado

como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

El problema que plantea esta última previsión es que se deja en manos de los propios interesados el determinar qué es confidencial y, por tanto, no puede ser divulgado, lo que podría poner en cuestión el cumplimiento de la obligación, recogida tanto en el Acuerdo como en la propia Directiva, de informar a los licitadores cuyas ofertas no han sido elegidas de las características o ventajas de la oferta del adjudicatario que han sido determinantes de la adjudicación. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el propio artículo 21.1 de la Directiva señala que la confidencialidad de esos aspectos ha de entenderse "sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55", lo que implica que no puede obstaculizar el debido cumplimiento de dichas obligaciones[49].

Por el último, el artículo 21 dispone en su apartado 2 que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que aquéllos proporcionen durante el procedimiento de contratación.

X. La modificación y resolución de los contratos públicos

Sobre la modificación y la resolución de los contratos el Acuerdo sobre Contratación Pública es extremadamente escueto, pues se limita a disponer, en su artículo XV.7, que la entidad contratante no utilizará opciones, no cancelará una contratación ni modificará los contratos adjudicados de manera que se eludan las obligaciones dimanantes del propio Acuerdo. Por su parte, con esa misma preocupación de evitar que las modificaciones o la resolución de los contratos se utilicen en fraude de las reglas de adjudicación de aquéllos, la Directiva 2014/24/

49 Sobre el complejo equilibrio entre los principios de transparencia y de confidencialidad en este ámbito, cabe remitirse al completo estudio que realiza MARTÍNEZ FERNÁNDEZ en Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación, cit., págs. 278 y sigs.

UE ha continuado expandiendo la aplicación del Derecho de la Unión a estos dos ámbitos.

Por lo que se refiere a la modificación de los contratos y acuerdos marco, el artículo 72 de la Directiva enuncia en sus apartados 1 y 2 los supuestos en que es admisible recurrir a aquélla en vez de a un nuevo procedimiento de adjudicación[50].

El primer supuesto es aquel en que las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas tendrán que determinar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse, y podrán establecer modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

El segundo supuesto en que se permite la modificación es el de inclusión en el contrato de obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen

50 Una crítica general de la nueva regulación de las modificaciones contractuales en la Directiva 2014/24/UE puede encontrarse en GIMENO FELIÚ, El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos), cit., págs. 179 y sigs. Sobre el espíritu que guía a esta nueva normativa, véase MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, págs. 198 y sigs. Para un análisis detallado de los supuestos de modificación que recoge la Directiva, véase Isabel GALLEGO CÓRCOLES, "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 139 y sigs. Para su aplicación en el contexto de la crisis económica, véase Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 191 y sigs., con un análisis de la regulación de la Directiva en las págs. 224 y sigs.

incluidas en la contratación original. Sin embargo, ello se condiciona a que el cambio de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas, tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial y, además, genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. Con todo, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no puede exceder del cincuenta por ciento del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones y no al valor global de éstas, pero las modificaciones consecutivas no podrán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva. Además, este tipo de modificación exige la publicación de un anuncio al respecto en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

En tercer lugar, se permite la modificación cuando su necesidad se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, no se altere la naturaleza global del contrato y, como en el supuesto anterior, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del cincuenta por ciento del valor de éste. También en el presente caso es precisa la publicación de un anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea.*

En cuarto lugar, se regula la novación subjetiva por cambio de contratista cuando sea consecuencia de una opción o cláusula de revisión inequívoca prevista en los pliegos, de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia[51], por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva, o de la asunción por el propio

51 Un análisis detallado del supuesto de novación subjetiva en caso de insolvencia y de las dificultades que plantea su aplicación puede encontrarse en GALLEGO CÓRCOLES, "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", cit., págs. 160 y sigs., así como en MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cit., págs. 221 y sigs.

poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

El quinto supuesto es el de las modificaciones que no tienen carácter sustancial, y el apartado 4 del artículo 72 desarrolla detalladamente este punto. Así, con carácter general una modificación se considera sustancial cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. Más en concreto, son sustanciales las modificaciones que introducen condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación, alteran el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial, amplían de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco, o suponen una novación subjetiva por cambio de contratista en casos distintos a los previstos la Directiva. Esto último, como es evidente, pone en cuestión el tradicional régimen de cesión de los contratos administrativos que recogía nuestra legislación de contratos del sector público[52].

Por último, se establece una regla *de minimis*, según la cual también cabe la modificación de los contratos cuando el valor de ésta sea inferior a los umbrales de la Directiva y a un determinado porcentaje del valor inicial del contrato (diez por ciento en los contratos de servicios y suministros, así como en las concesiones, según el artículo 43.2 de la Directiva 2014/23/UE, y quince por ciento en los contratos de obras). Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor de éstas se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones. En todo caso, la modificación no podrá alterar la

52 A pesar de lo cual el Proyecto de Ley de contratos del sector público lo mantiene inalterado; véase BERNAL BLAY, "Principales novedades del Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público", cit., pág. 268.

naturaleza global del contrato o acuerdo marco[53].

La incursión del Derecho de la Unión Europea en el régimen de resolución de los contratos públicos se ha consagrado en el artículo 73 de la Directiva 2014/24/UE (44 de la Directiva 2014/23/UE). A diferencia de lo que se prevé para las modificaciones, los supuestos de resolución ("rescisión" en la terminología de las directivas) que se contemplan no son limitativos, sino un mínimo que puede ser ampliado por los Estados. Además, se hace una remisión al Derecho interno para la determinación de los requisitos para aplicar estas causas de resolución, que son las siguientes: que el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación; que el contratista hubiera estado incurso, en el momento de la adjudicación del contrato, en una prohibición de contratar, y por lo tanto hubiera debido ser excluido del procedimiento de contratación; y que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la propia Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de un recurso por incumplimiento del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

XI. Los Procedimientos de revisión

XI.1. Las consultas como medio alternativo de resolución de controversias

Lo primero que llama la atención en la regulación que el Acuerdo sobre Contratación Pública lleva a cabo de los procedimientos de revisión de las contrataciones abarcadas por el mismo es la previsión de su artículo XVIII.2 de que los Estados partes deben alentar a las entidades contratantes y a los reclamantes a que traten de resolver el asunto mediante "consultas", es decir, a través de algún procedimiento

53 Para una crítica de este supuesto, véase MORENO MOLINA, PUERTA SEGUIDO, PUNZÓN MORALEDA y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, cit., págs. 227-228.

amistoso de resolución de controversias. Ni las nuevas directivas de contratación pública de la Unión Europea, ni la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, dan cumplimiento al Acuerdo en este punto, pues se centran exclusivamente en las vías de recurso administrativo y jurisdiccional clásicas[54].

No cabe duda de que la aplicación de esta previsión del Acuerdo plantea dificultades en lo que se refiere a la resolución de las controversias nacidas de los procedimientos de adjudicación de los contratos, pues la propia concurrencia competitiva, con presencia de terceros interesados (los demás licitadores), representa un serio obstáculo a la búsqueda de soluciones consensuadas entre una de las partes y el órgano de contratación. En cambio, no sólo no habría ningún problema, sino que, por el contrario, resultaría muy recomendable que los medios alternativos de resolución de controversias se utilizasen para abordar los conflictos que surgen en relación con la ejecución y la resolución de los contratos públicos, tal como se contempla en relación con el arbitraje en el artículo 50 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público para los contratos celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones públicas, o en la disposición adicional primera, apartado 3, para la contratación en el extranjero con empresas extranjeras. Sorprendentemente, el Proyecto de Ley de contratos del sector público no sólo no avanza en esta dirección, sino que supone un retroceso, al eliminar la primera de las posibilidades mencionadas.[55]

54 Sin embargo, en la información que las directivas imponen que debe figurar en algunos de los anuncios que regulan se hace referencia expresa al "nombre y dirección del órgano responsable de los procedimientos de recurso y, en su caso, de mediación" (así ocurre, por ejemplo, en el anexo V de la Directiva 2014/24/UE, parte B, punto 13 de la información complementaria que debe facilitarse cuando el anuncio se utilice como medio de convocatoria de licitación; parte C, punto 25 de la información que debe figurar en los anuncios de licitación; parte D, punto 16 de la información que debe figurar en los anuncios de adjudicación de contratos; y parte G, punto 10 de la información que debe figurar en los anuncios de modificación de un contrato durante su vigencia). De ahí esta mención ha pasado igualmente al anexo III del Proyecto de Ley de contratos del sector público.

55 Vanse al respecto las atinadas reflexiones de la primera de las posibilidades mencionadas.éanse

El Acuerdo añade que la entidad contratante tendrá que examinar de forma imparcial y a su debido tiempo cualquier reclamación de este tipo, a fin de que no afecte a la participación del proveedor en contrataciones en curso o futuras, ni a los derechos del proveedor de solicitar medidas correctivas de conformidad con el procedimiento de revisión administrativa o judicial. Estas disposiciones resultan especialmente importantes si se tiene en cuenta que uno de los principales factores que retraen a los licitadores y contratistas a hacer valer sus derechos e intereses legítimas frente a las entidades contratantes es precisamente el temor a que se vean afectadas sus posibilidades futuras de obtener la adjudicación de contratos con aquéllas. Por lo demás, es también evidente que la utilización a medios alternativos de resolución de controversias no puede suponer un obstáculo al acceso de los licitadores y contratistas a los medios convencionales de recurso, incluidas las oportunas medidas cautelares.

XI.2. Requisitos de los procedimientos de revisión

Los requisitos generales de los procedimientos de revisión aparecen detallados en el resto del artículo XVIII del Acuerdo sobre Contratación Pública. Éste permite a las partes elegir entre disponer procedimientos administrativos o judiciales, con tal de que cumplan los requisitos de ser oportunos, eficaces, transparentes y no discriminatorios, y contempla tanto la posibilidad de que se invoque directamente la infracción del propio Acuerdo, si así lo permite la legislación interna, como que se alegue el incumplimiento de las medidas adoptadas para garantizar su aplicación, siempre que se trate, lógicamente, de una contratación abarcada por aquél.

Igual que la Directiva 89/665/CEE, el Acuerdo recoge como cuestión fundamental la obligación de las partes de prever un plazo suficiente para preparar y presentar estas impugnaciones, cifrando el plazo mínimo en diez días contados a partir del momento en que el proveedor haya tenido conocimiento del fundamento de la impugnación o en que razonablemente debería haber tenido conocimiento.

al respecto las atinadas reflexiones de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ en Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación, cit., págs. 382-384.

Como ya se ha dicho, el Acuerdo no impone ni la vía administrativa ni la judicial de reclamación. Ahora bien, lo que sí exige es que el órgano que conozca de la impugnación sea imparcial e independiente de las entidades contratantes. Por consiguiente, si se contemplase una reclamación previa ante la propia entidad contratante o la Administración de la que ésta dependa, habrá que asegurar que la decisión inicial puede ser recurrida ante una autoridad administrativa o judicial independiente.

Para el caso de que se opte por la vía administrativa de recurso, el Acuerdo añade que la decisión del órgano competente para conocer de la reclamación tendrá que estar sujeta a revisión judicial o, alternativamente, las actuaciones de aquél se tendrán que ajustar a un procedimiento con unas garantías mínimas: que la entidad contratante responda por escrito a la impugnación y dé a conocer todos los documentos pertinentes al órgano de revisión, que las partes tengan reconocido el derecho a ser oídas en el procedimiento, a ser representadas y asistidas, a acceder a todas las actuaciones, a solicitar que las actuaciones sean públicas y a presentar testigos, y que el órgano revisor decida por escrito y a su debido tiempo, motivando su resolución. Como es evidente, en nuestro Ordenamiento jurídico estos requisitos no plantean ningún problema, por el reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, pero es que, además, los procedimientos administrativos de recurso, tanto los ordinarios como el del recurso especial en materia de contratación cumplen en general con los requisitos exigidos por el Acuerdo (salvo el de que las actuaciones sean públicas).

XI.3. Medidas provisionales y contenido de la resolución

El artículo XVIII del Acuerdo sobre Contratación Pública se ocupa también de otra cuestión fundamental en relación con los procedimientos de reclamación en los contratos públicos: las medidas cautelares. El apartado 7 del precepto especifica que las partes del Acuerdo deben prever la adopción de medidas provisionales rápidas, a fin de preservar la posibilidad del proveedor de participar en la contratación, lo que incluye la suspensión del propio procedimiento. No obstante, se permite ponderar los perjuicios para el interés público

a la hora de decidir sobre la adopción de dichas medidas, imponiéndose la motivación de la eventual decisión denegatoria.

Por ultimo, si el procedimiento de reclamación concluye con la declaración de un incumplimiento del Acuerdo o de sus medidas internas de ejecución, se deberán adoptar las medidas correctivas necesarias o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos. Ésta última podrá limitarse a los costes de la preparación de la oferta, a los costes relacionados con la impugnación o a ambos.

XII. Conclusiones

El balance del análisis realizado en las páginas anteriores sobre la manera en que las vigentes directivas de contratación pública de la Unión Europea desarrollan las previsiones del Acuerdo revisado sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio arroja luces y sombras. Hay aspectos en que las directivas se apartan del Acuerdo de una manera un tanto discutible o lo desarrollan de una forma excesivamente compleja, mientras que en otros no cabe duda de que aportan concreción a previsiones demasiado genéricas de aquél. Si se tiene en cuenta que en la actualidad la regulación de la contratación pública no se puede desgajar del contexto transnacional en el que se inserta, la transposición de las nuevas directivas al Derecho español, todavía pendiente, no debería ignorar los resultados de este estudio comparativo.

Así, la introducción de un umbral propio no contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública para los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos no parece que aporte grandes ventajas a un Ordenamiento jurídico como el nuestro, donde los contratos relacionados con la gestión de los servicios sociales, sean contratos de gestión de servicios públicos (ahora concesiones de servicios) o contratos de servicios, siempre han sido verdaderos contratos públicos que no necesitan de un régimen especial de adjudicación cuando se celebran con operadores económicos movidos por un fin de lucro. Lo que se debería haber regulado, en cambio, son los requisitos y

condiciones para la exclusión del marco normativo de la contratación pública de los encargos de esa gestión a entidades sin fines lucrativos.

Tampoco parece acertado el escaso desarrollo que las directivas llevan a cabo del principio de integridad en la contratación pública, si se tiene en cuenta la creciente preocupación social por la corrupción política y administrativa, que encuentra en el ámbito que nos ocupa uno de sus principales escenarios. La profesionalización y despolitización de la gestión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos debería ser un objetivo prioritario del legislador europeo y nacional, pero la tendencia de la Unión Europea a utilizar la contratación pública no como un mero sistema de provisión de bienes y servicios que los entes públicos necesitan para el ejercicio de sus competencias (que es como se sigue concibiendo en el Acuerdo sobre Contratación Pública), sino como un instrumento al servicio de la ejecución de otras políticas públicas, amenaza con dificultar la lucha contra la manipulación de la contratación con intenciones clientelares.

En cambio, no cabe duda de que en materia de aplicación de los medios electrónicos a la contratación pública las directivas de la Unión Europea están más adelantadas que el Acuerdo sobre Contratación Pública, el cual, como es natural, debe tener en cuenta la distintas realidades de los Estados llamados a aplicarlo, pues de otra manera podría acabar imponiendo obligaciones muy difíciles de asumir por los países menos desarrollados y disuadiendo a éstos de la adhesión al texto. La entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015, con su decidida apuesta por el funcionamiento electrónico como modo normal y habitual de actuación de todas las Administraciones públicas, muy en particularmente en sus relaciones con las empresas, coloca a nuestro Ordenamiento jurídico en una posición privilegiada en este terreno.

Parece también prudente la limitación por las directivas de la posibilidad que abre el Acuerdo sobre Contratación Pública de la utilización de los acuerdos de la contratación programada como anuncios de licitación, en el caso de las entidades contratantes que no forman parte del ámbito de los gobiernos centrales. En efecto, existe el claro peligro de que un abuso de esta previsión pueda redundar en perjuicio de la

publicidad de los procedimientos de adjudicación, uno de los pilares fundamentales de todo sistema de contratación pública que garantice los principios de libre concurrencia e igualdad de trato en el acceso a las licitaciones.

No puede merecer el mismo juicio positivo el que las directivas no consagren expresamente la prohibición de la imposición como requisito para contratar con las entidades del sector público la obtención previa de la adjudicación de otros contratos del mismo tipo. Nuestro Ordenamiento jurídico, que va más lejos que el Acuerdo sobre Contratación Pública en este punto, al prohibir mediante el artículo 45 de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización que en los procedimientos de contratación del sector público se otorgue ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración, debería trasladar esta prohibición al texto de la nueva Ley de contratos del sector público que se apruebe para transponer las directivas. Tampoco puede valorarse positivamente la compleja regulación introducida por éstas de las prohibiciones de contratar. Es verdad que su objetivo es limitar a lo estrictamente necesario para proteger el interés público el efecto restrictivo de la concurrencia en las licitaciones que aquéllas producen, pero la certeza y la seguridad jurídica casan mal con un régimen compuesto por tal cantidades de reglas y excepciones.

Otra previsión poco afortunada de la Directiva 2014/24/UE, relacionada precisamente con los principios de libre concurrencia y paridad de trato en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, es la posibilidad de que los poderes adjudicadores realicen consultas con los operadores económicos que podrían estar interesado en una contratación, con vistas a preparar ésta. No resulta fácil imaginar cómo se garantizará de manera efectiva que dichas consultas no conduzcan a un falseamiento de la competencia.

Merece un juicio muy positivo, por el contrario, la nueva regulación del procedimiento negociado que llevan a cabo las directivas, al detallar las previsiones del Acuerdo sobre Contratación Pública sobre la negociación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Reglando la negociación de la manera en que se ha hecho, se

consigue que ésta no atente contra el principio de paridad de trato entre los licitadores y asegure la selección de la oferta más ventajosa para el interés público, lo que abre la puerta a la conversión del procedimiento negociado en un verdadero procedimiento ordinario de adjudicación de los contratos públicos.

Por desgracia, no puede decirse lo mismo de los nuevos criterios de selección de la oferta económica más ventajosa que recogen las directivas (relación calidad-precio, incluyendo factores como el cálculo del coste del ciclo de vida), en este caso desbordando las previsiones del Acuerdo sobre Contratación Pública, más respetuosas con las concepciones tradicionales en esta materia. Como ya se ha señalado en el presente trabajo, no es que estos nuevos criterios sean censurables en sí mismos; el problema puede derivar de su extensión generalizada a todo tipo de procedimientos de adjudicación de contratos celebrados por cualquier ente del sector público, incluidos aquellos que carecen de capacidad técnica para aplicar adecuadamente unas previsiones cuya complejidad es patente.

Finalmente, dos aspectos donde de nuevo cabe contraponer los méritos y los deméritos de las directivas de 2014 son la incursión de éstas no sólo ya en el régimen de las modificaciones de los contratos públicos después de su adjudicación, sino también en el de su resolución, en desarrollo de lo que en el Acuerdo sobre Contratación Pública son poco más que meras sugerencias muy genéricas, lo cual contrasta con la despreocupación de las directivas por toda previsión sobre la composición amistosa de controversias en materia de contratación pública, a pesar de que ésta se halle contemplada expresamente en el Acuerdo. Con lo primero se consolida, aunque sensiblemente flexibilizada, una regulación esencial para evitar la alteración del principio de la libre concurrencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos mediante la alteración del objeto de éstos durante su ejecución, mientras que la omisión de toda referencia a los medios alternativos de resolución de controversias, en particular de las que surgen en relación con la ejecución y la resolución de los contratos públicos, contrasta con la tendencia actual a potenciarlos para aliviar la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales.

XIII. Bibliografia

AYMERICH CANO, Carlos: "Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, págs. 209-239.

BERNAL BLAY, Miguel: "Los efectos de los programas de *Compliance* en la contratación pública", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 411-422.

BERNAL BLAY, Miguel: "Principales novedades del Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Sonia Rodríguez-Campos (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 235-272.

CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: "Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 199-274.

FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis: "La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nueva época, núm. 2, 2014, http://revistasonline.inap.es/.

FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis: *Análisis del contrato de servicios. Propuestas para garantizar la integridad en la contratación*

pública, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles: "Un nuevo procedimiento de adjudicación de contratos públicos: la «asociación para la innovación»", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 341-350.

FERREIRA, Durval Tiago: "O impulso da utilização de meios electrónicos nas novas directivas de contratação pública", *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 539-555.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 165-232.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 107-167.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: "El recurso a las capacidades de otras entidades (o del intento de concretar el régimen jurídico de la integración de la solvencia mediante medios externos)", *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 195-235.

GIMENO FELIÚ, José María: *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GIMENO FELIÚ, José María: "Transparencia activa e integridad:

posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos", *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 27-80.

GIMENO FELIÚ, José María: "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 37-105.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M.: "Integridad en la contratación pública: Patologías al uso. (A propósito del informe de la Comisión Europea sobre lucha contra la corrupción", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 253-263.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M.: "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 31-53.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L.: "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 191-261.

LOBO RODRIGO, Ángel: "Las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE", *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 73-106.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén: "El impacto de la contratación pública electrónica en la transposición a España de la Directiva 2014/24/UE", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 241-251.

MEDINA ARNAIZ, Teresa: "Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública", *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 271-302.

MEDINA ARNAIZ, Teresa: "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 299-344.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva legislación*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016.

MORENO MOLINA, José Antonio: "La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE", *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 123-164.

MORENO MOLINA, José Antonio, y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia: "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 139-164.

MORENO MOLINA, J.A., PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J., y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A.: *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016.

NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen: "La contratación pública

innovadora: compras comerciales y compras precomerciales", *El impacto de la crisis en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Francisco L. Hernández González (Director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 107-144.

PERNAS GARCÍA, J. José: *Contratación pública verde*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

PERNAS GARCÍA, J. José: "La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (Directores), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 345-379.

PERNAS GARCÍA, J. José: "Las previsiones de la Directiva 2014/24 referidas a la fase de adjudicación del contrato público: entre incremento de la discrecionalidad y de los riesgos de discriminación y opacidad y la adopción de medidas destinadas a prevenir y corregir la corrupción", *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 149-174.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, págs. 97-135.

RODRÍGUEZ BEAS, Marina: "La compra pública innovadora en la nueva Directiva de contratación pública", *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas Directivas de Contratación Pública. (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, José María Gimeno Feliú, Isabel Gallego Córcoles, Francisco Hernández González y José Antonio Moreno Molina (autores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 305-316.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: "La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción", *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 47-75.

SANMARTÍN MORA, María Asunción: "Las nuevas obligaciones de

transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 81-119.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: "Contratos del sector público y Derecho de la Unión", *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, págs. 83-102.

TARDÍO PATO, José Antonio: "La «asociación para la innovación» como contrato y como procedimiento de adjudicación", *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 427-448.

TARDÍO PATO, José Antonio: "La «asociación para la innovación»: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, págs. 267-295.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada: "Inhabilitaciones penales para personas jurídicas relacionadas con el sector público y contratación pública", *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Rogério Gesta Lea (Directores), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 321-356.

VALERO TORRIJOS, Julián: "La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica", *La nueva contratación pública*, Marcos Almeida Cerreda e Isaac Martín Delgado (Directores), Campus na Nube, La Coruña, 2015, págs. 29-46.

ALGUNS DESAFIOS EM SEDE DE REFORMA LEGAL DO REGIME *INSTRUMENTAL* DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA PORTUGUÊS[1]

Rui Medeiros
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e sócio da Sérvulo & Associados, Sociedade de Advogados

1. Ponto de partida: por que razão se precisa de um direito da contratação pública?

I. Perante um tema tão vasto como aquele que foi escolhido para este painel - novas diretivas de 2014 em matéria de contratação pública e seu impacto no direito administrativo de Espanha e de Portugal -, impõe-se começar por uma **delimitação negativa** do âmbito desta intervenção.

Desde logo, embora se assista, "nos nossos dias, ao fenómeno da internacionalização do direito dos contratos públicos"[2] e o Acordo

1 O presente texto serviu de base à intervenção oral do autor no dia 25 de Novembro de 2016 no *XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo* realizado em Lisboa, não tendo em consideração o decreto-lei que, entretanto, recentemente, já quando esta publicação se encontrava no prelo, aprovou a revisão do Código dos Contratos Públicos.

2 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 13.

sobre Contratos Públicos celebrado no âmbito da OMC, com a recente revisão, constitua, neste processo, um marco incontornável que condiciona inclusivamente o direito da União Europeia3, não é possível no âmbito desta intervenção entrar num tal domínio.

Além disso, mesmo no plano da União Europeia, não se pretende, neste contexto, discutir os traços da reforma europeia da contratação pública de 2014 ou, em particular, se o complexo sistema regulatório europeu *legal* e *jurisprudencial* - que já houve quem batizasse como uma espécie de "*Frankenstein's monster*"[4] - cumpre efetivamente objetivos como os da simplificação, flexibilização, reforço da transparência ou efetiva instrumentalização da contratação pública para a prossecução de políticas públicas[5].

Enfim, neste *Colóquio Luso-Espanhol*, não se vai entrar no debate doméstico – enquanto se aguarda pela aprovação e publicação do decreto-lei que procederá à efetiva transposição das diretivas – sobre os méritos e deméritos das soluções plasmadas no Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos que o Governo submeteu a discussão pública em agosto de 2016.

II. Pela positiva, mais do que discutir a amplitude desejável da reforma do regime português de compras públicas - entre uma revisão minimalista e uma modificação global da legislação vigente[6] -, o **propósito desta intervenção** é tão-somente identificar alguns domínios sensíveis de uma reforma do direito da contratação pública que leve a sério os fins do *public procurement* e que assuma a relevância diferenciada desses fins

3 Cfr. Lourenço Vilhena de Freitas, *Os contratos de direito público da União Europeia no quadro di direito administrativo europeu*, II, Coimbra Editora, 2012, p. 237.

4 Cfr. Sue Arrowsmith, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, n.º 3, p. 72.

5 Cfr., criticamente, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 197 e ss..

6 Cfr., por todos, para duas visões radicalmente diferentes, de um lado, Maria João Estorninho, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 8 e ss., e, do outro, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Sérvulo, 2016, pp. 7 e ss..

no quadro do direito da União Europeia e à luz do Direito português. Identificados tais domínios sensíveis estar-se-á em condições para, mais tarde – designadamente, no caso português, em publicação ulterior sobre o diploma de revisão do CCP -, verificar o modo como a reforma da legislação sobre contratação pública os enfrentou e regulou.

III. Esta intervenção assume como **ponto de partida a natureza instrumental da contratação pública**, isto é, a ideia de que a contratação pública não constitui um fim em si mesmo, mas um meio que permite a prossecução de determinados objetivos juridicamente tutelados. Por isso, em conformidade, na perspetiva que subjaz a estas linhas, o direito da contratação pública é justificado na medida em que permite efetivamente contribuir para a realização dos objetivos a que se propõe.

Esta ideia fundamental não só não constitui, de modo algum, uma originalidade, como não tem sido ignorada pela doutrina. É certo que há quem sublinhe que, "*contrary to what has happened with competition law, the goals of public procurement have not given rise to such a widespread and long-running debate*", preferindo grande parte da doutrina "*to focus on particular details of the procurement systems*"[7]. Ainda assim, vários estudos importantes têm-se dedicado a esta problemática.

Em particular, no caso português, Miguel Assis Raimundo analisa desenvolvidamente o tema, sublinhando que (também) no direito da contratação pública "*os fins influenciam os meios*", pelo que a contratação não deve ser "um sistema insuportável de complexidade e formalismo (…) como se *os meios fossem fins em si mesmos*" [8].

Neste sentido, numa mera síntese dos ensinamentos doutrinários relevantes nesta matéria, afigura-se fundamental recordar aqui os objetivos dos diferentes níveis do direito da contratação pública.

7 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 101.

8 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 350-351.

IV. Seja como for, **o que se pretende, nesta sede, não é propriamente rediscutir os fins da contratação pública**. O sentido desta intervenção é outro.

Antes de mais, e retomando uma ideia recentemente explanada[9], vai procurar evidenciar-se que os fins europeus e os objetivos nacionais do *public procurement* apresentam intensidades, matizes ou colorações diferenciadas, pelo que o aproveitamento de todas as potencialidades de uma contratação pública efetivamente instrumental pode justificar respostas dualistas - em vez da perspetiva monista de generalização tendencial (mesmo para além do seu âmbito de aplicação) das soluções vertidas nas diretivas. Ideia esta que tem como pano de fundo o entendimento segundo o qual, para este efeito, as principais restrições à liberdade dos Estados membros advêm das diretivas em matéria de contratação pública e não dos princípios gerais do Direito da União Europeia aplicáveis aos contratos públicos não abrangidos pelas diretivas mas com relevância transfronteiriça.

Além disso, clarificados os objetivos de um regime legal de compras públicas, cumpre procurar identificar alguns domínios sensíveis do regime português das compras públicas cuja revisão se impõe se o direito da contratação pública quiser levar efetivamente a sério os fins renovados de um *public procurement* instrumental. Por outras palavras, recordados os grandes objetivos da contratação pública hoje, procurar-se-á identificar alguns domínios centrais em que se joga a seriedade e o efetivo comprometimento com tais objetivos - com as suas matizes diferenciadas no direito da União Europeia e no direito interno português - por parte do legislador nacional.

Tudo isto permitirá, num segundo momento e noutra sede, ao fazer o balanço da reforma da legislação nacional de contratação pública, a realização de *stress tests* à reforma adotada.

9 Cfr. Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspetiva dualista na regulamentação da contratação pública*, in *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (no prelo).

2. Contratação pública ao serviço da concorrência

2.1. Coordenadas gerais

I. A ideia de que o princípio da concorrência confere *unidade de sentido* às regras da contratação pública[10] ou de que "*competition is the predominant external goal of public procurement*"[11] está muito glosada na doutrina e, por isso, não se justifica aqui regressar a uma tal temática. Em contrapartida, porque **a ideia da concorrência pode ter manifestações muito diversas**, impõe-se clarificar nesta sede quais são os específicos objetivos em matéria de concorrência que o regime da contratação pública prossegue. É que, embora a concorrência, tutelada constitucionalmente e no quadro do direito da União Europeia, constitua "um valor comum, central e prioritário", a verdade é que o princípio da concorrência nem sempre "cumpre a mesma *intenção normativa*"[12].

II. É sabido que, no **direito da concorrência**, a preocupação se centra essencialmente na *liberdade concorrencial*. Efetivamente, neste domínio - embora em certas situações a concorrência seja algo que "o Estado tem a incumbência de «produzir» ou «fabricar»" -, está fundamentalmente "presente a ideia matricial de tutela ou proteção da concorrência no mercado, quer dizer, de garantia de que o mercado funciona sem entraves e em condições normais e efetivas de competição entre os agentes económicos (…). Assim se explica, por exemplo, que as considerações da *igualdade entre as empresas* (igualdade de acesso ou igualdade de oportunidades) se revelem, em princípio, alheias a esta disciplina. De facto, esta não se ocupa com o assegurar a igualdade entre empresas grandes e pequenas, nem tão-pouco com a aniquilação das «posições dominantes» ou dos «poderes de mercado significativos».

10 Cfr. Rui Medeiros, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência, in *CJA*, n.º 69 (2008), p. 6.

11 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 104.

12 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013, p. 434 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2016 (reimp.), pp. 137 e ss. - cfr., desenvolvidamente, procurando reagir à perspetiva tradicional na qual *competition law* e *public procurement* revelam diferentes preocupações "related to the construction and development of the internal market", e ensasindo "a more «integrative» approach", Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 3 e ss..

Partindo de um *princípio de liberdade de empresa e de iniciativa económica*, o centro das atenções e das preocupações da regulação concorrencial (…) reside antes nos factos constitutivos de *falseamento*, de *abuso*, de *desvio* ou de *distorção* de uma certa ideia de ordem inerente ao funcionamento normal do mercado"[13].

III. Em contrapartida, na contratação pública, é controverso se a intenção é também promover "*a single market by implementing in public markets a process of competition that replicates which is assumed to exist in private markets*"[14].

É certo que se pode afirmar, na lógica da *mão invisível*, que, enquanto "*commercial pressure will generally ensure that private firms purchase from the most competitive source, including by avoiding discrimination (…), that cannot be assumed for the public sector. This is both because of greater political pressures to discriminate in favour of national industry and because government lacks the commercial incentives, including the profit motive, that drive efficient procurement in the private sector. Thus, the argument runs, regulation providing for a competitive approach is necessary to ensure this*"[15]. De resto, uma tal lógica concorrencial aflora em diferentes domínios - como, por exemplo, na delimitação das atividades abrangidas pela diretiva setores especiais16 ou na qualificação

13 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 376, 381 e ss., 474 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 137 e ss..

14 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 167.

15 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 167 - cfr. ainda, embora reconhecendo que nos mercados públicos "*public interest substitutes profit maximization*" e que "*public markets are the for a where public interest substitutes profit maximization*", a afirmação segundo a qual "*the commonly accepted assumption is that public procurement is not subject to the same commercial pressure or organizational incentives for sound management as private sector procurement which is underpinned by the foundations of strong competition*" e que, por isso, "*the main reason for regulating public sector and utilities procurement is to bring their respective markets in parallel to the operation of private markets*", Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 1, 11 e 263.

16 Cfr., no sentido de que, "*in many utility sectors, high levels of market concentration or anaemic competition continue to be observed*" e de que "*utility operators were brought under the public procurement regime on the grounds that, because they enjoy monopoly or special and exclusive rights, they could not be presumed to have the incentives to procure efficiently (…). As the rationale for the Utilities Directive stems from the absence of competition-induced discipline to procure efficiently and competitively, the evaluation examined whether the utilities sectors are now exposed to competition*

de uma entidade como organismo de direito público[17].

Todavia, em matéria de contratação pública, o que sobressai é fundamentalmente **a "dimensão de *igualdade no acesso à contratação pública* e (…) de acesso *aos benefícios públicos*"**[18] ou, o mesmo é dizer, a vertente da "*igualdade concorrencial*" – com efeito, por "gerar uma «vantagem económica» para o operador selecionado (…), a adjudicação de um contrato público não pode deixar de ocorrer, ao menos *em princípio*, no âmbito de um *procedimento de seleção concorrencial aberto*, que assegure a igualdade de acesso e de oportunidades de participação a todos os potenciais interessados, bem como a igualdade de tratamento entre todos os participantes"[19].

Concretamente, em relação às diretivas, há quem sublinhe que "*a requirement for competition was in fact introduced for the purpose of ensuring transparency (…) to prevent discrimination. Thus competition is required to support transparency rather than (…) transparency rules being introduced to support competition*"[20]. Ou seja, "*the directives merely seek to prevent discrimination, including through transparency and to remove restrictions on access, and do not have the alleged wider function of replicating private sector competition in public markets*"[21].

---

than they were", mas acrescentando em qualquer caso que, significativamente, "*on the occasion of the 2004 legislative modification, EU authorities concluded that the liberalization of the telecommunication sector and introduction of competition in that sector were sufficient to warrant its exclusion from the scope of the Utilities Directive 2004/17/EC*", Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, pp. 54-55.

17 Cfr., afirmando que determinante é saber se se trata "de uma entidade que não atua com o estatuto e na condição de um operador económico normal, exposto à lógica e às vicissitudes do mercado", Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 450-451 - cfr. ainda, acrescentando que, "*if an activity which meets general needs is pursued in a competitive environment, there is a strong indication that the entity which pursues it is not a body governed by public law*", Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, pp. 261 e ss..

18 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 52.

19 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 430-431 e 434 - cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 137 e ss..

20 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 168.

21 Cfr., acrescentando que, "*while non-discrimination, transparency and equal treatment were written into the directives as general principles (…),«competition» provisions are confined to specific areas*", Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 169-170.

A conclusão tem, em qualquer caso, para diversos autores, um alcance geral. Nesta perspetiva, no direito da contratação pública em geral, incluindo no plano nacional, considera-se que "o princípio da concorrência surge (…) como expressão concretizada da *primazia da igualdade*, em concreto, como exigência, reclamada à Administração Pública, de um tratamento igualitário de todos os operadores económicos: o princípio da concorrência funciona aqui, na contratação, como um cânone ou critério normativo que adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos a todos os operadores económicos interessados (*igualdade de acesso*), impondo-lhes ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes (*igualdade de tratamento*)"[22].

IV. Em rigor, porém, "também a *economicidade*, enquanto princípio e objetivo da contratação pública, ligado à salvaguarda do *interesse público financeiro*, se realiza, em primeira linha, através da outorga de contratos em concorrência. Agora, nesta aceção, **assegurar a concorrência efetiva já não constitui apenas um dever resultante de uma vinculação ao princípio da igualdade, mas também uma exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta**. O apelo à concorrência tem lugar para que o maior número possível de empresas possa responder e, desse modo, aumentar a escolha quanto à proposta melhor e mais vantajosa para o interesse público"[23].

É certo que, como se confirmará mais adiante, é duvidoso que esta segunda dimensão da relevância da concorrência na contratação pública traduza uma preocupação nuclear do legislador da União Europeia.

Contudo, conforme se verá a propósito do segundo grande objetivo da contratação pública, afigura-se inquestionável que, ao menos na perspetiva do direito nacional da contratação pública, "a vinculação ao princípio da concorrência não advém apenas de uma relação instrumental com o princípio da igualdade, uma vez que parece

22 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 435 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 129 e ss..

23 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 435-436 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 131 e ss..

indiscutível que a «*mise en concurrence*» se revela ainda um instrumento decisivo para a concretização da própria ideia de economicidade da contratação pública"[24].

2.2. Concorrência e eficiência

I. Embora a contratação pública transparente e concorrencial surja "como «chancela» ou «marca de água» de que uma certa atribuição de uma vantagem é orientada *de acordo com critérios racionais e de mérito*", a concorrência não tem de "ser prosseguida a todo o custo na contratação pública". Com efeito, mesmo abstraindo dos casos da contratação interadministrativa ou das situações em que a concorrência não produz resultados satisfatórios porque, por exemplo "não se consegue criar critérios claros de preferência entre diferentes propostas que possam surgir", **a concorrência pode conflituar, designadamente, com o princípio segundo o qual a boa administração postula que as entidades administrativas se pautem "por critérios de eficiência (…) e celeridade"** (artigo 5.º do CPA). De facto, "a concorrência demora tempo e tem custos (mesmo num quadro de contratação eletrónica), sendo por isso um constrangimento à eficiência, já que (…) a eficiência assenta tanto na rapidez de processos como na redução dos respetivos custos administrativos". Ora, em rigor, "os procedimentos de formação com publicidade e concorrência assentam sempre, em alguma medida, na dimensão *temporal*: a partir de certo ponto o *tempo do procedimento* deixa de ser comprimível sem que se ponha em causa a sua própria natureza concorrencial"[25].

II. Um primeiro e importante dilema de natureza *competencial* que a tensão entre concorrência e eficiência coloca no quadro de uma reforma do regime da contratação pública é o de saber quem deve realizar uma tal ponderação. **A opção, por outras palavras, coloca-se entre uma ponderação *jurisdicional* entre princípios concretamente conflituantes e uma solução *legal*.**

24 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 391.

25 Cfr., acrescentando, na p. 381, que a eficiência constitui "um princípio ligado à forma de atuar, ao *procedimento*, preconizando um modo de ação que consiga os objetivos que se propõe da forma mais ágil e aplicando o mínimo de recursos possível", Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 350, 377, 380 e 383.

Não cabe aqui entrar na discussão bem conhecida em torno das vantagens e desvantagens de um *modelo principiológico* e de um *modelo procedimentalizado de regulação*[26].

Mais importante é sublinhar, antes de mais, que o problema enunciado não se confunde, de modo algum, com a questão de saber se o direito *europeu* da contratação pública não deveria evoluir num sentido efetivamente simplificador e flexível. Na verdade, a defesa por alguma doutrina autorizada de um modelo *europeu* principiológico ou assente numa única diretiva construída com base no paradigma da diretiva setores especiais tem como pano de fundo a preocupação em responder à questão central de saber "*how to balance national sovereignty with market integration*"[27], não significando, portanto, que o direito *nacional* da contratação pública não se deva assumir como um modelo procedimentalizado.

Sem dúvida, neste segundo plano - nacional -, algumas vozes na doutrina sublinham a centralidade dos princípios gerais da contratação (europeus e constitucionais) e a importância de tais princípios para nortear as decisões das entidades adjudicantes e para servir de parâmetros de apreciação - em última instância, jurisdicional - da validade dos contratos celebrados[28].

Todavia, e desde logo, sendo o regime das compras públicas tão relevante para a atividade da Administração Pública e para o funcionamento do mercado, justifica-se que, num Estado democrático, o legislador legitimado democraticamente não se demita da sua tarefa de regulamentação da contratação pública.

Por outro lado, num Estado de direito que tutela a segurança

26 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 432 e 439 e ss..

27 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 226 - cfr., por todos, Sue Arrowsmith, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, pp. 71 e ss.; *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 225 e ss..

28 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 342 e ss. (em especial, 344); *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 292 e ss. (em especial, 295) e 368-369.

jurídica e protege a confiança, não se afigura recomendável uma opção que conduza a um estado de incerteza num domínio tão sensível para os diferentes operadores. Ninguém certamente questionará que, se a ponderação entre concorrência e eficiência for deixada ao tribunal, aumentará significativamente "a margem de incerteza dos próprios destinatários (no caso que nos ocupa, os aplicadores do direito dos contratos públicos, a começar nos trabalhadores e dirigentes da Administração (…)) acerca das condutas que são *juridicamente devidas* em cada caso concreto"[29]. Uma tal incerteza "*is particularly problematic in the context of a function that involves many thousands of individuals making judgements on a daily basis that require an individual understanding of the rules. The high degree of complexity and uncertainty means that it is very difficult for purchasers acting in good faith to ensure that they comply with every detail of the regime on a day-to-day basis. However, failure to do so can have significant consequences, especially in view of the enhanced remedies*"[30] previstos, tanto em sede de processo administrativo, como no âmbito da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas e do julgamento por ele realizado das infrações financeiras dos dirigentes da Administração.

Não significa isto que não se possa admitir "um efeito direto do princípio da concorrência na «ordem administrativa»"[31].

Do que se trata é tão-somente de sublinhar que o tribunal não deve estar autorizado a afastar, em nome da concorrência, disposições legais que admitem, em resultado da ponderação pelo legislador democrático de outros interesses juridicamente atendíveis, soluções menos amigas da concorrência. Significa isto que, desejavelmente, "a força normativa direta e imediata do princípio" é exercida "fundamentalmente sobre o poder legislativo", sendo "este que tem o encargo de estruturar um sistema jurídico da contratação imbuído da lógica concorrencial (…). No desempenho dessa tarefa, cabe ao legislador definir a medida certa da concretização do princípio concorrencial, tendo designadamente em

29 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 442-443.

30 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 228-229.

31 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 440 e ss – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 140 e ss..

consideração a exigência de ponderação e, em certos casos, de conferir primazia a outros valores de interesse público igualmente merecedores de tutela, como a celeridade e a desritualização"[32].

Discorda-se, por isso, do entendimento que tem sido adotado entre nós por alguns sectores jurisprudenciais ao lançar mão de uma leitura principialista do CCP "como pretexto para justificar aquilo que – nem mais nem menos – consiste numa nova legiferação substitutiva da decisão legislativa democrática"[33]. Assim, por exemplo, embora a letra do CCP confira à entidade adjudicante, em certas situações, o poder de escolha livre de um procedimento não concorrencial como o ajuste direto[34], o Tribunal de Contas entende que o princípio da concorrência determina que a escolha do ajuste direto seja vista como uma exceção à regra concorrencial e, como tal, como uma exceção que deve ser avaliada "com rigor" e que implica também "um acrescido dever de fundamentação do ato que assente na verificação da exceção"[35].

A reforma do CCP constitui, neste sentido, uma oportunidade para esclarecer esta questão e para, em nome da separação de poderes e da segurança jurídica, corrigir a tentação jurisprudencial de uma leitura principialista do regime legal de contratação pública[36].

III. **Noutro plano (agora *material*), o desafio de uma adequada ponderação entre concorrência e eficiência manifesta-se, com particular relevância, no regime do ajuste direto**.

Este é, na verdade, um tema sensível e importante, atento o paradoxo da situação existente em Portugal - em que, de um lado, se aprovou em 2008 um CCP amigo da (e comprometido com a) concorrência

32 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 394 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 133-134.

33 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 32 – cfr. ainda Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 142 e ss.; Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 798 e ss..

34 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 143.

35 Cfr., a título meramente exemplificativo, Acórdão do Tribunal de Contas n.º 8/2011-1.ª S/PL, de 12 de abril.

36 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 28 e ss..

e, do outro, se assiste – de acordo com os elementos que se extraem do Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015 (último ano disponível) – a uma prática generalizada de recurso a ajustes diretos. Recorde-se, com efeito, que, de acordo com o referido Relatório, dos contratos celebrados durante esse ano, "o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o ajuste direto, representando 90,2% do número total de procedimentos. Em termos de montantes contratuais, o seu peso relativo foi menor (47,9%) (…). Analisando a utilização dos diversos procedimentos de contratação por tipo de contratos (…), os procedimentos concursais são mais relevantes nos contratos de obras públicas (11,6%) do que nos contratos de aquisição de bens e serviços (2,0%)". Refira-se ainda que "os contratos celebrados na sequência de procedimento por ajuste direto fundamentado em critérios de natureza material (portanto, não focados no valor do contrato), em 2015 representaram 6,4% do número de contratos na sequência de ajuste direto e 1,8% dos respetivos montantes contratuais". Trata-se, pois, de um domínio fundamental para realizar um *stress test* ao modo como o objetivo da concorrência é efetivamente assumido pelo legislador da reforma da contratação pública.

Em rigor, o problema da reforma do regime do ajuste direto pode ser abordado sob perspetivas muito diversas, como a da redução dos limiares da sua admissibilidade[37], a da definição dos fatores materiais que o justificam ou a da justificação ou não da regulamentação de um procedimento intermédio entre o ajuste direito e os regimes de compras públicas abertos à concorrência.

Na economia desta reflexão, não se podendo abordar todos esses aspetos, a análise centrar-se-á apenas na última dimensão assinalada.

A hipótese da criação de um novo procedimento intermédio entre o ajuste direito e o concurso tem sido muito criticada por vozes autorizadas da doutrina. Concretamente, para além de outras críticas terminológicas

37 Cfr., defendendo justamente, e bem, que o legislador deve prosseguir o objetivo "de promoção da concorrência na formação dos contratos públicos (…) através da fixação de limiares exigentes para a adoção de procedimentos de concurso", Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 38.

ou de natureza exegética ao "*fundamentalismo*"[38] dos concursos ou de procedimentos abertos à concorrência, afirma-se "o ceticismo quanto à «força concorrencial» de uma mera obrigação de convidar, pelo menos, três entidades", acrescentando-se que, "se for essa a vontade da entidade adjudicante", será "praticamente impossível evitar situações em que os convites são meramente formais ou «para fazer número»"[39].

Ainda assim, uma reforma da contratação pública que leve a sério a tensão entre concorrência e eficiência pode justificar uma revisão do regime do ajuste direto que introduza espaço para maior concorrência. Sem dúvida, nesta ponderação o que avulta, não é tanto a dimensão concorrencial "de *igualdade no acesso à contratação pública* e (…) de acesso *aos benefícios públicos*"[40], mas mais a vertente da concorrência enquanto "exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta"[41]. Apesar de tudo, mesmo com esta limitação, uma concorrência imperfeita no regime de compras públicas é à partida mais amiga da economicidade do que um procedimento de contratação pública com convite apenas a uma entidade. O legislador, na ponderação entre os princípios da concorrência (e economicidade), de um lado, e eficiência, do outro, não está condenado a uma opção binária entre compras públicas sujeitas ao princípio da concorrência e contratação pública fora de um quadro concorrencial mas eficiente. E dificilmente se pode recusar que, teoricamente, o objetivo central de obtenção de "*value for taxpayers money*"[42] é mais facilmente prosseguido em aquisições públicas em ambiente aberto a diversos concorrentes

38 Cfr. Margarida Olazabal Cabral, *Concurso público nos contratos administrativos,* Coimbra: Almedina, 1997, p. 114; Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, p. 371; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 391.

39 Cfr. Luís Verde Sousa, *Alterações procedimentais*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, p. 21- cfr., por último, desenvolvidamente, com uma profunda análise, e sempre tendo como pano de fundo "a opinião de que a permissão para adotar um procedimento restritivo da concorrência deve ficar, em regra, reservada para montantes económicos mais reduzidos, salvo no caso de especificidades que justifiquem a flexibilização procedimental, como aquelas que inerem aos (…) contratos de natureza pessoal ou pessoalíssima", Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 34 e ss..

40 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 52.

41 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 435.

42 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 4.

do que em ambiente fechado a um único convidado, visto que, em teoria, "quantos mais interessados se apresentarem a querer negociar maior possibilidade de escolha a entidade adjudicante terá e mais os concorrentes procurarão otimizar as suas propostas"[43].

Não se ignora que, para além das situações patológicas de conluio entre os operadores, um procedimento com convite a três entidades livremente selecionadas pela entidade adjudicante pode não conduzir na prática a um incremento concorrencial. "Não existe, de facto, nenhuma garantia de que a identidade do adjudicatário não se encontra já predeterminada quando a Administração recebe o poder de escolher a identidade dos (…) operadores económicos que compõem e preenchem o número mínimo de participantes no procedimento que o legislador" fixar[44]. Todavia, por um lado, não há elementos que permitam saber de antemão em que medida a imposição da adoção – em vez do ajuste direto – de um procedimento de consulta prévia a um número mínimo de operadores económicos se tornará na realidade uma exigência inútil, porque torpedeada por convites de entidades adjudicantes a empresas cujas propostas já se sabe de antemão serem menos vantajosas do que aquela que será apresentada pela empresa que se deseja ter como adjudicatária. Por outro lado, o legislador da reforma não fica dispensado, se quiser levar a sério o objetivo de promover por esta via um mercado mais concorrencial, de lançar mão de outros instrumentos que permitam combater eventuais práticas fraudulentas. Pense-se, por exemplo, na extensão da contratação eletrónica a estes procedimentos – com o acréscimo de transparência daí adveniente - ou na eventual exigência de explicitação numa decisão fundamentada do critério que subjaz à opção de convidar as entidades selecionadas.

2.3. Concorrência e transparência – entre o pioneirismo e a imobilidade em matéria de tramitação eletrónica e de desmaterialização dos procedimentos

I. A promoção da *igualdade concorrencial* e a busca da melhor proposta

43 Cfr. Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 391.

44 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 36-37.

num quadro concorrencial beneficiam de **procedimentos transparentes**. E a chamada contratação eletrónica constitui um instrumento relevante – tanto na perspetiva dos concorrentes à adjudicação, como sob a ótica do interesse público (na medida em que potencia múltiplos controlos e permite uma maior responsabilização no quadro de uma administração contratante aberta[45]) –, para alcançar um tal desiderato.

Neste domínio, a aposta das diretivas de 2014 na desmaterialização dos procedimentos foi "precedida da posição vanguardista do Código de 2008 na implementação de plataformas eletrónicas", a qual "foi apontada pelas instituições europeias como um dos maiores méritos deste diploma e um dos principais fatores que o conduziram a ser usado como exemplo de referência no ordenamento europeu. A simplificação e a flexibilização procedimental resultantes dessa medida foram notáveis"[46].

Ainda assim, volvidos quase dez anos da publicação do Código, uma revisão da legislação nacional que continue a investir a sério numa contratação eletrónica amiga da transparência pode dar novos passos em dois domínios fundamentais.

II. Como é sabido, **o CCP de 2008 isentou os procedimentos de ajuste direto da obrigação de utilização de uma plataforma eletrónica** (artigo 115.º, n.º 1, alínea g), e n.º 4, do CCP). "Na lógica interna do sistema então aprovado, o legislador concebeu o ajuste direto como o procedimento vocacionado para permitir à entidade adjudicante flexibilizar a formação de contratos tendentes à prossecução do interesse público e para adotar uma tramitação mais célere, a qual, permitindo dar satisfação imediata à necessidade subjacente ao contrato, poderia simultaneamente ser ainda moldada segundo as características do setor de atividade envolvido. Por outras palavras, estando a entidade adjudicante – e não o legislador – mais próxima do mercado e conhecendo melhor do que ninguém o modo de operar dos seus prospetivos cocontratantes, deveria ser ela – e não o legislador – a definir os aspetos da tramitação do ajuste direto que permitiriam

45 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 356 e ss..

46 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 59.

aos concorrentes apresentar propostas mais céleres e mais adequadas às necessidades públicas. Esta seria a mais-valia do ajuste direto"[47].

Na prática, e de acordo com o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, na parte em que se refere ao Índice da Contratação Pública Eletrónica em Portugal, "dos procedimentos iniciados durante o ano de 2015, a percentagem de procedimentos cuja tramitação decorreu através de uma das sete plataformas eletrónicas certificadas para a contratação pública (incluindo-se, neste número, todos os procedimentos de contratação, designadamente os ajustes diretos simplificados) foi de 14,3%, resultante em grande parte da não obrigatoriedade de tramitação dos ajustes diretos nas plataformas (…). A representatividade da contratação tramitada por plataformas eletrónicas foi mais significativa quando nos reportamos aos valores monetários inerentes aos procedimentos de contratação: a soma dos preços base dos procedimentos tramitados por plataformas de contratação pública ascendeu a 67,4% do somatório do preço base de todos os procedimentos abertos em 2015".

Perante este quadro, hoje, vários anos depois da introdução da exigência em geral de utilização das plataformas eletrónicas, impõe-se refletir se – deixando de lado o ajuste direto simplificado - a isenção aplicável aos ajustes diretos se deve manter. E, sendo a regra a obrigatoriedade de uso das plataformas eletrónicas na contratação pública, a exceção é que carece de ser fundamentada, pelo que aquilo que há que perguntar é se ainda subsistem razões específicas ponderosas para excecionar os ajustes diretos da sujeição ao regime geral.

A principal razão apresentada para justificar a exceção prende-se com a preocupação em não banir dos procedimentos de ajuste direto "um largo universo de potenciais cocontratantes dos mercados públicos". Neste sentido, o fim da isenção produziria "um efeito colateral indesejado: o de deixar uma importante parcela de operadores económicos de fora do universo de possíveis cocontratantes, os quais não conseguiriam operar com mecanismos eletrónicos com o nível de complexidade das

47 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 60.

plataformas". Pelo contrário, diz-se, a manutenção da isenção adotada em 2008, ao habilitar a entidade adjudicante a escolher dispensar o uso da plataforma eletrónica no ajuste direto, permite abrir "um larguíssimo leque de hipóteses de contratação de novos operadores que de outro modo nunca poderiam ganhar acesso ao mercado dos contratos públicos"[48].

Todavia, e desde logo, idênticos receios de grande parte dos operadores também se colocaram aquando da aprovação do CCP de 2008 e da imposição da obrigatoriedade em geral do uso das plataformas eletrónicas e a verdade é que, apesar de tais receios, "o tempo veio dar razão a todos aqueles que acreditam na propensão e na capacidade sempre manifestadas pelos portugueses para assumir os desafios da inovação e da modernidade"[49]. De resto, sem prejuízo da adoção de soluções gradativas, está por demonstrar que, num mercado concorrencial, se deva proteger pequenos operadores económicos da necessidade de se adaptar a novas exigências que se casam com a revolução tecnológica e digital em curso.

Por outro lado, não se vislumbra uma conexão necessária entre o limiar (não imutável) do ajuste direto e as especiais dificuldades que os operadores sentem quanto à utilização de plataformas eletrónicas. Dito por outras palavras, a menos que uma micro, pequena ou média empresa esteja especialmente vocacionada para celebrar contratos com entidades adjudicantes de baixo valor – mas acima do limiar do ajuste direto simplificado -, o limiar objetivo do ajuste direto dificilmente constitui um critério adequado para delimitar o âmbito subjetivo de proteção de particulares categorias de operadores económicos. E, se excecionalmente a proteção de pequenos operadores em específicos setores de mercado exigir uma tal isenção, nada obsta a que o legislador excecione os ajustes direitos em tais setores em vez de permitir em geral que em todo o universo dos ajustes diretos as entidades adjudicantes se subtraiam, por sua livre decisão, ao uso de plataformas eletrónicas.

48 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 61-62.

49 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, p. 23.

III. Noutro plano, para quem recuse uma "grande e fraturante distinção (…) entre o regime de formação de um contrato e o regime da sua execução"[50], **a desmaterizaliação dos procedimentos constitui um desafio que se coloca também na fase de execução dos contratos**.

Com efeito, não se afigura correto afirmar "um corte radical o público que leva à celebração de um contrato e o desenrolar da relação contratual propriamente dita (…). Não é contestável, por exemplo, que a celebração de um contrato por procedimento sujeito à publicidade e à concorrência tem por efeito bloquear, pelo menos em alguma medida, as modificações que durante a sua execução lhe poderão ser introduzidas pelas partes; ou seja, em homenagem aos princípios da contratação pública, limita-se automaticamente a autonomia contratual"[51].

Neste sentido, seja na relação entre contraente público e cocontratante, seja na perspetiva dos concorrentes preteridos e do controlo público do agir das entidades administrativas, não se afigura irrelevante a possibilidade de conhecer as vicissitudes contratuais que ocorram no quadro da execução do contrato. O Código de 2008, nos seus artigos 315.º, 465.º e 466.º, deu um primeiro passo nesse sentido. Hoje, em tempo de reforma, caso se queira levar a sério a aposta numa atividade administrativa contratante transparente, impõe-se ir mais longe e apostar verdadeiramente num *paradigma cloud* em matéria de contratos públicos que incorpore também as vicissitudes que se verifiquem após a adjudicação e celebração do contrato.

3. Contratação Pública como instrumento para a melhor satisfação das necessidades públicas – em especial, a preocupação com a economicidade na aplicação dos recursos públicos

3.1. Coordenadas gerais

I. Como já foi assinalado, para além da preocupação em assegurar uma igualdade concorrencial, **outro objetivo nuclear da contratação**

50 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 127.
51 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 128-129.

pública é o da procura do *best value for money*.

A doutrina sublinha normalmente a este propósito que do que se trata, nesta segunda dimensão instrumental, é de uma contratação pública "ao serviço da "*proteção do interesse público financeiro*"[52]. A regulação da contratação é, assim, chamada a cumprir "o objetivo precípuo da economicidade e, portanto, da procura do *best value for money*, mediante a busca da melhor proposta com o menor custo e gasto de recursos"[53].

Em rigor, porém, as compras públicas devem fundamentalmente ser adequadas à satisfação das concretas necessidades públicas que não podem ser asseguradas pelos meios internos da Administração. Neste sentido, mais do que pôr o acento tónico na economicidade, há que sublinhar a importância, na vertente agora em equação, de uma contratação pública "vinculada ao princípio (…) da procura da melhor proposta"[54].

II. Quando se pensa numa contratação pública instrumentalizada à prossecução do *best value for money*, justifica-se a adoção de uma **aproximação dualista**.

Com efeito, como se defendeu recentemente em publicação para a qual se remete[55], a preocupação com os dois objetivos nucleares da contratação pública - "a proteção do interesse público (…) e a proteção da igualdade entre os operadores económicos"[56] – não assume a mesma centralidade nas diretivas da União Europeia e no direito português. Se "a europeização do direito da contratação pública determinou a acentuação dos valores da concorrência, da transparência, da igualdade e da não discriminação e uma relativa secundarização da prossecução do interesse público", a verdade é que, historicamente, no plano nacional, "a regulamentação da contratação pública surgiu marcada por

52 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 391 e ss..

53 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 384-385.

54 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, pp. 391 e ss..

55 Cfr., para mais desenvolvimentos, Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspetiva dualista na regulamentação da contratação pública* (no prelo).

56 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 384.

uma perspetiva financeira ou orçamental e pela exigência de uma boa utilização dos dinheiros públicos"[57].

A diferença neste domínio entre a perspetiva do direito da União Europeia e a ótica do direito nacional - com a consequente matização do discurso (cuja relevância não se questiona) sobre a *europeização* da contratação pública[58] - merece ser ponderada seriamente pelo legislador estadual. É que, na perspetiva nacional, "para além do fim da proteção da concorrência, o regime da contratação pública é permeado pelas particulares cautelas que devem rodear essa atividade de *transformar impostos em despesas*, que é o que no essencial se faz por meio da contratação pública"[59]. Ora, podendo tais preocupações legítimas entrar em conflito com o objetivo de uma igualdade concorrencial, tem sentido que uma reforma do regime da contratação pública pondere se, em vez de um regime de compras públicas tendencialmente monista, não se deve acentuar a dimensão dualista abrindo espaço para que as preocupações nacionais com a satisfação das necessidades públicas se possam afirmar com menos constrangimentos no âmbito permitido pelo direito da União Europeia.

III. Noutro plano, *(i)* se, por um lado, como já foi assinalado, um regime de contratação pública não constitui um fim em sim mesmo e só é justificado na medida em que seja necessário para cumprir determinados objetivos tutelados juridicamente, assegurando ao mesmo tempo o cumprimento das vinculações jurídico-públicas a que a Administração está adstrita, e *(ii)* se, por outro lado, um dos objetivos nucleares do regime das compras públicas reside na *efetiva* procura do *best value for money*, pode afirmar-se que neste domínio, contanto que não sejam comprometidos outros objetivos e limites da atividade contratual pública,

57 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 144 – cfr., afirmando em qualquer caso que a nova geração de diretivas relativiza, "de certo modo, o princípio da concorrência e a finalidade da máxima abertura dos procedimentos à concorrência, seja porque prestam atenção à boa utilização dos dinheiros públicos, ou porque incentivam a utilização estratégica dos contratos públicos ou ainda porque evidenciam respeito por tradições culturais", Pedro Gonçalves, *A reforma europeia da contratação pública*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 11 (julho 2016), p. 23.

58 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 19 e ss.; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 57 e ss..

59 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 70.

a atividade das compras públicas deve aproximar-se das boas práticas de contratação na atividade privada empresarial[60].

Convém, a este propósito, evitar quaisquer equívocos. A ideia de "introduzir na gestão pública a consideração de valores próximos da gestão empresarial privada"[61] não significa, de modo alguma apologia, em nome de uma certa "ideologização"[62], de uma espécie de "*opção zero*", com a remissão para o direito privado do modo de regulação do procedimento de formação dos contratos públicos[63]. Não se ignora, concretamente que o tipo de autonomia e de postura subjetiva da Administração – com a "desconfiança em relação às decisões discricionárias do poder"[64] – "nunca pode ser o da preferência pessoal, do arbítrio, que até certo ponto pode nortear a conduta dos particulares na gestão dos seus negócios"[65].

Do que se trata é tão-somente de sublinhar a importância de se atender ao *benchmarking* privado ou ao "*market economy buyer test*"[66]. Neste domínio, mais do que reconhecer a especificidade dos compradores públicos, "*the critical question is the extent to which the public character of such a purchaser does or should restrict its purchaser autonomy*"[67]. É que a "*incontrolabilidade dos fins e até certo ponto dos meios* que os privados prosseguem e utilizam, respetivamente, na celebração dos seus contratos"[68] não impede que se reconheça que – para além das preocupações crescentes com a *corporate governance*, as obrigações de transparência, a *accountability* e a responsabilização[69] –o comportamento desejável de um comprador privado num mercado concorrencial constitui um excelente parâmetro de controlo das práticas

60 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 494.
61 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 427.
62 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 490.
63 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 432 e ss..
64 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 57.
65 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 499.
66 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 466 e ss..
67 Cfr. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, p. 17.
68 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 92 - cfr. ainda Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 150 e ss..
69 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 179-180.

de contratação pública adotadas. "*In substance, the market economy buyer test would result in comparison of the behaviour of the public buyer and the behaviour to be expected from a purchaser that, when faced with similar market conditions and comparable choice, adopts its decisions on the basis of value for money considerations*"[70].

Por isso, na medida em que tal não deva ser afastado pelas exigências próprias do agir da Administração – "*where public procurement rules do not impose specific constraints on the exercise of discretion buy the public buyer*"[71] –, não se deve recusar, na tarefa de configuração de um regime de contratação pública, um teste de universalização a partir das boas práticas de operadores privados em mercados concorrenciais.

3.2. Domínios especialmente relevantes para a realização de stress tests a uma reforma do Código de 2008 que esteja efetivamente ao serviço da melhor satisfação das necessidades públicas

I. Impõe-se prosseguir com a identificação de alguns **domínios centrais** em que se podem concretizar na revisão do Código de 2008 as coordenadas gerais enunciadas em abstrato[72].

---

70 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 467.

71 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 468.

72 Refira-se entre parênteses que uma contratação pública que, mais do que pôr o acento tónico na economicidade, esteja "vinculada ao princípio (…) da procura da melhor proposta" (cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 392), deve preocupar-se igualmente em prevenir o *abuso do recurso ao critério do mais baixo preço*. Não se esqueça que, segundo o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, "numa amostra de 6 287 procedimentos concursais cujos contratos foram celebrados em 2015, constatou-se que 71,5% (4 494) tiveram como critério de adjudicação o preço mais baixo, previsto no art.º 74.º, n.º 1, al. c). A estes contratos corresponderam 47,9% de montantes contratuais".

Não se ignora que, no plano do direito da União Europeia, a mudança introduzida em 2014 nesta matéria é fundamentalmente formal ou terminológica (cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9 (setembro/dezembro 2013), p. 52), merecendo, pois, sérias reservas o "*sound bite* (…) de que, com a Diretiva 2014/24/UE, o critério do mais baixo preço teria desaparecido ou, pelo menos, ficado de algum modo menosprezado" (cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 53-54). Como lembra Sue Arrowsmith, "*the requirement to base the award on either the lowest priced or the most economically advantageous tender has been reformulated as a requirement to make the award to the most economically advantageous tender. However, this is a change of form and not substance since a*

II. Antes de mais, a *economicidade na aplicação dos recursos públicos* – da mesma forma que uma efetiva utilização da contratação pública para a prossecução de outras políticas públicas – justifica que **a decisão de contratar em sentido amplo seja carregada de sentido**.

Concretamente, a verificação da necessidade pública a suprir, a aferição da necessidade de recorrer ao mercado e uma estimativa adequada dos custos que implicará previsivelmente a celebração do correspondente contrato público são aspetos absolutamente decisivos no quadro do dever de boa administração[73]. O mesmo se poderá dizer em face da preocupação atual – de que se falará melhor mais adiante – com a "transição da compra burocrática («de como comprar») para a compra estratégica («o que comprar»)", pois também aqui o momento inicial da formação do contrato – com a definição do objeto do contrato, a elaboração do caderno de encargos, a fixação do critério de adjudicação – é absolutamente determinante[74].

procuring entity may determine what is the most economically advantageous tender by considering price only". É duvidoso, aliás, que o direito da União Europeia esteja habilitado para impor um determinado critério de adjudicação, não podendo uma tal solução ser justificada pelos objetivos da construção do mercado interno (cfr. *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, pp. 176-177 e 208). De resto, não se pode ignorar que o critério do mais baixo preço, para além de potenciar a redução da despesa pública, também apresenta outras vantagens (*v.g.* simplificação do processo de avaliação das propostas).,

Seja como for, como também resulta do debate europeu que precedeu a aprovação da reforma de 2014 (cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, in *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, Lisbon, 2014, pp. 45 e s.) ou do confronto com as boas práticas de contratação na atividade privada empresarial, uma boa gestão da coisa pública não deve centrar-se apenas no comprar barato no momento aquisitivo inicial. A própria importância que a reforma europeia de 2014 atribui ao *life cycle costing* traduz a mesma preocupação em evitar a tentação do imediatismo e de compras públicas exclusivamente centradas no impacto orçamental de curto prazo. Por isso, mesmo quando se lance mão do critério do preço mais baixo, há que diferenciar as perspetivas "do preço *inicial* mais baixo e a do critério do preço mais baixo ao longo do ciclo de vida do produto" (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 200-201).

Em qualquer caso, neste domínio, mais do que uma alteração *normativa*, do que se trata é de investir na melhoria das *práticas* de contratação. Ora, neste texto, o que se pretende é tão-somente identificar domínios relevantes numa revisão *legislativa* do Código 2008 efetivamente comprometida com o objetivo de utilização das compras públicas para a satisfação das necessidades públicas.

73 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 725 e ss..

74 Cfr. Isabel Celeste Fonseca, *O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a*

O legislador português, em medidas avulsas e setoriais, não ignora totalmente o problema. É sabido, por exemplo, que nas leis do orçamento se incluem disposições que visam limitar a despesa pública com a celebração de contratos de aquisição de serviços ou o recurso ao *outsourcing* para realização de estudos, pareceres, projetos e serviços de consultoria, bem como trabalhos especializados e representação judiciária e mandato forense[75]. Da mesma forma, para referir outra situação expressamente contemplada pelo legislador, o lançamento e a adjudicação de uma parceria público-privada, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, depende de estudos que permitam avaliar o *value for money* da parceria.

Todavia, se se quiser um regime de contratação pública que potencie a melhor satisfação das necessidades públicas – em conformidade com o princípio da economia, eficiência e eficácia na realização de despesas[76] –, impõe-se ir mais longe e exigir com alcance geral que, antes de se vincular através da decisão de contratar, a entidade adjudicante, além de fundamentar a necessidade de recurso ao *outsourcing*[77], pondere efetivamente se há justificação para utilizar recursos públicos escassos na satisfação da concreta necessidade pública prosseguida pelo procedimento de contratação pública que se equaciona lançar. Ora, numa tal ponderação, não se afigura irrelevante que se procure saber de antemão de que ordem de grandezas se está a falar caso se avance efetivamente para a compra pública hipotizada. Bem andou, por isso, a Diretiva 2014/24/UE quando, no seu artigo 40.º, prevê a consulta preliminar ao mercado, não apenas para informar os operadores económicos dos planos de contratação, mas também para possibilitar que a entidade adjudicante prepare esclarecidamente o procedimento de contratação. Este trabalho

adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 53-54.

75 Cfr., por último, artigos 49.º e 50.º da Lei do Orçamento do Estado para 2017 (Lei n.º 46/2016, de 28 de dezembro).

76 Cfr. artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro).

77 O n.º 2 do artigo 127.º, na redação resultante da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro (Orçamento do Estado para 2012), estabelece que "*a publicitação da celebração de contratos na sequência de ajuste direto, de valor igual ou superior a € 5000, deve conter a fundamentação da necessidade de recurso ao ajuste direto, em especial, sobre a impossibilidade de satisfação da necessidade por via dos recursos próprios da Administração Pública*".

prévio – também no interesse dos concorrentes - deve estar refletido na indicação ao mercado do preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução do contrato a celebrar. Por isso, uma boa gestão pública justifica que o preço base seja devidamente fundamentado – ainda que, se necessário for, a partir das análises prévias do mercado realizadas pela entidade adjudicante[78]. Logo, a possibilidade – admitida pelo artigo 47.º do Código de 2008[79] – de a entidade adjudicante iniciar um procedimento de contratação sem demonstrar minimamente que estabeleceu um preço base merece ser revista, devendo exigir-se à partida que, antes da decisão de contratar – que, ao contrário da tese tradicional neste domínio, não constitui um mero convite a contratar em que fica preservada a liberdade de contratar ou não por parte da entidade adjudicante[80] –, a entidade adjudicante faça uma avaliação prévia (e proceda à sua explicitação) da despesa máxima que pode custar (e, como tal, está disposta a incorrer) a satisfação da específica necessidade pública prosseguida através da celebração de um contrato público.

III. Noutro plano, afigura-se fundamental ponderar como é que o legislador se posiciona perante a prática de **preços anormalmente baixos**.

a) O tema surge a propósito da contratação pública como instrumento para a melhor satisfação das necessidades públicas, visto que **o combate aos preços anormalmente baixos constitui, antes de mais, uma forma de tutela preventiva do risco de incumprimento contratual**.

Na realidade, as entidades adjudicantes "should not be forced to award the contract under circunstances where there is a reasonable *risk of non-performance* of the contract"[81]. Nesta perspetiva, as propostas que apresentem um preço anormalmente baixo são aquelas que apresentam um efetivo risco de incumprimento. Ou seja, numa das

78 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, p. 16.

79 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 66 e ss..

80 Cfr., por exemplo, Rui Cardona Ferreira, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 38 e ss..

81 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 402.

suas dimensões nucleares, o instituto do preço anormalmente baixo serve para proteger a entidade adjudicante "do puro e simples risco de incumprimento: a circunstância de uma proposta não assegurar uma remuneração suficiente para os respetivos custos faz temer que o seu autor possa vir a ser incapaz de executar a totalidade das prestações que se destinam a satisfazer um interesse da coletividade"[82]. "Por isso, visto que o interesse público é demasiado relevante para suportar esse risco, esta anomalia é suficiente para tornar inaceitável uma proposta que *pode até não violar qualquer regra de direito da concorrência*, mas que, em qualquer caso, não consegue eliminar todas as suspeitas quanto à sua robustez e exequibilidade"[83].

Noutro plano – além de poder estar outrossim ao serviço de uma contratação pública que respeite os requisitos ambientais, sociais e laborais legalmente exigidos (quando, concretamente, a entidade adjudicante exclui uma proposta por considerar que a adjudicação que "tem em mãos conduziria à celebração de um contrato que não poderia ser executado sem desrespeito por normas legais ou regulamentares que vinculam uma ou ambas as partes"[84]) –, pode também discutir-se em que medida é que o regime do preço anormalmente baixo não permite igualmente impedir, no mercado das compras públicas, um esmagamento de alguns operadores económicos. Neste caso, a entidade adjudicante aparece, não já "no exercício da função de adjudicação, mas no cumprimento de um dever jurídico de verificação de violações das regras da concorrência e de aplicação de sanções", sendo nessa medida convocada para exercer, neste domínio, "uma *função de vigilância da aplicação das regras da concorrência* e, nesse contexto, para «sancionar» comportamentos que infrinjam tais regras, com a exclusão das propostas[85]. Nesta perspetiva, "o regime do preço anormalmente baixo não está apenas votado à tutela do risco de incumprimento contratual: na sua *ratio* reside ainda o objetivo de assegurar uma *concorrência leal e efetiva* nos mercados da contratação

82 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 100-102.

83 Cfr. Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, p. 165.

84 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 99.

85 Cfr. Pedro Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, p. 425.

pública", pelo que "este móbil da promoção de uma *sã concorrência* justifica, também, a emergência de um regime que habilita as entidades adjudicantes a lançarem dúvidas ou suspeições sobre a formação e a estrutura de custos dos preços propostos"[86].

b) É sabido que o **CCP, em 2008**, não "pretendeu deixar as entidades adjudicantes indefesas contra operadores económicos aventureiros que arriscam apresentar propostas com preços excessivamente baixos, insuficientes para remunerarem as prestações constitutivas do objeto contratual: o complexo normativo formado pela alínea d) do n.º 1 do artigo 57.º, pela alínea e) do n.º 2 do artigo 70.º e pelo artigo 71.º do CCP permite (e impõe) às entidades adjudicantes excluírem propostas cujos autores não esclarecem, ou esclarecem insuficientemente, as suspeitas quanto a um preço julgado anómalo, que, em caso de adjudicação, poderia acabar prejudicando a correta execução do contrato, por deixar o contraente privado destituído da necessária liquidez financeira para cumprir pontualmente as suas obrigações"[87].

Todavia, por um lado, o n.º 1 do artigo 71.º do Código de 2008 fixa supletivamente – e apenas "quando o preço base for fixado no caderno de encargos" (o que, como se acabou de dizer, pode não acontecer) – dois limiares de preço anormalmente baixos percentuais e delimitados em abstrato – e à margem do concreto contexto contratual – para todo o universo das empreitadas de obras públicas e para todo o universo dos restantes contratos – respetivamente, quando o preço total da proposta seja 40% ou mais ou seja 50% ou mais inferior ao preço base. Na prática, tais percentagens servem muitas vezes como valor de referência adotados pelos concorrentes que pretendem a todo o custo obter a adjudicação. Concretamente, segundo o Relatório do IMPIC sobre a Contratação Pública em Portugal no ano de 2015, "considerando os contratos de bens e serviços (incluindo os relacionados com obras públicas), independentemente do tipo de

86 Cfr. Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, in *RMP*, 148 (Out. - Dez. 2016), pp. 167-168.

87 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 97.

procedimento, constatamos que em 13,8% dos contratos da amostra os valores contratuais finais aproximaram-se ou foram mesmo inferiores ao preço anormalmente baixo calculado em função do preço base" (embora a representatividade em termos dos montantes contratuais globais tenha sido um pouco inferior – 6,1%). Ora, tendo em conta que ainda por cima o preço base nem sequer carece de estar baseado numa análise prévia do mercado realizada pela entidade adjudicante, a conjugação de um preço base não sério com a admissibilidade de limiares aritméticos de preço anormalmente baixo fixados em abstrato e que ficam muito aquém do preço base, não só potencia práticas de esmagamento de preços com inevitáveis consequências negativas para a desejável equilibrada concorrência entre as empresas no mercado (*v.g.* situações de esmagamento de operadores que não tenham estrutura para suportar políticas de *dumping* de concorrentes mais fortes ou casos de insolvência de empresas que avançam com propostas temerárias), como também pode conduzir à incapacidade do adjudicatário para assegurar um cumprimento pontual e não defeituoso das prestações do contrato que se obrigou a executar.

Por outro lado, mesmo perante propostas abaixo dos limiares fixados para o preço anormalmente baixo, "uma importante parte dos tribunais administrativos – impulsionada pelo próprio STA, que inutilizou os esforços que alguns sectores dos TCA Sul e Norte tentaram consolidar – desenvolveu uma linha argumentativa destinada a dispensar o juiz de proceder à (sempre trabalhosa…) avaliação casuística (…) da suficiência do preço proposto para a cobertura dos custos em que o concorrente incorre com a execução do contrato"[88]. Só que, por esta via, a jurisprudência está a deitar fora um instrumento jurídico suscetível de potenciar uma concorrência equilibrada e o pleno cumprimento dos contratos celebrados.

Ora, se "o interesse público é demasiado relevante para suportar o risco do incumprimento contratual", não se coadunando com soluções

88 Cfr., com as respetivas indicações jurisprudenciais, Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, p. 98 – cfr. ainda Duarte Rodrigues Silva / Pedro Fernández Sánchez, *Contributos para a densificação do conceito de preço anormalmente baixo no direito dos contratos públicos europeu e português*, pp. 163-164.

que deixem a entidade adjudicante "indefesa perante propostas não sérias"[89], e se além disso há que preservar a concorrência, forçoso é concluir que a revisão do CCP constitui uma oportunidade importante para corrigir as duas disfunções assinaladas[90].

IV. Noutro plano, e independentemente agora da relevância da "*previous experience* as a qualitative selection criterion"[91], outro desafio importante que se coloca a um legislador de revisão do Código de 2008 que esteja comprometido com o objetivo de potenciar a satisfação de necessidades públicas através de compras públicas respeita ao modo como se regula a possibilidade de atribuição de relevância à ***performance* negativa passada**. Na verdade, a avaliação e a mitigação do risco de incumprimento ou de cumprimento defeituoso por parte do operador económico não se esgota num regime adequado de preços anormalmente baixos, recomendando ainda a ponderação dos desempenhos passados[92].

É bem sabido que, na contratação privada, "a solução para o problema de uma má execução passada, ou de informações alheias que não inspirem confiança num determinado agente económico, é muitíssimo simples e incontestada: simplesmente, não se volta a contratar aquela entidade. Ninguém contestará que esse seja um motivo válido para um privado não contratar - pelo contrário, essa é uma conduta que sem dúvida seria considerada prudente e avisada"[93].

Não se ignora que, na contratação pública, e sobretudo no direito da União Europeia, há limites importantes que impedem uma transposição acrítica da solução que prevalece no quadro da contratação privada. Não surpreende, por isso, que a Diretiva 2014/24/UE, embora dando passos neste domínio, seja cautelosa na atribuição de relevância

89 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 100-102.

90 Cfr., sobre o debate europeu no contexto do processo de elaboração das diretivas de 2014, Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 47 e ss..

91 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 307.

92 Cfr. Luís Valadares Tavares, *Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos*, p. 22.

93 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 882.

à *bad past performance*[94]. Concretamente, o artigo 57.º, n.º 4, alínea g), prevê, como motivo de exclusão de um operador económico, apenas as situações em que o mesmo "*tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis*", acrescentando ainda o n.º 6 do mesmo artigo que qualquer concorrente, mesmo que se encontre nessa situação, "*pode fornecer provas de que as medidas por si tomadas são suficientes para demonstrar a sua fiabilidade não obstante a existência de uma importante causa de exclusão*".

Ainda assim, se até aqui, à luz do direito português vigente, se mostrava "problemática a possibilidade de as entidades adjudicantes preverem nas peças procedimentais qualquer impedimento relacionado com a simples má execução contratual em anterior(es) contrato(s)"[95], a revisão do Código de 2008 constitui uma oportunidade para, antes de mais, transpor para o direito interno a abertura limitada da Diretiva 2014/24/UE. Tarefa que não é fácil atento "o vasto número de conceitos indeterminados com o que o legislador europeu descreveu aquilo a que se chama a «*bad past performance*» de um operador económico na execução de contratos como impedimento à participação em futuros procedimentos de contratação pública"[96].

Todavia, em coerência com a importância que se deu *supra* ao teste de universalização a partir das boas práticas de operadores privados e com a defesa de uma revisão do regime da contratação pública aberta à adoção de soluções *dualistas*, tem sentido que neste domínio o legislador de revisão do Código de 2008 aproveite a maior autonomia de que dispõe na regulamentação das compras públicas não reguladas pelas diretivas de 2014 para consagrar soluções inovadoras e que não se

94 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 51-52.

95 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 884-885.

96 Cfr. Joao Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, *Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 83-84.

tornem facilmente letra morta[97].

V. Enfim, para referir apenas mais um domínio sensível para aferir do grau de compromisso do legislador de revisão do Código de 2008 com uma política de contratação pública que seja efetivamente adequada a cumprir o seu desiderato de satisfação das necessidades públicas que impõem o recurso ao *outsourcing*, há que revisitar o **regime de modificação dos contratos**.

Este é um domínio por excelência em que se joga o dilema já assinalado entre o paradigma do contrato enquanto meio de prossecução do interesse público e o paradigma do contrato enquanto instrumento de abertura dos mercados à concorrência[98]. Com efeito, "enquanto a lógica do interesse público dita um amplo poder de modificação unilateral pelo contraente público, a lógica do mercado limita as modificações do contrato não sujeitas à concorrência; enquanto a lógica do interesse público ditaria que a Administração pudesse preferir uma empresa nacional para manter a capacidade industrial do país, a lógica do mercado dita que isso não seja possível; e por aí fora"[99].

É bem sabido que, durante muito tempo, o poder de modificação unilateral do contrato administrativo, de forma a adaptá-lo à melhor prossecução do interesse público visado pelo contrato, era considerada a "prerrogativa exorbitante por excelência" de que gozava a Administração[100].

A verdade, porém, é que preocupações financeiras e concorrenciais

97 Cfr., para mais desenvolvimentos, Marco Caldeira / Juliana Braz Mimono, *Da exclusão por incumprimento de contrato(s) anterior(es) à luz das novas diretivas em matéria de contratação pública*, in *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 893 e ss.; Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, pp. 40 e ss. – cfr. ainda, antes das novas diretivas, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 882 e ss..

98 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 35.

99 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 50 - cfr. ainda, especificamente sobre o regime de modificação do contrato e seu condicionamento pela chamada *pós eficácia do procedimento de formação*, Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 117 e ss..

100 Cfr. Maria João Estorninho, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 131.

conduziram progressivamente à introdução de limites cada vez mais estritos à admissibilidade de modificações contratuais. Recorde-se que, ao lado das razões internas, a leitura prevalecente do direito da União Europeia foi no sentido de impor, "em nome da salvaguarda da concorrência, fortes limitações à modificação dos contratos"[101]. Assim, por pressão interna e externa, tem-se assistido a uma restrição do poder de modificação dos contratos celebrados pela Administração. E, paradoxalmente, uma tal evolução tem sido particularmente visível no regime do contrato de empreitada de obras públicas, isto é, no regime do contrato administrativo que há quem considere que, não só assume "um papel normativamente modelar do regime do contrato administrativo", como "constitui o berço histórico" do regime da modificação e, portanto, de um dos institutos mais marcantes do contrato administrativo[102].

O movimento vem de há muito[103]. O CCP de 2008 reforçou a tendência, procurando reduzir as derrapagens nos custos das obras públicas através da consagração de normas destinadas a evitar diferenças significativas entre o valor contratado e o valor final das obras públicas e a promover uma cultura de maior responsabilidade dos principais

101 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 397.

102 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p. 272.

103 A evolução do tratamento dos trabalhos a mais antes do CCP de 2008 é significativo. Historicamente, tanto na vigência do Decreto-Lei nº 48 871 (artigo 22º), como em face do disposto no Decreto-Lei nº 235/86 (artigo 27º), permitia-se genericamente os trabalhos a mais resultantes da ordem dada por escrito pelo dono da obra. Bastava, para o efeito - mas esta era já uma limitação importante - que tais trabalhos se destinassem à realização da mesma empreitada. Em 1990 inicia-se o processo conducente à introdução de novos pressupostos da realização de trabalhos a mais. Assim, o Decreto-Lei nº 320/90, de 15 de Outubro, apoiado na alínea f) do artigo 9º da Diretiva 71/305/CEE, posteriormente revogada pelo nº 8 do artigo 1º da Diretiva 89/440/CEE, veio prever, ao lado da execução de trabalhos a mais, a execução das obras complementares que se tivessem tornado necessárias na sequência de uma circunstância imprevista. Mas, porque não se fazia referência à necessidade de se tratar da mesma empreitada, estabeleceu-se que essas obras complementares só podiam ser realizadas se não pudessem ser técnica ou economicamente separadas do contrato da empreitada principal sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes ou se, sendo separáveis, fossem estritamente necessárias ao acabamento da obra principal. Posteriormente, o RJEOP aprovado pelo Decreto-Lei nº 405/93, ao eliminar os trabalhos complementares, passou a exigir que os trabalhos a mais se tivessem tornado necessários em virtude de uma circunstância imprevista e que, além disso, não pudessem ser técnica ou economicamente separados do contrato sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes ou, sendo separáveis, fossem estritamente necessários à conclusão da obra adjudicada.

intervenientes na conceção e execução de um projeto de empreitadas de obras públicas[104]. Mais recentemente, "sob os ventos da austeridade orçamental"[105], o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho, deu um passo importante no sentido da "«deslocação» do regime do contrato administrativo dos direitos nacionais para o direito europeu", com o consequente agravamento da "alteração do paradigma clássico do regime da sua execução"[106]. Na verdade, ao proceder a um conjunto de modificações ao CCP, tendo alegadamente "em vista o seu ajustamento ao disposto nas diretivas comunitárias de contratação pública e o cumprimento dos compromissos assumidos no âmbito do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu", o diploma de 2012 contribuiu para que Portugal se tornasse "um dos países pioneiros da União Europeia a «transpor» para o direito interno" as preocupações europeias com a limitação da modificabilidade dos contratos administrativos. O legislador, ao fazê-lo, alterou fundamentalmente o regime das modificações objetivas do contrato de empreitada de obras públicas (artigos 370.º e seguintes do CCP – e, por consequência, o regime dos serviços a mais plasmado no artigo 454.º e construído com base naquele)[107].

Longe vai, pois, o tempo em que se reconhecia que, por motivos de interesse público, deve ser conferido ao dono da obra "uma faculdade unilateral de redefinição parcial da posição jurídica do empreiteiro e, deste modo, do próprio conteúdo de certas cláusulas do contrato administrativo de empreitada de obras públicas"[108], porquanto a realização de uma obra pública é uma operação demasiado importante para que o dono da obra se encontre definitivamente vinculado pelo plano inicial[109].

104 Cfr. Rui Medeiros, *O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 428.

105 Cfr. Paulo Alves Pardal, *A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental*, in *Novas fronteiras da contratação pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 171 e ss..

106 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 523-524.

107 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 526 e ss..

108 Cfr. Paulo Otero, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in *ROA*, 1996, III, pp. 930-931.

109 Cfr. Panayotis Glavinis, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, pág. 121.

Hoje, justifica-se repensar a tendência para dificultar a adaptabilidade dos contratos à prossecução do interesse público, seja em matéria de empreitadas, seja noutros tipos contratuais. Em alguns casos, aliás, a modificação deve ser admitida até com maior latitude. Pense-se, por exemplo, em contratos de longa duração: "dada a complexidade relacional, as vicissitudes e o dinamismo do tempo, por mais engenhosa e diligente que seja a capacidade de previsão dos contraentes, será praticamente irrealista exigir-lhes que, de forma clara, precisa e inequívoca, antecipem nas peças procedimentais, para dez, quinze, vinte anos…, todas as vicissitudes e efeitos, independentemente da respetiva origem"[110].

A revisão do CCP constitui uma oportunidade de ouro para fazer esta reforma.

Por um lado, a própria solução plasmada no artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE – no culminar de um longo processo legislativo[111] – reconhece a heterogeneidade das hipóteses em que se pode justificar uma modificação dos contratos celebrados com a Administração, procurando apesar de tudo – ao abrir a porta ao aumento dos "casos de modificações ao contrato que não exigirão a adoção de um procedimento adjudicatário autónomo"[112] – fazer "um equilíbrio entre o interesse na flexibilidade do instrumento contratual e a proteção do mercado"[113].

Por outro lado, e sobretudo, surgindo "o direito europeu – jurisprudencial (e legal) – como uma tendência contracorrente com a regra universal de modificação do contrato administrativo", compreende-se que um legislador que esteja empenhado em assegurar que o contrato se encontra ao serviço da prossecução do interesse público – e que assuma concomitantemente que a modificação não

110 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, p. 400.

111 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 49 e ss..

112 Cfr. Pedro Matias Pereira / Carla Machado, *Modificação e rescisão do contrato*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 12 (agosto 2016), p. 81.

113 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte II*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10 (janeiro/abril 2014), p. 168.

se esgota num "problema de concorrência e de natureza financeira"[114] – proceda neste domínio, não já a uma "harmonização máxima", mas apenas a uma "harmonização necessária/suficiente para efeitos de garantir" a observância das normação da União Europeia[115].

4. Contratação Pública como instrumento de prossecução de políticas públicas tranversais

I. O direito da contratação pública prossegue "interesses públicos, no plural"[116].

É sabido que, historicamente, "*public procurement has been an important part of the Member States industrial policies*", tendo sido muitas vezes utilizado "*as a policy tool*" – neste sentido, "*protectionist public procurement, when strategically exercised, has resulted in the evolution of vital industries for the state in question*"[117]. A contratação pública foi, pois, usada, durante muito tempo – numa época em que imperavam as "tradicionais conceções sobre o domínio puramente estadual dos contratos públicos"[118] –, "*as a tool of industrial policy, to preserve jobs and profits in national industry or to promote development of particular sectors*"[119/120].

114 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 406-407.

115 Cfr. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 397 e ss. (em especial, 405 e 407).

116 Cfr. Pedro Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 145.

117 Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 34.

118 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, p. 516.

119 Cfr. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, I, p. 8.

120 As compras públicas estavam assim frequentemente associadas a políticas de discriminação que privilegiavam as aquisições domésticas "como forma de estímulo à indústria nacional e de afirmação do bem-estar nacional uma vez que os ganhos obtidos através de políticas discriminatórias ficariam nas empresas nacionais (…). Os fundamentos para a discriminação na contratação pública variavam, mas, na maior parte dos casos, envolviam razões de política industrial, motivos de segurança pública ou outras considerações (por exemplo, a manutenção de um nível mínimo de capacidade de produção no setor da defesa, a proteção de minorias, de empresas localizadas em algumas regiões ou de pequenas e médias empresas". Assim, por exemplo, mesmo para não falar de situações em que a contratação pública se encontrou ao serviço dos direitos humanos ("como sucedeu com a chamada Lei Massachussets que impedia empresas que tivessem negócios com a Birmânia de aceder a contratos públicos nos EUA,

Certamente, à semelhança do que sucede no quadro da "liberalização do comércio internacional"[121], a aposta, no espaço da União Europeia, na criação do mercado único não é compatível com muitas das políticas protecionistas historicamente adotadas.

Contudo, à medida que "*important progress has been made and the gradual liberalisation of public procurement markets in the EU has taken place*", a normação europeia sobre contratação pública tem-se aberto a outros objetivos fundamentais[122]. As diretivas de 2014 acentuam, justamente, a conexão **entre contratação pública e a estratégia Europa 2020 de aposta num crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**, ou seja, a ideia de contratação pública como instrumento de prossecução de políticas públicas, com especial enfoque nas áreas do ambiente, coesão social e emprego e inovação, bem como na preocupação de facilitar a abertura do mercado dos contratos públicos a pequenas e médias empresas.

II. A doutrina não se cansa de sublinhar o **potencial do *green public procurement* e do *social best value***[123].

No fundo, é *communis opinio* que o recurso à contratação pública pode constituir uma ferramenta determinante para a realização de políticas públicas (os contratos públicos podem, por exemplo, ser "utilizados para subsidiar sectores estratégicos, induzir melhores práticas laborais e ambientais, gerar investigação e desenvolvimento ou

---

enquanto aquele país não respeitasse os direitos humanos"), "a utilização da contratação pública como mecanismo de apoio social verificou-se em muitos Estados, como o Reino Unido, quando, na sequência da primeira guerra mundial, se tornou necessário favorecer os veteranos, ou, em 1938, nos Estados Unidos, quando o governo federal privilegiou, na aquisição de bens, produtos produzidos por invisuais. Ocorreu ainda, neste país, com o *buy American Act* ou com o apoio concedido a veteranos da guerra do Vietname, no Canadá, com o benefício da população indígena como forma de compensação pela perda de terras, na África do Sul, relativamente à população negra, ou na Malásia, relativamente à etnia Malay" (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 15, 21-22 e 29-30).

121 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 30.

122 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, pp. 112 e ss..

123 Cfr. Maria João Estorninho, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, pp. 344 e ss.; *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 415 e ss..

financiar inovações tecnológicas"[124]). É certo que, frequentemente, a prossecução de tais objetivos horizontais "*involve paying higher prices for the goods, works or services*"[125]. Todavia, se "*many policies do involve additional costs*"[126], a verdade é que, mesmo nesses casos, as compras públicas constituem uma "janela de oportunidade, uma vez que os custos financeiros associados são, frequentemente, mínimos quando comparados com outros modos de implantação (*v.g.* através da concessão de subsídios)"[127] e a potencialidade estratégica da contratação pública - pelo seu próprio peso no PIB – não pode ser negligenciada.

Em qualquer caso, para que estas potencialidades de uma contratação pública instrumental sejam plenamente aproveitadas, afigura-se fundamental operar, tanto no plano normativo – quer através da transposição das diretivas de 2014 (*infra*, III), quer no contexto de uma revisão do Código de 2008 de matriz dualista (*infra*, IV) –, como, sobretudo, no quadro da implementação no terreno de boas práticas de contratação (*infra*, V).

III. A regulamentação do acesso ao mercado das **pequenas e médias empresas**[128] constitui um exemplo paradigmático daquilo que pode ser uma transposição legislativa da nova geração de diretivas que evidencie que o direito da contratação pública não está exclusivamente centrado na tirania de uma escolha de racionalidade económica absoluta, como se a única coisa que interessasse fosse a obtenção de uma eficiente aplicação de recursos, admitindo, pelo contrário, discriminações positivas no acesso à contratação pública[129]. Concretamente, no plano normativo, para além da aposta já feita pelo Código de 2008

124 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 22.

125 Cfr. Sue Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (ed. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik), Cambridge University Press, 2009, p. 128.

126 Cfr. Sue Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, p. 128

127 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, p. 18.

128 Cfr. Rui Medeiros, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement – a first overview*, pp. 40 e ss..

129 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 398 e ss. (em especial, 400 e 402).

num "*SME-friendly procurement*"[130], e deixando de lado o regime de subcontratação[131], o legislador pode, na transposição das diretivas de 2014, apostar na promoção da *divisão em lotes* – ainda que tal divisão "generate some additional costs"[132] – através da sujeição à concorrência de compras públicas organizadas por lotes mais pequenos ou subdivididos territorialmente, para permitir que as empresas mais pequenas, que não conseguiriam apresentar proposta para um único grande contrato ou para o país inteiro, consigam ir a jogo nalgum ou nalguns dos lotes. Com efeito, "mais do que qualquer outro instituto, é porventura do regime da divisão em lotes que mais claramente depende a possibilidade de acesso das micro, pequenas e médias empresas aos contratos públicos"[133].

IV. Noutros domínios, como já foi assinalado em estudo recente (dispensando, por isso, a revisitação agora do tema), a prossecução de políticas públicas transversais pode passar, no quadro de *uma revisão com matriz dualista do CCP*, pelo **aproveitamento das possibilidades oferecidas no âmbito não regulado pela normação sobre contratação pública da União Europeia**.

a) Na verdade, não obstante a importância crescente dos objetivos sociais e ambientais da contratação nas diretivas europeias, "*European Union law is trying to strike a delicate balance between competition and (…) objectives*" horizontais[134].

---

130 Cfr. Nicholas Hatzis, Nicholas Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (ed. Sue Arrowsmith / Peter Kunzlik), Cambridge University Press, 2009, pp. 564 e ss..

131 Cfr., no sentido de que "subcontracting is the most important and realistic way of promoting SMEs' participation in public procurement" e discutindo ainda os limites à "prohibited and compulsory subcontracting", se bem que num texto anterior às novas diretivas, Nicholas Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, pp. 357 e ss. – cfr. ainda, enfatizando que "sub-contracting plays a major role in the opening up of public markets as it is the most effective way of SMEs' participation in public procurement", Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 34.

132 Cfr. Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, p. 349.

133 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, pp. 27-28 – cfr., entre nós, para mais desenvolvimentos, David Coelho, *A divisão de contratos em lotes na Diretiva 2014/24/UE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 13 (agosto 2016), pp. 83 e ss..

134 Cfr. Roberto Caranta, *Sustainable Public Procurement in the EU*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (eds. Roberto Caranta / Martin Trybus), Copenhagen:

O **receio de que a introdução de objetivos horizontais "acabe por redundar em restrições ao princípio da igualdade de acesso à contratação pública"** pode ser ilustrado com os limites que subsistem ao nível do direito da União Europeia à "utilização da contratação pública para fins de política pública que são *externos*, por assim dizer, ao objetivo imediato da celebração do contrato"[135]. De facto, embora se admita hoje que os critérios de adjudicação não sejam estritamente económicos, continua a entender-se, para prevenir "*the use of overbroad secondary criteria*"[136], que os fatores não estritamente económicos "*must be objective, apply to all the tenders, be (…) linked to the subject-matter of the contract in question, and be of direct economic advantage to the contracting authority*"[137]. Os limites em matéria de escolha do critério de adjudicação evidenciam bem que persistem "tensões entre a possibilidade de realização de políticas de contratação pública dos Estados-membros que prosseguem objetivos (…) horizontais e o esforço do Direito da União Europeia no tocante à liberalização dos contratos públicos no contexto da afirmação do mercado interno"[138].

Sem dúvida, para dar um exemplo, nada obsta a que, num contrato dirigido a pessoas portadoras de deficiência, os critérios de adjudicação tenham "em conta requisitos relativos às necessidades específicas de cada categoria de usuário" ou que um contrato para a aquisição de programas e equipamentos informáticos inclua "um critério de adjudicação que relacione a qualidade às características de acessibilidade específica necessárias para diversos grupos de pessoas portadoras de deficiência (por exemplo: um produto ou serviço acessível a pessoas cegas, surdas, com deficiência mental ou com problemas de mobilidade)". Em contrapartida, a situação altera-se se estiver em causa uma situação não enquadrável na previsão do artigo 20.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE – segundo o qual "*os Estados-Membros podem reservar o direito a participar*

DJØF Publishing Copenhagen, 2010, p. 49.

135 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos*, pp. 398-399.

136 Cfr. Mario E. Comba, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *The Law of Green and Social Procurement in Europe* (eds. Roberto Caranta / Martin Trybus), Copenhagen: DJØF Publishing Copenhagen, 2010, p. 316.

137 Cfr. Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, p. 415.

138 Cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 203 e ss..

em procedimentos de contratação pública a entidades e a operadores económicos cujo objetivo principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou reservar a execução desses contratos para o âmbito de programas de emprego protegido, desde que pelo menos 30 % dos empregados dessas entidades, operadores económicos e programas sejam trabalhadores com deficiência ou desfavorecidos"[139] – e se tratar, por exemplo, de uma "exigência de que à execução do contrato esteja vinculado um número mínimo de trabalhadores (…) do sexo feminino", pois a referida "vinculação ao objeto implica que essas características estejam relacionadas com as necessidades sociais cuja satisfação constitua o objeto do contrato"[140/141].

b) Pelo contrário, **no plano nacional, "*green and social considerations can well fit into the «primary» objectives of public procurement*"[142], caso o Estado decida assumir amplamente tais objetivos ao lado da preocupação com o *best value for Money***. Daí que tenha sentido que o legislador português, se quer aproveitar efetivamente todas as oportunidades de uma contratação pública instrumental, lance

139 Cfr., no sentido de que "as novas diretivas continuam a ser comedidas na matéria das reservas, não dando acolhimento a soluções mais radicais, experimentadas noutras paragens, que permitem, por exemplo, a reserva de contratos para PME", Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, p. 27.

140 Cfr. Sónia Palma, *Critérios de Adjudicação*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, pp. 63-64.

141 A controvérsia suscitada pelo n.º 7 do artigo 42.º do texto inicial do CCP – entretanto revogado pelo DL n.º 149/2012, de 12 de Julho – ilustra igualmente bem as limitações que a prossecução nacional de políticas transversais pode suscitar à luz do direito da União Europeia. Recorde-se que o referido preceito dispunha que "*o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de valor igual ou superior a (euro) 25 000 000 deve prever a obrigação de o adjudicatário elaborar um ou vários projetos de investigação e desenvolvimento diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto desse contrato, a concretizar em território nacional, pelo adjudicatário ou por terceiras entidades, de valor correspondente a, pelo menos, 1% do preço contratual*". A conformidade desta disposição com o direito da União Europeia foi questionada, porque, por um lado, se afigurava discriminatória ao conferir às empresas portuguesas ou que já se encontrassem estabelecidas em Portugal uma vantagem em relação às empresas instaladas noutros Estados-membros, e, por outro, se tratava de uma exigência independentemente da sua utilidade no quadro da execução do contrato e que constituía uma desvantagem para as empresas que não quisessem aceitar esse encargo adicional (cfr. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como instrumento de Política Económica*, pp. 278-279).

142 Cfr. Mario E. Comba, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, pp. 307 e ss..

mão, na construção de soluções legais, da maior abertura de que dispõe em domínios não abrangidos pelas diretivas da União Europeia[143].

V. Seja como for, se se quiser levar a sério a utilização da contratação pública como instrumento de prossecução de políticas públicas transversais, deve reconhecer-se que tal desiderato não pode, em larga medida, ser obra do legislador, sendo absolutamente determinante **a aposta na instituição de mecanismos que conduzam na prática os compradores públicos à adoção de políticas de contratação socialmente inclusivas, eficientes, hipocarbónicas e baseadas no conhecimento e na inovação**. Significa isto, por outras palavras, que, sem prejuízo de algumas benfeitorias que podem ser introduzidas no CCP, a promoção de uma "contratação verde"[144], do emprego e da inovação dificilmente pode ser apenas ou até fundamentalmente obra da lei.

Com efeito, se em alguns casos o efetivo aproveitamento das novas potencialidades oferecidas pelas diretivas de 2014 depende inclusivamente de uma realidade que não é transformável por simples vontade da Administração – pense-se, por exemplo, nas parcerias para a inovação (em que provavelmente se irá assistir a "uma transposição minimalista, isto é, muito próxima ao texto da Diretiva"[145]) –, a verdade é que em muitos aspetos tudo vai depender fundamentalmente do modo como os compradores públicos atuarem no terreno. E, para isso, é fundamental pensar no modo como alterar os comportamentos das entidades adjudicantes e como acompanhar as aquisições públicas, incluindo designadamente através da "previsão de um sistema mínimo de governação do setor"[146].

Numa palavra, para além de legislação adequada, "a realização do bem comum, através de contratos públicos, exige (…) decisores

143 Cfr., para mais desenvolvimentos, Rui Medeiros, *Em defesa de uma perspetiva dualista na regulamentação da contratação pública* (no prelo).

144 Cfr. Vasco Pereira da Silva, in *A transposição das diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos* (coord. Maria João Estorninho), E-Book, FDUL, Maio de 2016, pp. 41 e ss..

145 Cfr. Pedro Cerqueira Gomes, *Alterações em procedimentos*, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, E-Book, Coimbra: Cedipre, Setembro 2016, p. 29.

146 Cfr. Miguel Assis Raimundo, *Primeira análise das novas Diretivas – Parte I*, p. 15.

públicos profissionalizados e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes"[147]. Um legislador de revisão do CCP que esteja verdadeiramente empenhado numa contratação pública estratégica cabe, pois, consagrar tais mecanismos.

147 Cfr. Maria João Estorninho, *A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum*, p. 7.

DEVER DE PONDERAÇÃO DA ADJUDICAÇÃO POR LOTES E DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DA NÃO DIVISÃO NO DIREITO DOS CONTRATOS PÚBLICOS [1]

Miguel Assis Raimundo
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Investigador Principal do CIDP-ICJP. Advogado

1. Introdução e sequência

Resulta do artigo 46.º-A, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, na versão alterada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, que as entidades adjudicantes, verificados certos pressupostos (relativos ao objecto e valor do contrato), passarão a ter de fundamentar a sua decisão de adjudicar um determinado contrato sem o dividir em lotes. Na verdade, o que a norma revela é um dever, prévio e mais amplo, de *ponderar* a divisão em lotes, bem como – esta, uma afirmação mais controversa, mas que nos parece também verdadeira – um dever de dividir em lotes *na ausência de razão suficiente para decidir de outro modo*.

1 O presente texto resulta de várias intervenções realizadas pelo Autor em conferências e colóquios, sobre o tema da divisão em lotes nas novas directivas e na revisão do Código dos Contratos Públicos. A primeira dessas intervenções, e aquela a propósito da qual se desenvolveu o essencial das ideias aqui expressas, ocorreu no XII Encontro Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo, que teve lugar em Novembro de 2016, na Universidade Lusíada. O Autor agradece à Coordenação do Encontro, em particular aos Senhores Professores Doutores Fausto de Quadros e Afonso d'Oliveira Martins, a oportunidade para apresentar a sua investigação nessa ocasião.

O preceito em questão, e o instituto por ele consagrado, coloca uma série de questões relevantes, sendo, a nosso ver, um dos aspectos com maior probabilidade de provocar uma mudança relevante no panorama da contratação pública em Portugal após a reforma do CCP, justificando, por isso, uma abordagem aprofundada. O presente artigo concentra-se no contexto deste dever de ponderar a adjudicação por lotes (ou divisão em lotes) e na determinação do tipo de demonstração que se pede à entidade adjudicante que realize para que se considere preenchido o ónus de fundamentação exigido pela lei.

A compreensão do sentido da exigência de fundamentação em questão, e do conteúdo que deve revestir, beneficia grandemente de uma análise sobre o sentido geral da figura da preferência pela divisão por lotes, e sobre a sua radicação nas fontes (*infra,* 2.), assim como de uma apreciação da forte discussão que tem sido realizada sobre a pertinência da sua previsão nos sistemas de contratação pública, e em particular, na geração de directivas de 2014 (*infra,* 3.). Como se verá, a exigência de um dever de fundamentação da decisão de não dividir apenas se compreende caso se compreenda, primeiro, quais as razões que levaram o legislador a *preferir a divisão*. Com esse pressuposto adquirido, poderemos depois avançar na análise do dever de ponderação e das indicações do legislador sobre a fundamentação exigida e o seu conteúdo, não deixando de dar algumas indicações sobre o tema do controlo jurisdicional das decisões nesta sede (*infra,* 4.). Por fim, faremos uma breve síntese das principais conclusões (*infra,* 5.).

2. Sentido geral do instituto e previsão no direito europeu e nacional

A consideração da História, antiga e mais recente, e do direito comparado, permite dizer que há dois instrumentos principais para assegurar o acesso das pequenas e medias empresas (doravante, PME) aos contratos públicos: as reservas de contratos (*set-asides*) e a divisão ou adjudicação por lotes[2]. Dividir um contrato em lotes é parcelar

2 F. Llorens/P. Soler-Couteaux (Dirs.), Code des Marchés Publics commenté, Paris, 2014, p. 296.

algo que está concentrado; isto explica que a divisão obrigatória em lotes seja tipicamente usada para *abrir a concorrência* em mercados específicos que apresentam características de concentração[3], ou seja, como uma forma de intervir na *estrutura do mercado*. Encontra-se evidência, na História, da utilização muito precoce da divisão de contratos em lotes, no mesmo sentido e com propósitos semelhantes aos dos dias de hoje[4].

A consideração do direito comparado, em sistemas próximos do nosso, revela uma crescente utilização do mecanismo da divisão em lotes. Em França, antes de 2001, a adjudicação por lotes era excepcional, nas reformas de 2001 e 2004 a figura foi colocada em pé de igualdade com o "marché global", e em 2006, a divisão em lotes passou a ser objecto de um princípio[5], sendo significativo que esta evolução se tenha baseado em sucessivas decisões do *Conseil Constitutionnel*, o qual, afirmando a necessidade de igualdade de tratamento e oportunidades no acesso à *commande publique*, se referia de modo explícito à divisão em lotes como um dos meios de garantir aqueles desideratos, o que significou, na prática, a elevação do discurso legitimador do instituto ao plano constitucional[6]. Mas também no Direito alemão, em que a protecção das PME assumiu o estatuto de princípio da contratação pública, se prevê a divisão em lotes, como forma de prossecução de políticas secundárias, no artigo 97, § 4.º, da Lei contra as Restrições à

3 Exemplificando com o caso dos mercados de telecomunicações em França, F. Llorens/P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics, p. 297. Em Portugal, a contratação pública de serviços de comunicações eletrónicas apresenta um precedente interessante, com o Decreto-Lei n.º 1/2005, de 4 de Janeiro (revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o CCP), o qual continha uma regra de divisão em lotes (salvo fundamentação em contrário) em contratos com esse objecto.

4 Cf. Miguel Assis Raimundo, A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público, Lisboa, 2013, com dados sobre a prática no espaço helénico (pp. 221-222); ou a importância que assumiu a divisão em lotes das adjudicações dos bens imóveis nacionalizados após a Revolução Francesa de 1789 (p. 254).

5 F. Llorens and P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics, p. 297.

6 F. Llorens and P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics, p. 297; F. Scanvic, "L'allotissement au coeur de la commande publique", Contrats Publics. L'actualité de la commande et des contrats publics, (58), 2006, pp. 47 ss.; C. Cantié, "L'objectif d'égal accès à la commande publique est-il assuré?", Contrats Publics. L'actualité de la commande et des contrats publics, (69), 2007, pp. 51 ss. (maxime 52, 56).

Concorrência[7].

O pacote legislativo das directivas de 2014 em matéria de contratação pública, particularmente a directiva 2014/24/UE (directiva setores clássicos), fez-se eco deste movimento. O regime do artigo 46.º da directiva 2014/24 é, provavelmente, *a* medida mais relevante que as directivas prevêem em sede de acesso das PME[8]. É evidente que outras medidas previstas nas directivas podem ter um impacto positivo no acesso das PME, como a contratação pública eletrónica[9], mas é a divisão em lotes que surge, nas directivas, como o mecanismo privilegiado, e dedicado, a promover esse acesso. O mecanismo da divisão em lotes já tinha sido avançado pela Comissão em vários documentos anteriores às próprias propostas iniciais de directivas, pelo que a sua inclusão no instrumentário do direito europeu não foi surpreendente[10].

A Directiva 2014/24 viria assim a prever, no seu artigo 46.º, um regime que constitui a fonte principal do regime contido no artigo 46.º-A do CCP revisto. Esse preceito da Directiva teve por origem o artigo 44.º, n.º 1, da proposta inicial da Comissão Europeia para a Directiva Sectores Clássicos[11], o qual, além de uma permissão para dividir os contratos em lotes, acrescentava que para os contratos de

7 Sobre a experiência alemã, M. Lodge, "Isomorphism of National Policies? The "Europeanisation" of German Competition and Public Procurement Law", West European Politics, 2000, pp. 89 ss. (99); K. Summann, "Winds of Change: European Influences on German Procurement Law", Public Contract Law Journal, 2006, pp. 563 ss. (565); M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law - European legal framework and German experiences", Public Procurement Law Review, 2007, pp. 284 ss.

8 Isto decorre da própria organização do considerando (78) da Directiva 2014/24, que, depois de dizer que a contratação pública deve ser sensível às necessidades das PME, imediatamente aborda o tema da divisão em lotes.

9 Sobre isto, cf., com referências, Miguel Assis Raimundo, "E-procurement", in Isabel Celeste Fonseca (Coord.), Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas, Braga, 2017, pp. 399 ss., (403).

10 Cf. Comissão Europeia, "Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - "Think Small First" - A "Small Business Act" for Europe", SEC(2008) 2101 SEC(2008) 2102, COM/2008/0394 final; "Commission Staff Working Document – European Code of Best Practices Facilitating Access by SMEs to Public Procurement Contracts", 25.06.2008, SEC(2008) 2193.

11 Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contratos Públicos, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), 20.12.2011.

valor igual ou superior a 500.000€, se a entidade adjudicante escolhesse não dividir o contrato em lotes, deveria apresentar uma "justificação específica" da sua decisão, no anúncio do concurso ou no convite à manifestação de interesse. A exposição de motivos que acompanhava a proposta apresentava o regime como um "convite" às entidades adjudicantes para dividir o contrato em lotes[12]. Apesar da sua modéstia, a disposição foi criticada por alguns autores, que ainda assim reagiam ao que consideravam uma rigidez injustificada[13].

Na versão final da Directiva, o artigo 46.º (que corresponde ao 44.º da proposta inicial) deixou de incluir qualquer limiar de valor, o que teve por consequência que a exigência de ponderação e fundamentação ali contida se aplica a todos os contratos abrangidos pela Directiva. O texto final do artigo 46.º, n.º 2, dispõe que "[c]om exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do n.º 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84.º".

Como principais alterações entre as duas versões, note-se que, por um lado, se passou de uma formulação aparentemente mais exigente – a "justificação específica" – para uma indicação mais vaga, das "principais razões" que estão na base da decisão. Por outro lado, é de registar que o artigo 44.º da proposta inicial da Comissão situava a fundamentação no anúncio do concurso na manutenção de interesse, enquanto a versão final coloca essa mesma fundamentação nos "documentos do concurso" ou no relatório do procedimento previsto no artigo 84.º da Directiva. Finalmente, é de registar uma outra alteração, que consistiu na eliminação do limiar de 500.000€ que constava da proposta da Comissão, passando, pois, a impor-se esta justificação para todos os contratos acima dos limiares. Esta foi uma alteração que, para os bens e serviços, se traduziu em maior exigência (pois os limiares de aplicação da Directiva a esses contratos são inferiores àquele valor).

12 Memorando Explicativo da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Contratos Públicos, COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD), 20.12.2011, p. 11.

13 S. Arrowsmith, "Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility", Public Procurement Law Review, 2012, pp. 71 ss. (71 e nota 10).

De referir, ainda no plano do direito europeu, a opção de distinguir entre a directiva sectores clássicos, por um lado, e as directivas sectores especiais e concessões, por outro lado: apenas na primeira se encontra uma disposição com o sentido do artigo 46.º, n.º 2, da Directiva 2014/24. Na Directiva 2014/25 (sectores especiais), o artigo 65.º, n.º1, apenas contém a norma que permite a adjudicação por lotes. O dever de fundamentar as razões pelas quais não se dividiu apenas aparece mencionado no Considerando 87, e como uma mera *possibilidade* de os Estados Membros irem "mais além" das directivas com o intuito de permitir o acesso às PME. A própria Directiva não impõe que, nos contratos regidos pelo regime dos Sectores Especiais, tal fundamentação ocorra.

Trata-se de uma diferença que está em linha com a ideia geral de um regime mais flexível nos sectores especiais, por contraponto com os sectores clássicos. Pode questionar-se se o objectivo de promoção do acesso das PME se coloca de modo diferente nos sectores clássicos ou nos sectores especiais. Em todo o caso, foi esse o entendimento do legislador europeu, que o legislador nacional, aliás, acolheu inteiramente, no artigo 46.º, n.º 3 do CCP revisto, ao excluir do dever de fundamentação previsto no n.º 2 as entidades dos sectores especiais[14].

Quanto à Directiva 2014/23 (concessões), o instituto nem sequer é referido, o que por um lado se explica pela conhecida opção do legislador europeu de regular de forma mais flexível o regime de formação deste tipo de contratos[15], mas também, certamente, porque o legislador europeu considerou que aqui se colocaria com menos acuidade o instituto da adjudicação por lotes. De facto, os contratos de concessão são, normalmente, contratos de natureza global, e a equação económica que lhes subjaz assenta, em muitos casos, na ideia de exclusividade, o

14 A disposição do artigo 46.º-A, n.º 3, apenas é aplicável, claro, nos contratos de sectores especiais dessas entidades. A precisão faz sentido para as entidades adjudicantes do artigo 12.º, que podem ter alguns dos seus contratos sujeitos ao regime dos sectores clássicos: para esses, aplica-se o dever do n.º 2.

15 Em sentido próximo, afirmando que "por definição" a regra da divisão em lotes não abrange certas tipologias contratuais do direito francês caracterizadas pela natureza global (marchés de partenariat e marchés globaux), Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Paris, 2016, p. 254.

que torna menos frequente – mas não impossível – que se lance um concurso para a adjudicação de uma concessão em que haja previsão de lotes[16]. Seja como for, também aqui, o legislador nacional aproveitou a margem de autonomia que lhe foi dada pelo legislador europeu, já que o artigo 46.º, n.º 2, apenas cria o dever de fundamentar a não divisão para os contratos abrangidos pela Directiva Sectores Clássicos (empreitadas, aquisição e locação de bens e aquisição de serviços), deixando assim de fora os contratos de concessão (que ficam apenas sujeitos à norma do n.º 1 do artigo 46.º-A, ou seja, à norma permissiva, que admite a adjudicação por lotes).

Os dados anteriores, e em particular os referentes ao processo legislativo ao nível das directivas europeias, já revelam algo sobre a natureza contestada da adjudicação por lotes. Com efeito, o facto de ser, nitidamente, uma figura *em crescimento e expansão* nos diversos ordenamentos não afasta a circunstância de ser uma figura sujeita a grandes dúvidas e mesmo críticas. Vale a pena conhecer mais de perto a discussão sobre a divisão em lotes, porque dela muito se retira acerca do que deverá ser a ponderação, por parte das entidades adjudicantes, do lançamento de um procedimento pré-contratual em que o objeto é unitário, por contraponto ao seu lançamento como um objecto que pode ser repartido em diferentes lotes.

3. A preferência pela adjudicação por lotes, em debate

3.1. O ambiente do direito europeu e a adjudicação por lotes

Não é surpreendente verificar que o instituto da adjudicação por lotes, embora presente nos direitos dos Estados Membros desde há muito, tenha encontrado resistência na sua previsão ao nível das directivas em matéria de contratos públicos. O direito europeu dos contratos públicos resiste,

16 Esta opção é visível no artigo 30.º, n.º 1, da Directiva Concessões. Sobre o tema, R. Craven, "The EU's 2014 Concessions Directive", Public Procurement Law Review, 2014, pp. 188 ss.; A. Sánchez Graells, "What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?", European Procurement & Public Private Partnership Law Review, 2012, pp. 94 ss.

tradicionalmente, a mecanismos que visam *agentes económicos específicos* com intuito de os beneficiar. Por isso, o direito europeu é historicamente menos favorável à integração da proteção e promoção das PME como política horizontal, ao contrário do que acontece nos EUA ou no Brasil, por exemplo[17]. Esta resistência é clara na recusa das reservas de contratos, comuns em outros ordenamentos[18], que não foram introduzidas no pacote legislativo das directivas de 2014, embora a questão tivesse sido discutida[19]. O máximo, neste domínio, foi a consagração de reservas para empresas de integração de trabalhadores em situação de desvantagem[20], e, de forma limitada, para empresas sociais, no regime simplificado previsto para os serviços sociais e outros serviços específicos[21], ambas as figuras, aliás, de transposição não obrigatória para os legisladores nacionais – o legislador português aproveitou ambas essas possibilidades (cf. artigos 54.º-A e 250.º-D, respectivamente).

Isto confirma que, em termos globais, o direito europeu dos contratos públicos se caracteriza por uma postura mais "liberal", por comparação com outros ordenamentos. De acordo com esta postura, a melhor forma de criar empresas sólidas e competitivas não é protegê-las da concorrência com outros agentes económicos, mas criando um *level-playing field*, com publicidade da intenção de contratar, regras

17 Cf. C. Yukins/G. Piga, "Dialogue", in G. Piga/S. Treumer (Eds.), The Applied Law and Economics of Public Procurement, Oxon/New York, 2013, pp. 215 ss. (cf. a pp. 215-216 a longa lista de reservas, preferências e apoios para empresas de reduzida dimensão ou detidas por pessoas em situação de desvantagem, no direito norte-americano da contratação pública de nível federal).

18 Cf., v.g., J. Cibinic Jr./R. C. Nash Jr./C. R. Yukins, Formation of Government Contracts, s. loc., 2011, pp. 1589 ss.; A. G. Sakallaris, "Questioning the sacred cow: reexamining the justifications for small business set asides", Public Contract Law Journal, 2007, pp. 685 ss.; R. Apelbaum, "L'accès des «petites entreprises» américaines aux marchés publics fédéraux: le Small Business Act", Contrats Publics. L'actualité de la commande et des contrats publics, 2007, pp. 41 ss. O direito federal norte-americano prevê não só reservas de contratos, mas também um sistema complexo de requisitos em matéria de permissão da agregação de contratos (contract bundling) – cf. K. E. Buroker, "Contract Bundling: Consolidation Continues to Create Barriers for Small Business Despite Regulatory Changes", Public Contract Law Journal, 2006, pp. 695 ss.; J. Cibinic Jr./R. C. Nash Jr./C. R. Yukins, Formation of Government Contracts, pp. 379 ss.

19 Cf. a referência em M. Fana/G. Piga, "SMEs and public contracts", in G. Piga/S. Treumer (Eds.), The Applied Law and Economics of Public Procurement, Oxon/New York, 2013, pp. 279 ss. (290).

20 Artigo 20.º da Directiva 2014/24.

21 Artigo 77.º da Directiva 2014/24.

objectivas de escolha, e uma avaliação das propostas pela sua própria valia, e não pela dimensão dos agentes económicos.

Assim, enquanto mecanismo que visa promover o acesso de um específico grupo de empresas – as PME – a divisão em lotes recebe as críticas que habitualmente são feitas às políticas secundárias: as preocupações com a igualdade de tratamento, a falta de eficiência económica das políticas, e até dúvidas sobre a sua *eficácia*, são tópicos habituais[22].

Não se pretende, aqui, discutir em abstracto a questão das políticas secundárias na contratação pública. No que diz respeito ao caso específico da divisão em lotes, parece haver alguns elementos que, lidos em conjunto, não só parecem justificar a prossecução desta política secundária, como indiciam que a divisão em lotes será um instrumento adequado para atingir o objectivo de maior acesso das PME: (i) o facto de as empresas da UE serem, em larguíssima percentagem, PME; (ii) o facto de as evidências mostrarem que as PME estão sub-representadas nos mercados públicos, *por comparação com os correspondentes mercados privados*; e (iii) o facto de haver também evidências que parecem apontar que a grande dimensão dos contratos é, de longe, um dos maiores obstáculos enfrentados pelas PME no acesso aos contratos públicos (o outro são os prazos de pagamento demasiado longos)[23]. Na consulta, feita pela Comissão Europeia, que levou às directivas de 2014, os participantes sublinharam que a dimensão dos contratos é um

22 Sobre políticas secundárias, por todos, C. McCrudden, Buying Social Justice. Equality, Government Procurement and Legal Change, Oxford, 2007; R. B. Watermeyer, "A Generic and Systemic Approach to Procurement: the Case for an International Standard", Public Procurement Law Review, 2005, pp. 39 ss. (43 ss.).

23 Sobre estas afirmações, cf. "Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU – Final Report", estudo encomendado pela Comissão, Ref. Ares(2014)75984 – 15/01/2014, disponível em http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/2153/attachments/1/translations/en/renditions/pdf (p. 5, e ainda que haja diferenças entre as médias empresas, por um lado, e as micro e pequenas empresas, por outro); S. Schoenmaekers, "The role of SMEs in promoting sustainable procurement", in Beate Sjafjell/Anna Wiesbrock (Eds.), Sustainable Public Procurement Under EU Law, Cambridge, 2016, pp. 160 ss. (174); C. Yukins/G. Piga, "Dialogue", (o comentário de Piga a pp. 220), e M. Fana/G. Piga, no mesmo volume, pp. 279 ss., passim. Contudo, para uma perspectiva diferente, C. Nicholas/M. Fruhmann, "Small and medium-sized enterprises policies in public procurement: time for a rethink?", Journal of Public Procurement, (3), 2014, pp. 328 ss. (342 ss.).

significativo obstáculo à sua participação na contratação pública.[24]

Estas razões pareceriam, assim, aconselhar decisivamente a presença das PME no mercado dos contratos públicos. Não obstante, a preferência pela divisão em lotes como meio de procurar esse maior acesso é objecto de algumas críticas, que serão abordadas em seguida.

3.2. As críticas à preferência pela adjudicação por lotes

Uma das observações feitas ao mecanismo da preferência pela divisão em lotes é a de que se pode tratar de um mecanismo que facilita o funcionamento de cartéis e outras formas de conluio entre os agente económicos[25]. Outros referem os encargos administrativos injustificados gerados pelo dever de dividir ou de explicar a não divisão[26], ou a criação de maiores custos de transacção, pois as empresas terão de fazer mais propostas para obter a mesma receita[27]. Outros ainda sublinham o que em seu entender é um problema de *incoerência* nas próprias opções do legislador europeu, ao promover e facilitar a centralização de compras e outros mecanismos de agregação das aquisições, ao mesmo tempo que expressa uma preferência pela divisão em lotes[28].

24 No mesmo sentido, o Relatório do UK Office of Fair Trading, Commissioning and competition in the public sector (2011), para.1.28 (disponível em www.academyforjusticecommissioning.org.uk/wp-content/uploads/2014/11/Commissioning-competition-in-the-public-sector-OFT-Mar-2011.pdf).

25 M. Fana/G. Piga, "SMEs and public contracts", p. 291, que consideram, por este motivo, que "Not only is this approach [division into lots] not useful for SMEs but it can also backfire for taxpayers"; A. Sánchez Graells and P. Telles, Commentary to the Public Contracts Regulations 2015 (2016), disponível em www.pcr2015.uk (comentário à "Regulation 46"); David Coelho, "A divisão de contratos em lotes na Directiva 2014/24/UE", Revista de Contratos Públicos, (13), 2016, pp. 83 ss. (102).

26 S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and in the UK, I, London, 2014, p. 470.

27 A. Sánchez Graells/P. Telles, Commentary to the Public Contracts Regulations 2015.

28 I. Herrera Anchustegui, "Division into lots and demand aggregation: extremes looking for the correct balance?", in G. Skovgaard Olykke/A. Sánchez Graells (Eds.), Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules, Cheltenham, UK/Northampton, 2016, pp. 125 ss., passim; A. Sánchez Graells/I. Herrera Anchustegui, "Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in directive 2014/24", in P. Valcárcel Fernández (Dir.), Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico, Cizur Menor, 2016, pp. 129 ss. (140-141); M. Fana/G. Piga, "SMEs and public contracts", p. 283.

As críticas apontadas merecem reflexão, mas não são, em nosso entender, suficientes para refutar a relevância e adequação do instituto à prossecução dos objectivos que ele visa e dos princípios gerais da contratação pública.

O risco de facilitação da cartelização não pode ser ignorado, em abstracto. Os membros de um cartel podem tentar distribuir os lotes entre si, desde logo porque nenhum sistema é à prova de comportamento anti-concorrencial. Porém, como também já foi sublinhado, os membros de um cartel não são os únicos agentes do mercado, e os dados empíricos parecem indicar que há menor probabilidade de empresas mais pequenas participarem em cartéis[29]. Assim sendo, os lotes podem ser meios de evitar a cartelização, e não de a promover[30]. Por outro lado, o *desenho* dos lotes pode, e deve, ser feito com consciência deste problema, o que poderá significar que o número de lotes, por exemplo, seja aumentado ou reduzido, de modo a assegurar a efectiva concorrência. Uma regra geralmente considerada acertada é a da existência de menos lotes do que os agentes económicos que poderiam ter interesse no objecto do contrato31, pois desse modo conseguir-se-á concorrência entre eles. No limite, e caso a entidade adjudicante veja um risco concreto de não conseguir lançar o procedimento em lotes sem se expor a cartéis, encontra uma boa razão para não dividir, o que aliás encontra correspondência na ideia, constante do considerando

29 M. Fana/G. Piga, "SMEs and public contracts", p. 285.

30 Também referindo que a divisão em lotes pode reduzir os riscos de colusão, M. Clarich, "The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts" (2013) Italian Journal of Public Law, 43 (55), disponível em http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2013_volume_2011/IJPL_volume2011_2013.pdf (note-se que o referido autor coloca outras reservas à preferência por lotes); e na mesma linha, M. M. Razquin Lizarraga, "Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", Revista de Administración Pública, (196), 2015, pp. 97 ss. (pp. 104 e 110).

31 M. Clarich, "The rules on public contracts in Italy", p. 55; A. Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, p. 350. Este último autor refere ainda um outro ponto: dado que os fornecedores que são, no momento do concurso, co-contratantes da entidade adjudicante (incumbent providers) gozam de uma vantagem competitiva, poderia reservar-se lotes para novos entrantes (p. 351). Temos, porém, as maiores dúvidas, à luz dos princípios da igualdade e da concorrência, de que se possa estabelecer, como requisito de acesso aos lotes, a condição de não ser um actual fornecedor da entidade adjudicante (assim como, obviamente, é inadmissível, nesse caso sem qualquer dúvida, a condição de ser actual fornecedor).

(78) da Directiva 2014/24, de que um dos fundamentos admissíveis para a não divisão em lotes é a consideração de que ela seria restritiva da concorrência (cf. também *infra*).

Por outro lado, em nosso entender, também não se justifica apontar à preferência do legislador pela divisão em lotes uma qualquer contradição interna do sistema. Que existam, no sistema de contratação pública, instrumentos justificados por lógicas aparentemente diferentes e dirigidos a objectivos diferentes não representa uma contradição, mas a manifestação de que o ordenamento jurídico é permeado por uma série de objectivos, cuja prossecução equilibrada deve ser procurada. A riqueza desses objectivos e princípios está permanentemente presente nas discussões jurídicas, e também no direito dos contratos públicos. Para dar apenas um exemplo, ninguém negará que a concorrência é promovida pela transparência, mas *demasiada transparência* pode ser *prejudicial* para a concorrência[32]. Esta conclusão não nos leva, obviamente, a abandonar a transparência como pilar da contratação pública, mas antes a aplicá-la com critério, de uma forma *ponderada*. O mesmo sucede com a escolha entre agregação ou divisão, que obviamente, em muitos casos, assentará num equilíbrio (que deverá ser razoável) entre diferentes fins[33].

Aqueles que referem que é contraditório avançar com a preferência pela divisão em lotes e, ao mesmo tempo, com a centralização de compras, parecem partir do pressuposto de que seria possível, e desejável, seleccionar apenas uma dessas prioridades. Contudo, as razões que justificam ambos os movimentos são válidas. A centralização de compras tende à profissionalização dos adquirentes e é justificada pela procura de vantagens económicas decorrentes de economias de escala; a divisão em lotes visa diversificar o universo de agentes económicos que contratam com as entidades adjudicantes. Os objectivos são diferentes, mas não têm porque ser contraditórios. Algumas experiências comparadas são

32 C. Estevan de Quesada, "Competition and transparency in public procurement markets", Public Procurement Law Review, 2014, pp. 229 ss.

33 J. Cibinic Jr./R. C. Nash Jr./C. R. Yukins, Formation of Government Contracts, p. 379; M. Crahés, "Précieux et délicat sourçage des marchés publics", Contrats Publics – Le Moniteur, (170), 2016, pp. 22 ss. (23).

particularmente úteis para reforçar tal convicção. Em França, onde desde 2006, como se disse, existe um princípio de divisão em lotes, crítica semelhante é feita, atendendo ao papel cada vez mais relevante da maior central de compras do Estado (UGAP)[34]. Contudo, como é notado, as centrais de compras também estão sujeitas ao princípio da divisão em lotes[35]. Este é um ponto importante, pois a centralização equivale a profissionalização, e profissionais experimentados, dedicados à actividade de contratação pública, mais facilmente conseguirão utilizar, de forma competente, ferramentas que promovem o acesso das PME, como a divisão em lotes, de uma forma eficaz e conforme à lei. O facto de as centrais de compras estarem também vinculadas às regras sobre divisão em lotes é essencial para a manutenção de um ambiente "amigo das PME" em sistemas onde exista centralização de compras[36].

Foi ainda equacionada uma outra crítica, agora já não feita em abstracto à preferência pela divisão em lotes, mas ao concreto modo da sua consagração na Directiva 2014/24. Já se referiu, com efeito, que ao mesmo tempo que o legislador europeu apresenta, no artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, uma preferência pela divisão em lotes, permite que as entidades adjudicantes, no n.º 3 do mesmo preceito, escolham operar a concentração dos lotes. E contrariamente ao que sucede com a decisão sobre a *não divisão*, o n.º 3 do artigo 46.º da Directiva não exige qualquer dever de fundamentar as razões que levaram a entidade adjudicante a tomar as opções aí referidas[37]. A questão merece ser considerada, em particular porque no CCP revisto, se estabelece a mesma relação entre o n.º 2 e o n.º 5 do artigo 46.º-A, que nesta matéria seguem de perto a formulação da Directiva.

A crítica deve, contudo, ser afastada, e a razão do seu afastamento permite avançar mais na compreensão do instituto e das suas razões de existir. É indubitável que, após ter sido afirmada, no n.º 1 da Directiva (e no n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP revisto) a preferência pela divisão,

34 F. Llorens and P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics, p. 297.

35 F. Llorens and P. Soler-Couteaux, Code des marchés publics, p. 297.

36 M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", p. 290.

37 Notando o ponto, Pedro Matias Pereira, "A promoção das PME na contratação pública. As novas diretivas", in Boletim de Ciências Económicas, 2015, pp. 241 ss. (266).

o n.º 3 do artigo 46.º da Directiva (e o n.º 5 do artigo 46.º-A do CCP revisto) permite a "reconcentração" do objecto do contrato. Porém, isto sucede exactamente pela mesma razão que permite a coexistência entre a centralização e agregação das compras e a divisão em lotes: o aspecto "divisão", que é dirigido a assegurar o acesso das PME, não pode pôr em causa o aspecto "interesse público", na sua feição de capacidade do contrato para satisfazer, de forma económica e eficiente as necessidades da entidade adjudicante. Na expressão feliz de Sánchez-Graells, a propósito da Directiva, com este regime visa-se um "equilíbrio racional entre o acesso das PME e a lógica de mercado e de gestão"[38]. Esse equilíbrio deve ser objecto e transparente no seu modo de funcionamento, donde a exigência do artigo 46.º, n.º 3, da Directiva, e do n.º 5 do artigo 46.º-A do CCP revisto, de serem previamente fixados e divulgados aos interessados os critérios que permitem o funcionamento desse equilíbrio. Não há aqui contradição, mas um quadro plural de valores e interesses em presença.

Estas últimas considerações permitem ainda, a nosso ver, retirar algumas conclusões sobre o objectivo da divisão em lotes e em concreto, sobre a ligação desse objectivo com a promoção do acesso das PME. De facto, o que o artigo 46.º, n.º 3, da Directiva 2014/24, e o artigo 46.º-A, n.º 5, do CCP, comprovam, é que o acesso das PME não é prosseguido *a todo o custo,* nem como um fim em si. Como é evidente, há muitas razões para apreciar o acesso das PME ao mercado dos contratos públicos, porque há muitas razões, em geral, para apreciar a sobrevivência das PME[39]. No entanto, a nosso ver, justificar a preferência pela divisão em lotes, e a correspondente promoção do acesso das PME, em razões deste tipo, é *curto*. A promoção do acesso das PME não é uma medida de segurança social: o objectivo de levar as PME a participar nos contratos públicos é o de ter *mais concorrentes*, já que mais concorrentes significa

38 A. Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, 2.ª ed., Oxford/Portland, Oregon, 2015, p. 350: "The directive therefore allows for a rational trade-off between SME access and market and business logic."

39 Referindo-se a um conjunto de razões justificativas da "SME friendliness", M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", pp. 285 ss.. Cf. igualmente S. Schoenmaekers, "The role of SMEs in promoting sustainable procurement", pp. 167-168, 170, concentrando-se no potencial das PME para contribuir para a sustentabilidade, incluindo referência ao ponto fundamental do carácter local destas empresas, que apresenta diversas vantagens do ponto de vista da sustentabilidade.

mais escolha, mais concorrência e, consequentemente, um aumento da probabilidade de melhores preços e mais qualidade[40]. A procura do acesso das PME não é indiferente aos benefícios em sede de "value for money". A frase de Steven Schooner – "We promote competition because we believe in the power of the marketplace"[41] – no que é hoje um texto clássico, deve permanecer verdadeira, mesmo quando se utiliza uma ferramenta como a divisão em lotes: há "razões relacionadas com a eficiência" (*efficiency-driven reasons*) a suportar o instituto[42]. E essas razões nem sequer são apenas ligadas ao ganho de curto prazo, na obtenção de mais propostas em certo procedimento: a divisão em lotes serve para evitar ou resolver problemas específicos de médio prazo, como problemas de concentração da oferta nos mercados públicos, ou para atingir outros fins que podem ser úteis, como a "fiabilidade do abastecimento", em casos em que a entidade adjudicante não pretenda ficar dependente de um único fornecedor[43].

A divisão em lotes apresenta ainda um outro traço, que a torna particularmente adequada ao ambiente do direito europeu, enquanto medida relevante, mas equilibrada, de promoção do acesso das PME: é que a divisão em lotes, como é bom de ver, não garante que uma

40 Como veremos adianta, o direito brasileiro transmite esta ideia: o objectivo da divisão em lotes é o aproveitamento adequado dos recursos presentes no mercado (um claro apelo à ideia de eficiência na alocação de recursos).

41 S. L. Schooner, "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", Public Procurement Law Review, 2002, pp. 103 ss..

42 G. L. Albano, "Demand aggregation and collusion prevention in public procurement", in G. Racca/C. Yukins (Eds.), Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts, Bruxelles, 2015, pp. 155 ss. (161).

43 Este último ponto relaciona-se de modo particular com a possibilidade de limitação do número de lotes que pode ser atribuído a um único fornecedor, prevista no artigo 46.º-A, n.º 4, do CCP revisto, e na disposição da Directiva que lhe corresponde (artigo 46.º, n.º 3, da Directiva 2014/24). Indicando algumas razões para a utilização deste mecanismo, M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", p. 294; G. L. Albano, "Demand aggregation and collusion prevention in public procurement", p. 161. O considerando (79) da Directiva 2014/24 refere-se explicitamente a este tipo de consideração, ao referir a "fiabilidade do abastecimento". A limitação do número de lotes que pode ser atribuído a um agente económico pode suscitar dificuldades quanto à questão de saber como se escolhem os lotes que devem ser atribuídos a um concorrente que teria vencido em mais do que um lote: veja-se, para um caso anterior às Directivas de 2014, o acórdão do Tribunal de Contas n.º 25/2012, 1ª S/SS (disponível em tcontas.pt). É pelo menos duvidoso que as conclusões a que aí se chegou se mantenham, à luz do regime agora criado.

PME obtém os diversos lotes, simplesmente torna esse resultado mais fácil. Neste sentido, a divisão em lotes tem muito menor impacto na concorrência do que a alternativa das reservas de contratos[44], tornando-a um mecanismo menos invasivo e perturbador do funcionamento do mercado. A divisão em lotes escapa, por isso, à principal crítica que pode ser apresentada às reservas de contratos – que artificialmente promovem a ineficiência das PME, por falta de estímulo destas, que à partida sabem que têm contratos reservados[45].

Tudo somado, parece que há razões, pelo menos em abstracto, para crer no potencial da divisão em lotes para produzir significativos efeitos pró-concorrência, quer nos procedimentos específicos, quer, em geral, no mercado dos contratos públicos.

4. Em especial, o dever de ponderar a divisão e a fundamentação exigida

4.1. Escopo dos deveres de ponderar e fundamentar

A entidade adjudicante que pretenda iniciar um procedimento pré-contratual para a adjudicação de um contrato com o objecto e valor referidos no n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP encontra-se constituída num dever de *ponderar a divisão em lotes*. Estamos, assim, perante um dever de, em primeiro lugar, considerar a *possibilidade* de dividir, e em segundo lugar, se for possível, a adequação de o fazer[46].

Quer o artigo 46.º da Directiva 2014/24, quer o artigo 46.º-A do CCP revisto não o referem explicitamente, ao apenas se referirem ao dever de fundamentação. Contudo, embora a lei não se lhe refira, o dever de ponderar a divisão precede logicamente o dever de fundamentar a não divisão. Os considerandos da Directiva suportam esta ideia

44 Nesta linha, A. Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, p. 349.

45 Cf., no entanto, considerando que a divisão em lotes também pode ter este efeito negativo de um contra-incentivo ao desenvolvimento das empresas, M. Clarich, "The rules on public contracts", p. 55.

46 Em sentido semelhante, A. Sánchez Graells/P. Telles, Commentary to the Public Contracts Regulations 2015.

(considerando 78, segundo parágrafo). Isto significa que, pelo menos, dois cenários devem ser equacionados: o da adjudicação unitária ou homogénea, e, pelo menos, o cenário de existirem dois lotes.

O dever de fundamentação surge, assim, como forma de exteriorização do resultado desta ponderação, ou seja, como forma de exteriorização do processo deliberativo da entidade adjudicante. Porém, um aspecto fundamental é o de que este dever apenas surge se o resultado daquele processo deliberativo for no sentido negativo quanto à divisão.

Significa isto que, pelo menos à luz da letra da lei, não é necessário fundamentar *porque se dividiu*, ou *os critérios da divisão*. É possível perguntar se este aspecto do regime legal não acaba por votar a divisão em lotes a um papel menos relevante do que lhe podia corresponder, e sobretudo a uma certa ineficácia face aos seus objectivos. Com efeito, literalmente, parece que desde que a entidade adjudicante divida em lotes, fica totalmente dispensada de enunciar o seu processo deliberativo. Em alguns casos, contudo, valeria a pena conhecer as razões pelas quais *se dividiu da forma que se dividiu*. O simples facto da divisão é relevante, mas o potencial para a divisão em lotes efectivamente funcionar a favor da concorrência depende do adequado desenho dos lotes, seguindo métodos adequados[47]. Se o propósito do mecanismo é abrir os mercados e evitar a concentração, será difícil atingi-lo se as entidades adjudicantes não forem levadas a deixar exarada a fundamentação sobre os critérios que presidiram à divisão, quando ela aconteceu. A análise de ordenamentos nos quais já está consagrado há mais tempo o princípio da divisão dos contratos em lotes revela, aliás, que estes critérios são postos em causa, e a entidade adjudicante é levada a ter de os explicar, o que já levou a doutrina a *aconselhar* que exista sempre essa fundamentação, quanto mais não seja como prevenção para essa eventual necessidade[48]. Resta saber se a imposição genérica do dever de

47 S. Campuzano Fernández/J. Espinosa García, "Contratación pública centralizada, competencia en el mercado y diseño de las licitaciones: experiencias recientes en España", in P. Valcárcel Fernández (Dir.), Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico, Cizur Menor, 2016, pp. 165 ss. (190).

48 Em França, que tem, desde 2004, uma regra nesta matéria, a doutrina aconselha as entidades adjudicantes a deixar evidência nos documentos do concurso sobre os critérios de divisão,

fundamentar a decisão de contratar, agora prevista no artigo 36.º, n.º 1, do CCP revisto, não terá consequências a este propósito.

A lei portuguesa, tal como faz o artigo 46.º da Directiva, não apresenta, de forma explícita, as razões que justificam a divisão.

O conteúdo do ónus da argumentação, isto é, a demonstração que deve ser feita para se considerar cumprido o dever da entidade adjudicante, só se alcança, pois, pela consideração do quadro de finalidades do instituto, para o que assume especial relevância toda a discussão, acima feita, acerca da origem e razão de ser da preferência pela divisão em lotes, onde se concluiu que a principal razão se prende com o acesso das PME, algo que é também resultante do considerando (78) da Directiva 2014/24. O quadro de princípios aplicáveis na matéria também é relevante, em particular, o princípio da concorrência (cf. agora o artigo 1.º-A, n.º 1, do CCP revisto), que aponta para que as entidades adjudicantes procurem construir os seus procedimentos de modo a obter o maior número de propostas.

Por fim, é certamente relevante o direito comparado, de onde resulta, em alguns casos, uma orientação do legislador sobre as razões que apoiam a divisão: assim, o artigo 51, n.º 1, do novo *Codice dei Contratti Pubblici* italiano, por exemplo, afirma que a divisão em lotes serve o propósito de favorecer o acesso das micro, pequenas e médias empresas", acrescentando que as características dos lotes devem ser adequadas para assegurar o efectivo acesso por parte dessas empresas, e dispõe no sentido de as entidades adjudicantes não formarem contratos com objectos "artificialmente" agrupados. Fora do espaço europeu, é de destacar o artigo 23.º, n.º 1, da Lei brasileira de contratação pública (Lei n.º 8666/93)[49], segundo o qual os contratos serão divididos "em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade,

prevenindo a necessidade de demonstrações posteriores – cf. E. Derouesné, "Réussir l'allotissement", Contrats Publics – Le Moniteur (170), 2016, pp. 49 ss. (53).

49 Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm).

sem perda da economia de escala". Mesmo nos casos em que o legislador não apresenta o propósito do princípio da divisão, a doutrina explica-o de acordo com as duas ideias fundamentais de reforço da concorrência e promoção do acesso das PME[50].

4.2. As razões para não dividir e a sua sindicabilidade

Do que se disse resulta que o fim, o propósito, o objectivo, das regras estabelecendo uma preferência pela divisão em lotes, é aumentar a concorrência, obtendo mais propostas e atingindo maior dispersão dos contratos pelos agentes económicos. A síntese da lei brasileira é interessante: trata-se, realmente, do melhor aproveitamento, isto é, do aproveitamento *completo,* dos recursos disponíveis no mercado, procurando não excluir desse aproveitamento os agentes económicos que, pela dimensão dos contratos, poderiam ficar de fora: neste sentido, o fim engloba a promoção do acesso das PME.

Estas são, pois, as razões, os interesses, *a favor* da divisão em lotes. Tal clareza é fundamental, pois em ordem a cumprir o ónus de fundamentação, o que a entidade adjudicante deve procurar são *contra-razões*: ou invocando que há outros interesses que devem prevalecer sobre aqueles, ou demonstrando que a não divisão é a melhor solução para a concorrência. Serão essas contra-razões que formarão o conteúdo essencial da fundamentação. Em termos mais claros, as entidades adjudicantes terão de convocar razões que tenham a virtualidade de *superar o peso* das razões que depõem no sentido da divisão[51].

Para cumprir o dever que sobre si impende, a entidade adjudicante está então obrigada a apresentar razões, mas – e este é um ponto essencial – essas razões terão de ser *relevantes.* Isto significa, a nosso ver, que as razões terão de ser, por um lado, *aceitáveis*, e por outro lado, *suficientes* para afastar as razões de partida, que justificam a preferência pela divisão. Se as razões indicadas não tiverem essas qualidades, o ónus de argumentação não é satisfeito, e a decisão contraria a lei.

50 H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, p. 254.

51 Este ponto é sublinhado de forma rigorosa por W. Frenz, "§97 GWB", in Klaus Willenbruch/ Kristina Wieddekind (Orgs.), Vergaberecht - Kompaktkommentar, 3.ª ed., Köln, 2014, rn. 34.

É verdade que, quanto a este ponto, a Directiva 2014/24 acaba por introduzir um elemento perturbador. No seu considerando (78), diz-se que a entidade adjudicante pode decidir não dividir com base em "qualquer motivo que considere pertinente". A formulação desse considerando é tão surpreendente que merece ser transcrita: diz-se que a entidade adjudicante deve "(…) poder decidir livremente e de forma autónoma, com base em qualquer motivo que considere pertinente, e sem estar sujeita a controlo administrativo ou judicial". O considerando em questão impressiona alguns autores relevantes: Albert Sánchez Graells chega a escrever que "o dever de 'dividir ou explicar' ('*divide-or-explain*') é concebido como uma exigência não imperativa (*soft requirement* é a expressão que o Autor utiliza), não susceptível de controlo (*not amenable to review*)", invocando como razão de ser dessa posição, precisamente, o considerando (78) da Directiva Sectores Clássicos[52].

Em nossa opinião, o referido considerando, além de, naturalmente, não ter, por si, valor preceptivo, é, na sua literalidade, simplesmente inaceitável, e isso a dois títulos. Por um lado, claramente não pode dizer-se que seja admissível, como razão para não dividir, "qualquer motivo" que a entidade adjudicante "considere pertinente". Imagine-se, por absurdo, que a entidade adjudicante fundamenta a não divisão de um determinado contrato com o intuito de criar ou manter um monopólio de uma empresa. Ou para outro exemplo, este já adquirido no direito alemão: o facto de as empresas poderem formar agrupamentos de concorrentes para se apresentar a procedimentos para contratos de grande dimensão é também insuficiente como razão para não dividir[53]. Como é óbvio, a formação de agrupamentos de candidatos ou concorrentes é uma faculdade, e não um ónus ou dever, sendo completamente contraditório com as finalidades da preferência pela divisão em lotes utilizar esse tipo de justificação para não dividir. As razões para não dividir são, notoriamente, susceptíveis de controlo à luz dos princípios gerais da contratação pública e em especial, do

52 A. Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, p. 348. Porém, o Autor parece chegar a uma conclusão final ligeiramente diferente, a pp. 352, conferindo ao referido dever maior injuntividade, embora mesmo aqui, não reveja a sua afirmação sobre o controlo judicial.

53 M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", 293.

princípio da concorrência[54].

A segunda razão pela qual o referido considerando da Directiva não pode ser levado a sério prende-se com a concepção, que parece perfilhar, de ausência de controlo das decisões nesta matéria. O referido considerando, como se vê, pronuncia-se quer sobre o controlo administrativo, quer sobre o controlo jurisdicional. Quanto ao primeiro, deve ser sublinhado que caso as instituições europeias pretendessem condicionar as formas de organização interna da administração pública dos Estados Membros, estar-se-ia perante uma violação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade previstos no artigo 5.º, n.ºs 3 e 4, do Tratado da União Europeia. Os Estados Membros têm total competência no que se refere ao modo de garantir a implementação do direito da União nos seus territórios, por exemplo através da criação de diferentes níveis hierárquicos e decisórios, ou da criação de órgãos administrativos de controlo interno ou externo, aos quais os Estados podem certamente conferir poderes para controlar aspectos do circuito de contratação pública – como a decisão de dividir ou não em lotes.

Quanto ao controlo jurisdicional, há que referir, além do argumento da subsidiariedade, que a própria veleidade de criação de uma zona imune ao controlo jurisdicional nem sequer se conforma com os dados do direito europeu. Como sublinhou logo a doutrina, o referido considerando (78), incluído no texto da Directiva 2014/24 por intervenção do Conselho, contraria o direito à tutela jurisdicional efectiva decorrente de várias fontes de direito europeu (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia)[55]; o mesmo se diga do confronto com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (que é plenamente aplicável nos procedimentos de contratação pública e nos litígios deles emergentes[56]); a mesma apreciação, naturalmente, se deve fazer à luz da Constituição portuguesa, perante os respectivos artigos 20.º e 268.º, n.º 4.

54 A. Sánchez Graells/P. Telles, Commentary to the Public Contracts Regulations 2015.

55 Roberto Caranta, "The Changes to the Public Contracts Directives and the Story They Tell About How EU Law Works", Common Market Law Review, 2015, pp. 391 ss. (428).

56 Assim, N. Marty, "Contrats publics et droit européen des droits de l'homme", in G. Clamour/M. Ubaud-Bergeron (Eds.), Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Vol. I, Montpellier, 2006, pp. 321 ss. (329 ss.).

O considerando (78) parece constituir sobretudo uma tentativa do legislador europeu de ultrapassar as tradições dos Estados Membros que já têm, actualmente, uma preferência pela divisão em lotes.

De facto, considerando quer a experiência alemã, quer a experiência francesa, o que se encontra é, pelo contrário, a clara afirmação da existência de um controlo jurisdicional normal sobre as decisões em matéria de divisão em lotes. Pronunciando-se sobre o artigo 97, § 3.º, da *GWB*, que na altura continha a disposição relevante sobre o tema, Martin Burgi referia que "a entidade adjudicante não tem discricionariedade quanto à decisão de dividir em lotes, que pode ser revista integralmente pelo tribunal. Isto é assegurado e facilitado por extensos deveres de documentação por parte da entidade adjudicante", e que "(…) as entidades adjudicantes devem sempre aferir se uma adjudicação por lotes é possível. Se as condições se verificarem, isto é, se a referida aferição se precipitar em favor das PME, a entidade adjudicante é obrigada a utilizar esta ferramenta. A entidade adjudicante apenas tem discricionariedade quanto à configuração do lote, em termos qualitativos e quantitativos"[57]. Como a doutrina reconhece, existe margem de livre decisão na aplicação da norma, mas tal não significa que exista qualquer zona "livre de controlo jurisdicional", ao invés, os tribunais exercem controlo efectivo sobre tais decisões[58].

Também no caso francês, não só é claro que a divisão em lotes é a preferência expressa pelo legislador (desde 2006, como se disse), como também é claro que os tribunais controlam aspectos como erros claros das entidades adjudicantes na decisão sobre a correcção da decisão de agregar ou dividir, e na determinação do conteúdo e dimensão dos lotes[59]. Fora do espaço europeu, a experiência norte-americana apresenta igualmente um claro controlo jurisdicional das decisões nesta matéria[60].

57 M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises...", 293.

58 M. Dreher, "§97 – Allggemeine Grundsätze", in U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5.ª ed., München, 2014, rn. 127, 136; L. Horn, "Losweise Vergabe – neue Spielregeln auch für die Gesamtvergabe?", Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2011, pp. 601 ss.

59 E. Derouesné, "Réussir l'allotissement", pp. 50, 52.

60 J. Cibinic Jr./R. C. Nash Jr./C. R. Yukins, Formation of Government Contracts, pp. 382-

Em nosso entender, o considerando (78) expressa uma preocupação legítima de uma forma totalmente ilegítima. Compreende-se o desiderato: evitar uma excessiva litigância dos agentes económicos, em que estes defendessem uma espécie de "direito à divisão em lotes que os beneficie". Um tal "direito", manifestamente, não existe[61], mas a forma de defender as entidades adjudicantes de tais eventuais pretensões ilegítimas das empresas não passa por "exclusões gerais de controlo" (*blanket exclusions*) como a que se pretenderia criar aqui[62]. Apenas as rotinas e os mecanismos estabelecidos de controlo judicial, correctamente compreendidos e aplicados, com o devido respeito pela autonomia decisória das entidades administrativas, mas sem esquecer o papel fundamental dos tribunais na defesa dos direitos das pessoas e da legalidade, podem oferecer uma solução.

O facto de estarmos, na divisão em lotes, perante aspectos que envolvem ponderações técnicas e económicas, em alguns casos de nível estratégico, não é obstáculo a tal controlo[63]. Os tribunais julgam apenas do cumprimento, pela administração, da legalidade a que se encontra sujeita, e não controlam o mérito da sua actuação (cf. artigo 3.º, n.º 1, do CPTA). E não há como duvidar que as expressões utilizadas pelo legislador no artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, fixam um quadro de margem de livre decisão alargada, utilizando conceitos abertos e que remetem várias vezes para o domínio do mérito.

384. No caso desse ordenamento, pelas suas características, o controlo é feito sobre a decisão de agregação – contract bundling – de objectos contratuais que poderiam ser adjudicados separadamente, num instituto que no fundo consome aquilo a que, nas categorias que nos são mais familiares, se chamaria a divisão em lotes, mas também o controlo sobre a celebração de contratos mistos (já que, em termos práticos, no direito norte-americano tudo se passa como se vigorasse uma regra equivalente à do artigo 32.º, n.º 1, do CCP).

61 W. Frenz, "§97 GWB", in K. Willenbruch and K. Wieddekind, Vergaberecht, rn. 33, a propósito to direito alemão.

62 Cf., do mesmo modo, a propósito de um caso diferente, mas em que também está em causa a necessidade de ponderar valores e interesses de sentido diverso, Miguel Assis Raimundo, "Ainda o acesso à informação detida por empresas públicas", Cadernos de Justiça Administrativa, 98, 2013, pp. 37 ss. (53).

63 Cf., a propósito, Miguel Assis Raimundo, "Os princípios no novo CPA e em particular, o princípio da boa administração", in Carla Amado Gomes/Ana Fernanda Neves/Tiago Serrão (Coords.), Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo, Vol. I, Lisboa, 2016, pp. 253 ss. (285 ss.).

Isto não significa, porém, uma incapacidade dos tribunais de analisar o exercício da autonomia, e aí diremos que certamente caberá às próprias entidades adjudicantes fazer um trabalho de competente defesa da sua autonomia decisória. Se a entidade adjudicante realizar processos decisórios que revelem análises consistentes, amplas e baseadas, tanto quanto possível, em evidências, os tribunais ficarão quase sempre colocados numa posição de impossibilidade efectiva de pôr em causa essas análises. Já se a análise não aconteceu, ou foi descuidada, ou expressa uma decisão claramente contrária à concorrência, ninguém poderá negar, num sistema jurídico como o nosso, que os tribunais levem o controlo de legalidade até ao fim, e retirem desses vícios as consequências normais que retiram em qualquer caso de ilegalidade do acto administrativo, incluindo, obviamente, a sua invalidade (que poderá viciar todos os actos procedimentais e o próprio contrato).

4.3. Razões para não dividir: tentativa de categorização

Das considerações anteriores resultou que, em nosso entender, o ónus de argumentação a superar é o de apresentar razões adequadas e suficientes, que possam ser consideradas como superando as razões de partida que depõem no sentido da divisão; sendo tais razões controláveis, entre outros, pelos tribunais, que devem respeitar a margem de livre decisão da administração.

Cabe agora ensaiar uma classificação e densificação das razões que poderão ser invocadas na fundamentação e que expressam, no fundo, *elementos a ponderar* no processo de decisão sobre a divisão (ou não divisão) em lotes. Para isto, tomaremos por base as formulações legais (o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, apresenta um conjunto *exemplificativo* de razões que podem ser invocadas na fundamentação), bem como a elaboração doutrinal e jurisprudencial de ordenamentos onde a preferência pela divisão em lotes se encontra instalada.

Assim, em nosso entender, as razões aceitáveis podem ser divididas, com vantagem, em duas categorias: (i) razões relacionadas com as necessidades e interesses da entidade adjudicante, tendo em conta o que o contrato representa para si; e (ii) razões relacionadas com o estado do

mercado para o qual o procedimento pré-contratual é dirigido.

A primeira categoria engloba todas as razões de ordem técnica e económica que podem levar à conclusão de que será melhor ter um único co-contratante em ordem à satisfação da necessidade da entidade adjudicante.

Assim, por exemplo, pode a entidade adjudicante demonstrar que não seria possível (as prestações contratuais podem nem sequer permitir a divisão[64]), ou seria excessivamente oneroso, obter uma solução eficiente em termos de gestão do contrato, se existisse mais do que um co-contratante para aquele projecto global (situação que pode reconduzir-se à ideia expressa na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º-A do CCP revisto). Poderá ser o caso, por exemplo, se a entidade adjudicante comprovar que seria impossível ou excessivamente difícil alocar responsabilidades individuais por incumprimento contratual – em casos de obras e serviços complexos, por vezes será assim, se as várias componentes estiverem em relação de grande dependência[65]; ou se a execução do contrato requerer um investimento significativo da parte do co-contratante, e for irracional ou impossível solicitar tal investimento a mais de um agente económico, ou se existir uma *razoável* exigência de uniformidade de equipamento em diferentes locais[66], embora, neste último caso, se acrescente, por força do princípio da concorrência, a condição de que tais circunstâncias não pudessem ser adequadamente resolvidas por meio de especificações técnicas adequadas nas peças do procedimento de um eventual procedimento em lotes. Estes últimos tipos de casos encontram algum apoio na alínea a) do n.º 2 do artigo 46.º-A do CCP revisto. A lei nacional apresenta ainda (na alínea b) do artigo 46.º-A, n.º 2) como exemplo de razão que pode justificar a não divisão, a *urgência*, o que se compreende, em atenção à maior dilação temporal que pode estar associada à repartição de um projecto unitário em diversas parcelas, cada uma com o seu co-contratante.

Um exemplo de razões económicas para não dividir, presente na generalidade dos sistemas que recorrem à preferência por lotes, é a

64 Hélène Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Paris, 2016, p. 254.
65 W. Frenz, "§97 GWB", in K. Willenbruch/K. Wieddekind, Vergaberecht, rn. 32.
66 E. Derouesné, "Réussir l'allotissement", p. 51.

perda de economias de escala[67]. No direito francês, uma justificação admitida pelos tribunais é a de que os lotes cuja divisão estaria em causa seriam tão pequenos que não interessariam aos operadores económicos, levando, por isso, à subida dos preços[68], justificação que se encontra, igualmente, na doutrina alemã[69], e que encontra, porventura, algum eco no próprio direito europeu, embora de modo não explícito. Com efeito, o artigo 46.º, n.º4, da Directiva 2014/24, contém uma ressalva final que apela à conformidade da divisão em lotes com o direito da União (em casos de divisão obrigatória), referência que tem sido interpretada pela doutrina como proibindo divisão em lotes tão pequenos que acabem por prejudicar a concorrência transfronteiriça[70].

Uma afirmação comum é a de que as razões de *mera conveniência* não são suficientes como justificação[71], uma asserção que, a nosso ver, é uma mera reafirmação de que existe um controlo de *proporcionalidade* das razões, isto é, que estas devem ser *suficientes* para superar as razões de partida que justificam a divisão.

A segunda categoria acima referida inclui todas as razões relevantes para a decisão de dividir que se prendem com os dados do mercado para o qual o contrato é dirigido. Pode perfeitamente suceder que, de um ponto de vista técnico, por exemplo, a melhor solução fosse a divisão, mas o estado do mercado desaconselhe essa mesma solução. Como se disse acima, uma das razões poderá ser a existência de fortes indícios de práticas anti-concorrenciais entre empresas, como os casos de cartel.

Em síntese: a entidade adjudicante deve considerar diferentes alternativas ou cenários, de divisão ou contratação unitária, ponderando o impacto relativo desses cenários, quer na satisfação das suas próprias

67 Conforme se referiu acima, no Brasil a lei explicitamente dispõe que a perda de economias de escala constitui um obstáculo legal à divisão – cf. L. Rocha Furtado, Curso de Direito Administrativo, 4.ª ed., Belo Horizonte, 2013, p. 378.

68 E. Derouesné, "Réussir l'allotissement", p. 50.

69 W. Frenz, "§97 GWB", in K. Willenbruch/K. Wieddekind, Vergaberecht, rn. 32.

70 S. Arrowsmith, The Law, I, p. 471. Cf. igualmente M. Assis Raimundo, "Primeira análise das novas directivas (Parte I)", Revista de Contratos Públicos, (9), 2013 (mas 2015), pp. 5 ss. (28-29).

71 W. Frenz, "§97 GWB", in K. Willenbruch/K. Wieddekind, Vergaberecht, rn. 32. Também levantando a questão, D. Coelho, "A divisão de contratos em lotes na Directiva 2014/24/UE", p. 104.

necessidades e no modo como aquele contrato irá desenvolver-se, quer o impacto no mercado para que se dirige. A decisão sobre se o contrato será ou não apresentado ao mercado sob a forma de lotes resultará do juízo de ponderação desses diferentes interesses em presença (desde que sejam, como se disse, interesses *relevantes*).

4.4. Divisão em lotes e conhecimento do mercado

Deve notar-se, contudo, algo que constitui um desafio na aplicação destas regras, e que afecta sobretudo a segunda categoria acima apontada de *razões de não divisão*, relacionadas com o funcionamento do mercado.

As regras da divisão em lotes partem do princípio, correcto, de que a entidade adjudicante não pode ser indiferente ao impacto que o contrato que se prepara para celebrar pode ter no mercado. Isto exige, no entanto, um certo poder de antecipar qual seria a resposta do mercado[72], o que muitas vezes não acontecerá. Mesmo que o escopo seja nacional, é um exercício difícil, mas se tiver de ser considerado o mercado europeu, percebe-se a dificuldade do exercício. Existe o que já foi designado como uma "dificuldade empírica"[73], que é produto das assimetrias de informação. Esta circunstância de certo modo valoriza a utilização de mecanismos de recolha de informação como as *consultas preliminares ao mercado*[74] (cf. artigo 35.º-A do CCP revisto), para preencher estas lacunas de informação. No entanto, ainda assim a informação poderá ser insuficiente[75].

72 Explicitamente referindo que é preciso "antecipar como o nível de agregação afecta o mercado relevante" (sublinhado nosso), G. L. Albano, "Demand aggregation and collusion prevention", pp., 159-160.

73 A. Sánchez Graells/P. Telles, Commentary to the Public Contracts Regulations 2015.

74 Cf., sobre a articulação entre definição adequada do que chama o "perímetro do procedimento", acesso das PME e consulta preliminar ao mercado, M. Crahés, "Précieux et délicat sourçage des marchés publics", pp. 23-24.

75 Outro exemplo que pode ilustrar a dificuldade emergente do nível de conhecimento ou desconhecimento do mercado prende-se com o tradicional fundamento da perda de economias de escala, acima referido como um dos fundamentos para não dividir o contrato em lotes. Como se viu, a lei brasileira (artigo 23.º, n.º 1, da Lei n.º 8666/93) refere que não deve haver divisão se houver perda de economias de escala. Como os autores brasileiros notam, o conceito de economias de escala diria respeito, à partida, à produção. Ora, perante a dificuldade de a

Por estes motivos, em nosso entender, um tema a acompanhar na aplicação de soluções como a do artigo 46.º-A do CCP revisto será o *grau de exigência* que será feito às entidades adjudicantes, nesta matéria do conhecimento do mercado para o qual dirigem o seu contrato: espera-se que seja um grau adequado ao que lhes pode ser exigido.

Esta última afirmação, aliás, pode ser articulada com algo que acima se disse: entidades adjudicantes *profissionais e dedicadas à contratação pública*, de que os melhores exemplos são as *centrais de compras,* terão muito mais capacidade do que as entidades adjudicantes "médias", para conhecer os mercados aos quais dirigem as suas compras. Deste modo, contrariamente ao que era a substância da crítica à centralização das compras e à incoerência da sua coexistência com a divisão em lotes, *pode bem suceder que as centrais de compras estejam numa posição privilegiada para promover o acesso das PME aos contratos públicos*, já que aquelas centrais têm um conhecimento muito mais completo, e sistémico, do funcionamento do mercado; muito mais lhes pode, por isso, ser exigido, em termos de efectiva promoção do acesso das PME.

4.5. A questão da existência de um *dever de dividir*

Deixou-se propositadamente para o final uma questão que pode ser colocada a propósito do regime do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto, assim como a propósito do artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, a que corresponde. Trata-se da questão de saber se estas disposições consagram um *dever* de dividir os contratos em lotes.

As indicações do direito europeu revelam que esta parece ter sido uma matéria na qual o legislador europeu oscilou. Como se viu, o artigo 44.º, n.º 1, da proposta inicial de Directiva Sectores Clássicos era mais peremptório do que o texto final do artigo 46.º, n.º 1 da Directiva.

administração (que não é produtora…) saber se há não economias de escala com este ou aquele grau de divisão, os autores admitem que aquela norma seja interpretada também no sentido de serem relevantes aquelas a que chamam "economias de escala internas", ou seja, relacionadas com a organização da própria entidade adjudicante; cf. S. Bittencourt, Licitação Passo a Passo, 7.ª ed., Belo Horizonte, 2014, pp. 213-214. Este desenvolvimento doutrinal é uma prova da dificuldade em lidar com a exigência de conhecimento que está mais do lado da oferta, ou seja, do lado dos agentes económicos, do que do lado da entidade adjudicante.

Além disso, da leitura conjugada dos n.ºs 1 e 4 do artigo 46.º parece poder retirar-se a ideia de que o legislador europeu só considerou que existiria um verdadeiro *dever de dividir* se, como se diz no n.º 4, o Estado Membro previsse que seria obrigatória a divisão "em condições a especificar", ou seja, um dever de dividir seria apenas um dever *específico* de dividir. Nesta leitura, a Directiva, no seu artigo 46.º, n.º 1, apenas estabeleceria uma "expectativa", de reduzida imperatividade[76].

Contudo, parece-nos existir aqui uma discrepância entre o que o legislador europeu histórico (ou *uma parte das pessoas* que o compunham) quis fazer, e o que efectivamente resulta da Directiva, e passou para o artigo 46.º-A do CCP revisto, em termos substancialmente idênticos. Com efeito, é inegável que o padrão de interpretação da norma jurídica tem de ser objectivo, e não subjectivo.

Considerando, pois, o que consta do artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, e do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, vemos que não há, literalmente, um dever de dividir, no sentido de uma obrigatoriedade de dividir. Porém, em termos normativos, esse é o resultado prático do instituto consagrado.

De facto, em termos normativos, o que resulta de uma disposição como o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, é que *na ausência de certo pressuposto,* o contrato tem de ser dividido em lotes. Esse pressuposto é, como também se viu, a existência de razões aceitáveis, e suficientes, para afastar as razões que apontam para a divisão. Se não existir fundamentação, ou se existir, mas for improcedente, o resultado residual é: *o contrato deve ser dividido.*

É certo que o quadro que permite à entidade adjudicante afastar-se desse "dever" de dividir é extremamente amplo e indeterminado, como se viu. As razões são exemplificativas. Contudo, partir desse dado, para dizer que não existe dever, é, a nosso ver, erróneo. Um dever pode ser estabelecido apenas *prima facie,* consubstanciando nesse caso uma indicação de partida do legislador, que orienta o aplicador para aquele

76 Assim, A. Sáncahez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, p. 348. Porém, o autor parece chegar a conclusão diferente, a pp. 352, como já se disse.

resultado, a não ser que existam razões em contrário, que o próprio legislador até pode não indicar de modo taxativo (e não indica). Esse quadro de grande abertura, repete-se, não significa que a orientação não esteja lá. Reitera-se: em caso de inexistência de fundamentação, ou de razões suficientes, o resultado residualmente imposto pelo legislador parece-nos ser a divisão[77].

A contraprova desta conclusão está, em nosso entender, no próprio modo como, nos ordenamentos que dispõem de uma norma de preferência pela divisão, essa norma é compreendida. Com efeito, na generalidade dos países com normas de preferência pela divisão, é considerado que existe, como princípio, o dever de dividir, *mesmo que a norma permita, com enorme amplitude, excluir esse dever, mediante fundamentação*. Por exemplo, em Itália[78], França[79] e Alemanha[80], com diferentes formulações, as normas estabelecem que se deve dividir, criam um dever *prima facie* de o fazer[81]. Mas o mais relevante está nas *excepções* a essas normas: em todos aqueles casos, tais excepções estão formuladas de um modo extremamente amplo, retirando-se até das normas que os casos de excepção nem são taxativos.

Isto é, no essencial, a mesma coisa que o artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP, faz, e até, ainda que em medida diferente, o que o artigo 46.º, n.º 1, da Directiva, também faz (sendo que o preceito da directiva é ainda mais rarefeito, por não indicar minimamente o que poderão ser os fundamentos da não divisão, coisa que está presente na norma nacional). E por isso,

77 Aliás, esse resultado (a imposição de dividir) também poderá ser decorrente de uma situação de redução da discricionariedade a zero: assim será em todos os casos em que, à luz do princípio da concorrência, um contrato só possa mesmo ser levado ao mercado sob forma de divisão em lotes. Aí, falar-se-á, com ainda maior propriedade, numa situação de divisão obrigatória.

78 Artigo 51 do Codice dei contratti pubblici, aprovado pelo Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-04-19&atto.codiceRedazionale=16G00062).

79 Artigo 32 da Ordonnance 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376)

80 Artigo 97 § 4.º da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Lei contra as restrições à concorrência, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html).

81 Outros, como o Reino Unido, não o fizeram, invocando razões de flexibilidade: P. Henty, "Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: the Public Contracts Regulations 2015", Public Procurement Law Review, 2015, pp. NA74, n.º de texto 9.

não parece haver razões que levem a um entendimento diferente, nestes casos, daquele que é seguido, genericamente, nos ordenamentos onde tais soluções análogas existem.

Há, assim, em nosso entender, um dever. Um dever *prima facie*; um dever susceptível de afastamento em numerosos casos, que nem sequer estão todos elencados na lei; mas, não obstante, um dever[82-83].

5. Conclusão

A expressão, pelo legislador, de uma preferência pela adjudicação por lotes, que resulta do artigo 46.º-A, n.º 2, do CCP revisto e do seu equivalente artigo 46.º, n.º 1, na Directiva 2014/24, levanta diversas questões, sobre a sua justificação e pertinência, e sobre a sua operacionalização, em particular na relação com a concorrência e a igualdade de tratamento entre os agentes económicos. O instituto representa inevitavelmente o adicionar de uma camada adicional de complexidade ao sistema[84].

Estas questões, em nosso entender, devem ser enfrentadas através de um uso profissional e competente do instrumento em causa, em que as entidades adjudicantes reconhecem o impacto que as suas decisões de aquisição têm sobre o mercado, e procuram adaptar essas decisões de forma a maximizar o acesso das PME – não, como se viu, como um fim em si mesmo, mas porque esse acesso é sinónimo de mais concorrência, mais propostas nos procedimentos pré-contratuais e, desse modo, maiores probabilidades de um melhor resultado para o interesse público visado pelo contrato.

82 Assim, a propósito do direito alemão, M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", p. 293.

83 Isto não é provavelmente diferente da conclusão a que chega o próprio A. Sánchez Graells, Public Procurement and the EU Competition Rules, p. 352, que transcrevemos no original: "it is submitted that despite the discretionary terms of article 46 of Directive 2014/24 and on the basis of the final goal of maximizing competition, contracting authorities should resort to division of contracts into lots whenever it is not unfeasible technically or economically (…)" (sublinhados nossos).

84 E. Derouesné, "Réussir l'allotissement", p. 50.

A adjudicação por lotes pode, em particular, ser um bom contrapeso de outras figuras que podem, se não forem devidamente usadas, ter efeitos perniciosos para a concorrência: a centralização das compras está entre esses movimentos. As centrais de compras, em particular, estão sujeitas ao dever de ponderar a divisão em lotes, e dispõem das ferramentas adequadas para o poderem fazer de forma mais adequada, e "amiga da concorrência", do que a maioria das entidades adjudicantes, que dispõem de menos informação sobre o estado geral do mercado a que se dirigem.

Poderemos concluir afirmando que o desafio criado pela adjudicação por lotes é o de manter o equilíbrio adequado entre volume de aquisições e economias de escala, atraindo mais agentes económicos e garantindo, do mesmo passo, que os contratos continuam a satisfazer as necessidades das entidades adjudicantes[85]. É uma questão de proporcionalidade, equilíbrio e eficiência, sendo que, em nosso entender, as potenciais vantagens do instituto, se bem utilizado, excedem as possíveis desvantagens que o mesmo pode apresentar.

85 M. Crahés, "Précieux et délicat sourçage", p. 23; M. Burgi, "Small and medium-sized enterprises and procurement law", p. 293; e também, de uma perspectiva mais económica, mas com o mesmo sentido, G. L. Albano, "Demand aggregation and collusion prevention", p. 159.

III
COOPERAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA
(3.ª SESSÃO)

Moderadores

Prof. Doutor Francisco López Menudo
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de Sevilha

Prof. Doutor José Carlos Vieira de Andrade
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA: INTRODUCCIÓN

Francisco López Menudo
Catedrático Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

En mi calidad de Moderador trataré de dar cumplimiento estricto a las indicaciones recibidas sobre el uso del tiempo, comenzando por mí mismo, de modo que con la mayor concreción de la que soy capaz trataré de expresar alguna idea que vaya algo más allá de la mera presentación del ponente español, en este caso el profesor Iñigo Sanz Rubiales, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

No obstante, no desaprovecharé la ocasión de expresar mi sincera felicitación, a la Comisión organizadora y señaladamente al Rector y compañero de la Universidad Lusíada Profesor Afonso D´Oliveira Martins, por el logro de haber hecho realidad este XII Coloquio con el que seguimos transitando por un ya largo camino, iniciado en 1993; un caminar fraterno entre administrativistas portugueses y españoles nacido al calor de la amistad, de lazos y sentimientos comunes y que ha demostrado su capacidad de supervivencia contra viento y marea. Mi felicitación especial a los Coordinadores, los queridos profesores Martínez López Muñiz y Fausto de Quadros, cuya permanente labor en pro de esta conjunción ha sido y es impagable. Y como bien comprendéis, de ninguna manera puedo dejar de felicitar a nuestro Presidente español, el profesor José Luis Meilán Gil por su nombramiento en la tarde de ayer como Doctor Honoris Causa por esta

Universidad que así contará en su Claustro con un universitario de singular relieve, de los que dan brillo a cualquier institución.

… Y de ninguna manera puedo desaprovechar la oportunidad que me brindan estos breves minutos para expresar mi felicitación a nuestro Presidente español, el profesor José Luis Meilán Gil por su nombramiento como Doctor Honoris Causa en la tarde de ayer;

Tengo ya cierta experiencia acumulada sobre estos Coloquios Hispano-Lusos pues he tenido el honor de intervenir en muchos de ellos realizando distintos cometidos y siempre para analizar problemas comunes del máximo interés. Sin ir más lejos, citaré sólo los tres últimos. En 2010, angustiados por la crisis económica, abordamos en Córdoba el tema de la regulación económica, especialmente la regulación bancaria, cuando estábamos ante ese monstruo amenazante llamado "*Rescate*" que afectó a España y Portugal con desigual alcance. Tres años después, 2013, celebramos el X Coloquio (y nuestro vigésimo cumpleaños) precisamente en esta misma antigua y señorial ciudad de Lisboa aunque visiblemente apagada por la crisis económica; y el evento versó sobre el control financiero de los Gobiernos sobre el Poder Local. Y un año después (2014) abordamos en Salamanca otro tema candente, el Derecho Administrativo de la Energía eléctrica.

Pues bien, en esa misma línea, el tema que aquí nos reúne, la cooperación transfronteriza, tiene una trascendencia absoluta porque incide de lleno sobre todas las naciones de un mundo quizás más tensionado que nunca en el que reina el sufrimiento humano que los medios de comunicación se encargan de poner ante nuestra propia vista para vergüenza y consternación de todos. Un mundo, en suma que parece que fuera a quebrarse, a romperse de un momento a otro. No me resisto a conectar lo dicho con un sentimiento de hecatombe, de fractura, que serán muy pocos quienes no lo sientan y que traen el recuerdo de ese miedo que sintiera en su tiempo nuestro clásico del siglo de oro, el simpar LOPE DE VEGA: *"No ha de durar el mundo, porque dicen, y lo creo, que suena a vidrio quebrado y que ha de romperse presto"*.

Quedemos, pues, en que los problemas transfronterizos, considerados globalmente, están caracterizados por dos rasgos fundamentales:

a) su universalidad; en efecto, es un dato meramente físico, resultante de la existencia misma de las naciones, con sus correspondientes fronteras;
b) una vertiente dramática, incluso trágica, en no pocos lugares del planeta.

Sentado lo anterior, ya no cabe seguir generalizando pues el tema sobre el que ha de versar esta sesión no es el de la cooperación transfronteriza en general sino precisamente la hispano-portuguesa. Por tanto, la cuestión se concreta ya que se trata de una cuestión bilateral, particular, nuestro y solo nuestro, en el que la realidad de lo que ocurre fácticamente a lo largo de la frontera o lo que debiera ocurrir constituye el presupuesto de hecho concreto del análisis.

Por consiguiente, en esta ocasión los problemas a considerar son puramente endógenos, no escapan de nuestra dominación; en suma, no estamos ante imposiciones de de la Unión Europea o de Organismos internacionales que nos afecten irremediablemente como viene ocurriendo en los últimos tiempos en áreas tales como la economía, la banca, la energía, la reducción del gasto público, las aguas, la contratación administrativa, etc. Y siendo así, el campo de análisis se nos reduce y acerca a la vista; y se nos hace manejable porque nuestra "raya" fronteriza tiene su particular modo de ser y ello invita a la concretización, a la fijación del *status quaestionis* y además hace viable la posibilidad de establecer conclusiones realistas y por tanto operativas.

Por todo ello me he sentido verdaderamente agraciado porque los organizadores me hayan encomendado co-presidir una sesión que tiene los rasgos que acabo de enunciar, tan diametralmente opuestos a los se ofrecen en otras latitudes donde reina el hambre, la persecución y la amargura. Contrariamente, aquí se trata de una cuestión grata, muy grata; y buena prueba de ello es esa valoración de "ejemplar" con que la Unión Europea ha calificado la cooperación España-Portugal en los últimos años. Algo que debe enorgullecernos.

Desde luego, no me corresponde ni por asomo descender a la trama del asunto. Sólo recordaré que contamos con una serie de piezas básicas, tales

como el Tratado de Amistad y Cooperación de 22 de noviembre de 1977 para conseguir un *"mayor y más armónico de desarrollo económico social de las zonas fronterizas"*; el Tratado suscrito en Valencia el 3 de octubre de 2002 sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales de nivel regional y local, con su realista proclamación de que los protagonistas de la cooperación son los gobiernos intermedios y locales; y su opción por la cooperación funcional a través de convenios y no la creación de organismos.

Ocioso es decir la importancia que tiene en este campo la ayuda económica europea. Del Programa 2007-2013 se pueden extraer jugosas conclusiones de los 81 proyectos que fueron realizados. Luego, con esos antecedentes – "tras la favorable experiencia que desde 1989 ha supuesto la cooperación en la línea fronteriza" –, la Comisión Europea aprobó el Programa INTERREG (2014-2020), conformado por 37 NUTS (como comarcas cada una de las cuales comprende un grupo de municipios) constituidos por razón de unos rasgos particulares definidos (debilidad demográfica, población envejecida, carácter rural, PIB por debajo de la media comunitaria, altas tasas de desempleo, elevada tasa de abandono escolar prematuro, extraordinaria calidad y diversidad del espacio medioambiental, etc.). Por cierto una ayuda cercana a los 300 millones de euros con cargo a los Fondos FEDER, pagadera en anualidades.

Y contamos aquí con otra "pieza" muy preciada para el presente tema, con un especialista en la materia, el profesor Iñigo Sanz Rubiales, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid. Es muy variado el repertorio de su producción científica, pero quiero destacar aquí algunas de las líneas de investigación seguidas por el profesor Sanz Rubiales que confluyen especialmente en el tema que vamos a tratar; así, el tema de la conflictividad entre administraciones públicas; la protección del medio ambiente, el régimen local; y cómo no, la cooperación transfronteriza. Por tanto, un Ponente de plena garantía que seguro nos va a regalar información y reflexiones de mucho interés sobre este tema. Un tema que contiene la virtud taumatúrgica de convertir las fronteras en puentes; las fronteras separadoras en puentes de integración.

Y sin más le cedo la palabra a nuestro compañero.

A COOPERAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA NO QUADRO DA "GESTÃO EUROPEIA INTEGRADA DAS FRONTEIRAS"

Nuno Piçarra
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e investigador do CIS – Centro de I&D sobre Direito e Sociedade desta Faculdade
Membro da Rede de Estudos Jurídicos sobre Imigração e Asilo na Europa (Odysseus), da Rede de peritos independentes nos domínios da livre circulação de trabalhadores e da coordenação da segurança social na União Europeia (FreSsco) e do conselho de administração da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA)

I. Introdução

1. Desde 26 de março de 1995, Espanha e Portugal encontram-se integrados no chamado espaço Schengen ou "espaço sem controlos nas fronteiras internas"[1], juntamente com os cinco Estados signatários

1 A definição de "fronteiras internas" encontra-se atualmente no artigo 2.º, ponto 1, conjugado com os pontos 3 e 4, do Código da União Relativo ao Regime de Passagem de Pessoas nas Fronteiras (Código das Fronteiras Schengen – CFS), aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho de 9 de março de 2016. Segundo aquelas disposições, são fronteiras internas (i) as fronteiras comuns terrestres, incluindo as fronteiras fluviais e lacustres, dos Estados-Membros; (ii) os aeroportos destes, no que respeita aos voos internos, isto é, os voos exclusivamente provenientes ou destinados aos territórios dos Estados-Membros sem aterragem em território de países terceiros; (iii) os portos marítimos, fluviais e lacustres dos Estados-Membros no que diz respeito às ligações regulares internas por ferry, ou seja, entre dois ou mais portos situados no território daqueles, sem escala em portos situados fora de tal território, que incluam o transporte de pessoas e veículos de acordo com um horário publicado.

do Acordo Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns, de 14 de junho de 1985, e da sua Convenção de Aplicação, de 19 de junho de 1990, a saber, a Alemanha, a França e os três Estados da União Económica Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo). A adesão da Espanha e de Portugal a estes dois instrumentos de direito internacional assinados em Schengen (cidade luxemburguesa na confluência das fronteiras comuns com a Bélgica e a França) deu-se através de um protocolo assinado por cada um dos Estados ibéricos em Bona em 25 de junho de 1991.

Atualmente, como se sabe, o espaço Schengen integra vinte e dois Estados-Membros da União Europeia (UE), estando dele excluídos, por diferentes razões, a Irlanda e o Reino Unido, por um lado, e Chipre, a Bulgária, a Roménia e a Croácia, por outro. E integra ainda, também por diferentes razões, quatro Estados não membros (Islândia e Noruega, por um lado, Suíça e Liechtenstein, por outro)[2].

Tal espaço é considerado como "uma das principais realizações da União"[3] desde que o Tratado de Amesterdão integrou o acervo de Schengen no âmbito daquela, na sequência da sua entrada em vigor em 1 de maio de 1999, com vista a "reforçar a integração europeia e, em especial, a possibilitar que a União Europeia se transforme mais rapidamente num espaço de liberdade, segurança e justiça"[4]. Trata-se, na definição do artigo 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE), de um espaço "sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem

2 Para maiores desenvolvimentos sobre o alargamento progressivo do espaço Schengen e sobre os diferentes motivos da exclusão de seis Estados-Membros desse espaço e da inclusão de quatro Estados não membros, ver por exemplo Nuno Piçarra, "Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração" in Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe (coordenadores), Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 251-253.

3 Assim o 22.º considerando do CFS.

4 Para maiores desenvolvimentos, ver por exemplo Jaap de Zwaan, "Schengen and its Incorporation into the New Treaty: The Negotiating Process" e Nuno Piçarra, "La mise en œuvre du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne: règles et procédures", ambos in Monica den Boer (ed.) Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information Systems, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1998, pp. 13-24 e pp. 25-58.

como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno".

O objetivo político de proporcionar aos cidadãos da União um espaço de livre circulação de pessoas em segurança, como se tal espaço coincidisse com um "território único" formado pelo conjunto dos Estados Schengen, tornou-se primordial com o Tratado de Lisboa. Este antepô-lo, inclusive, ao objetivo bastante anterior e basicamente económico de estabelecimento e de garantia de funcionamento do mercado interno, introduzido em 1986 pelo Ato Único Europeu e definido como compreendendo "um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados"[5]. Com efeito, o estabelecimento do mercado interno figura agora, significativamente, no artigo 3.º, n.º 3, do TUE.

2. Enquanto espaço sem controlos nas fronteiras internas, o espaço Schengen tem sido seriamente posto à prova pela "crise migratória e de refugiados sem precedentes" que assola a UE desde o segundo semestre de 2015. Com efeito, cinco Estados Schengen (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Suécia e Noruega) reintroduziram controlos em determinados troços das suas fronteiras internas a partir da segunda quinzena de Setembro de 2015 e têm-nos mantido ininterruptamente desde então.

Num primeiro momento, tal controlo foi reintroduzido e prolongado com base no artigo 28.º ("Procedimento específico nos casos que exijam ação imediata") do CFS, pelo prazo máximo de dois meses permitido por tal disposição. Num segundo momento, o prolongamento baseou-se nos artigos 25.º a 27.º, que disciplinam o procedimento de reintrodução do controlo nas fronteiras internas – por um prazo máximo de seis meses – em casos previsíveis suscetíveis de ameaçar gravemente a ordem pública ou a segurança interna num Estado Schengen (por exemplo, em reação à realização de determinadas cimeiras internacionais, ou por ocasião de encontros desportivos

5 Ver o artigo 26.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A disposição citada começou por constar do artigo 8.º – A do Tratado da Comunidade Económica Europeia na redação dada pelo Ato Único Europeu.

internacionais)[6].

A partir de 12 de maio de 2016, o controlo nas fronteiras internas daqueles cinco Estados Schengen passou a manter-se com base em sucessivas recomendações do Conselho (quatro até à data), adotadas sob proposta da Comissão, ao abrigo dos artigos 29.º e 30.º ("Procedimento específico em circunstâncias excecionais que ponham em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras internas") do CFS, "a fim de fazer face à ameaça grave para a ordem pública e a segurança interna existente nesses Estados devido às deficiências detetadas no controlo das fronteiras externas na Grécia e aos movimentos secundários subsequentes de migrantes em situação irregular que entrem no espaço Schengen através da Grécia e se desloquem para outros Estados Schengen". Tais deficiências tiveram que ser previamente identificadas pela Comissão através do chamado mecanismo de avaliação de Schengen, estabelecido pelo Regulamento (UE) n.º 1053/2013 do Conselho, de 7 de outubro[7].

Na mais recente recomendação, de 11 de maio de 2017, o Conselho constatou que, "apesar dos contínuos progressos e das significativas melhorias realizadas pela Grécia em 2016 no domínio da gestão das fronteiras externas, bem como da concretização (…) das recomendações feitas na sequência de uma visita de avaliação não anunciada de 2015, um número substancial de migrantes em situação irregular ainda se encontra na Grécia e ao longo da rota dos Balcãs Ocidentais. Assim, persiste o risco de movimentos secundários irregulares destes migrantes no interior do espaço Schengen"[8] Por isso mesmo, aquela

6 Para as datas da reintrodução do controlo nas fronteiras internas pelos cinco Estados Schengen ainda ao abrigo das disposições do anterior CFS – sem alterações no atual –, ver o anexo I da Comunicação da Comissão ao PE e ao Conselho Restabelecer Schengen – Um roteiro, de 4 de março de 2016, COM(2016) 120 final.

7 Para maiores desenvolvimentos, ver por último Nuno Piçarra, "Le régime juridique du franchissement des frontières intérieures de l'Union européenne face aux défis de la migration" in Iliopoulos-Strangas, Potacs, Tanasescu e Ziller (eds.) Migration – Migration – Migrations, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 119-144, e bibliografia aí citada.

8 Ver o 2.º e o 5.º considerandos da Decisão de Execução (UE) 2017/818 do Conselho de 11 de maio de 2017, que estabelece uma recomendação para o prolongamento dos controlos temporários nas fronteiras internas em circunstâncias excecionais que ponham em risco o funcionamento global do espaço Schengen.

recomendação foi no sentido de a Alemanha, a Áustria, a Dinamarca, a Suécia e a Noruega prolongarem os controlos nos troços de fronteira nela identificados "por um período máximo de seis meses a contar do dia de adoção da presente decisão de execução"[9].

3. Em contrapartida, a "crise migratória e de refugiados sem precedentes" tem levado ao reforço da cooperação transfronteiriça em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas da União[10] entre os Estados Schengen, quer a nível bilateral, quer sobretudo no âmbito da chamada Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira sobre que versa o Regulamento (UE) 2016/1624 do PE e do Conselho de 14 de setembro de 2016, baseado numa proposta que a Comissão Europeia apresentou em 15 de dezembro de 2015[11]. Ambas as modalidades de cooperação transfronteiriça encontram-se enquadradas pelo conceito de "sistema integrado de gestão das fronteiras externas" ou de "gestão europeia integrada das fronteiras", tal como definido pelo artigo 4.º daquele regulamento.

Um impulso político importante no sentido do reforço de tal modo gestão, "para melhor gerir os crescentes fluxos migratórios mistos", veio do Conselho Europeu reunido em 25/26 de junho de 2015. Nessa gestão reforçada assume papel fundamental, como se verá, a Agência Europeia

9 Do artigo 25.º, n.º 4, in fine, do CFS resulta que "a duração total da reintrodução do controlo nas fronteiras internas" ao abrigo dos artigos 29.º e 30.º não pode exceder dois anos. No caso concreto, esses dois anos contam-se a partir de 12 de maio de 2016, data em que foi adotada a Decisão de Execução (UE) 2016/894 do Conselho, recomendando pela primeira vez aos cinco Estados Schengen a reintrodução do controlo nas suas fronteiras internas por um período máximo de seis meses a contar daquela data. Partindo de uma interpretação no sentido de que os dois anos em causa se contam a partir da data da reintrodução de tal controlo ao abrigo do artigo 28.º do CFS, a Comissão já fez saber que apresentará uma proposta de alteração do CFS no sentido de flexibilizar quer material quer temporalmente as regras sobre a reintrodução do controlo nas fronteiras internas, até aqui temporária e excecional.

10 O artigo 2.º, ponto 2, do CFS define negativamente "fronteiras externas" como "as fronteiras terrestres inclusive as fluviais e as lacustres, as fronteiras marítimas, bem como os aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas".

11 Constante do documento COM(2015) 671 final. Para uma primeira apreciação deste documento e sem prejuízo dos desenvolvimentos de que ele será objeto infra, ver o Parecer do Comité Económico e Social Europeu in Jornal Oficial da UE, C 303 de 19.8.2016, pp. 111-115.

da Guarda de Fronteiras e Costeira, que se substitui e sucede, com atribuições e competências alargadas, à Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da UE, criada pelo Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho de 26 de outubro de 2004. Tal como esta última, a nova Agência deve "continuar a ser designada Frontex [e] permanecer a mesma pessoa coletiva, dando plena continuidade às suas atividades e procedimentos"[12]. Na Comunicação *Restabelecer Schengen – um Roteiro*, a Comissão Europeia fez depender o fim dos controlos atualmente mantidos em certas fronteiras internas do espaço Schengen da plena implantação e funcionamento da Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira e, muito em especial, da nova Agência, fixando o prazo de agosto de 2016. Todavia, na Decisão de Execução 2017/818 (6.º considerando), o Conselho não deixou de invocar a necessidade de "novas contribuições dos Estados-Membros para completar os recursos da Agência e permitir-lhe desempenhar plenamente o seu papel na proteção das fronteiras externas da União" como um dos fundamentos para recomendar o prolongamento do controlo nas fronteiras internas dos cinco Estados Schengen.

4. A análise que se segue centra-se na identificação do conceito de gestão europeia integrada das fronteiras, constante do artigo 4.º do Regulamento 2016/1624, no seu contexto – que é, naturalmente, a política de fronteiras da UE. Tal identificação passa pela determinação concreta do reforço do papel da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira nessa gestão integrada.

Noutra perspetiva, o objetivo da presente análise é a identificação do enquadramento europeu, constituído pela gestão europeia integrada das fronteiras, a que fica sujeita a cooperação bilateral transfronteiriça entre os Estados-Membros e, designadamente, entre Espanha e Portugal[13].

12 Assim, o 11.º considerando do Regulamento 2016/1624. Sobre a Frontex, a sua caracterização no âmbito do Regulamento n.º 2007/2004 e o sentido das sucessivas revisões deste, ver por exemplo Roberta Mungianu, "Frontex: Towards a Common Policy on External Border Control", European Journal of Migration and Law, vol. 15, n.º 4, 2013, pp. 359-385; Nuno Piçarra, "Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração", cit., pp. 308-325; Steve Peers, EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU Immigration and Asylum Law, 4.ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 150-156.

13 Para um conspecto recente da cooperação bilateral entre Espanha e Portugal no quadro

II. A gestão europeia integrada das fronteiras e os seus elementos

Preliminares

5. As bases constitucionais da política de fronteiras da UE encontram-se no TFUE, no essencial no Título V ("Espaço de liberdade, segurança e justiça") da Parte III ("As políticas e ações internas"), entre o Capítulo 1, dedicado às disposições gerais, e o Capítulo 2 ("Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração")[14].

No Capítulo 1, encontra-se o artigo 67.º, n.º 2, que, em conjugação com o artigo 80.º, incumbe a UE de assegurar "a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas" e de desenvolver políticas comuns em matéria de controlo nas fronteiras externas, de asilo e de imigração, baseadas na solidariedade entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro, e no caráter equitativo para com os nacionais de países terceiros e os apátridas. Sempre que necessário, os atos da União adotados em desenvolvimento destas políticas devem conter medidas de aplicação do "princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros".

Por seu lado, o artigo 77.º, n.º 1, incluído, tal como o artigo 80.º, no Capítulo 2, atribui competência à UE para desenvolver uma política que visa: *(i)* assegurar a ausência de controlos de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas; *(ii)* assegurar o controlo de pessoas e a vigilância eficaz da passagem das fronteiras externas[15]; *(iii)* introduzir gradualmente um

da gestão europeia integrada das fronteiras, ver a "Estratégia Nacional de Gestão Integrada de Fronteiras", aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 104/2017 de 18 de maio, in Diário da República, 1.ª série, n.º 136 de 17.7.2017, especialmente pp. 3776-3780. Resulta deste documento que são catorze, nada mais, nada menos, as "entidades e autoridades" portuguesas "com competências e responsabilidades em matéria de gestão de fronteiras (p. 3761 e pp. 3763-3766).

14 Para maiores desenvolvimentos, ver por último Nuno Piçarra, "A política de fronteiras da União Europeia e os seus desenvolvimentos maios recentes" in Segurança Europeia, Atena, n.º 38, 2017, pp. 256-259.

15 O artigo 2.º, ponto 11, do CFS define "controlos de fronteira" como os controlos efetuados nos pontos de passagem de fronteira a fim de assegurar que as pessoas, incluindo os seus meios de transporte e os objetos na sua posse, podem ser autorizadas a entrar no território dos Estados-

sistema integrado de gestão destas fronteiras, adotando todas as medidas necessárias para o efeito.

O conceito de "sistema integrado de gestão das fronteiras externas", bem como a competência legislativa atribuída à União para a sua "introdução gradual", constituem a principal novidade do artigo 77.º na redação do Tratado de Lisboa. Tal novidade, porém, reduz-se à constitucionalização, *i.e.*, à elevação a direito primário da União, do conceito de gestão integrada das fronteiras externas dos Estados-Membros.

Na verdade, tal conceito já constava do Regulamento n.º 2007/2004. Foi, aliás, nele que o Conselho se fundou para criar a Frontex, recorrendo às bases jurídicas da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 62.º e do artigo 66.º do Tratado de Roma na redação anterior à do Tratado de Lisboa. Tais artigos – que, todavia, não faziam qualquer menção ao conceito em análise – são os antecedentes, respetivamente, dos artigos 77.º e 74.º do TFUE.

Este último artigo, incluído também entre as disposições gerais do Título V, incumbe o Conselho de adotar "medidas destinadas a assegurar a cooperação administrativa entre os serviços competentes dos Estados-Membros" nos domínios abrangidos pelo mesmo Título, "bem como entre esses serviços e a Comissão". Diferentemente do artigo 77.º, n.º 2, o processo legislativo nele previsto é especial, deliberando o Conselho sob proposta da Comissão ou por iniciativa de um quarto dos Estados-Membros.

As medidas adotadas com base no artigo 74.º devem reportar-se apenas a domínios como o intercâmbio de funcionários e agentes administrativos ou de informações gerais, sem abranger, portanto, a

Membros ou a abandoná-lo". O ponto 12 define "vigilância de fronteiras" como a efetuada (i) entre os pontos de passagem autorizados de fronteira e (ii) nestes pontos, fora dos horários de abertura fixados, "de modo a impedir as pessoas de iludir os controlos de fronteira". Tanto os primeiros como a segunda constituem modalidades do "controlo fronteiriço", definido pelo ponto 10 como a atividade exercida numa fronteira, nos termos e para os efeitos do CFS, "unicamente com base na intenção ou no ato de passar essa fronteira, independentemente de qualquer outro motivo".

disciplina substantiva da circulação de pessoas através das fronteiras em situações concretas, ou a troca de informações sobre pessoas para fins específicos relacionados, por exemplo, com o controlo das fronteiras. Com efeito, reportando-se à disciplina substantiva da passagem das fronteiras, esta última categoria de informações entra no âmbito de aplicação do artigo 77.º, n.ºs 1 e 2, do TFUE[16].

6. O conceito de sistema integrado de gestão das fronteiras externas, que o Regulamento n.º 2007/2004 não chegou a definir, veio a ser ulteriormente objeto de uma definição ampla, constante das conclusões do Conselho "Justiça e Assuntos Internos" reunido em 4 e 5 de dezembro de 2006, sob a denominação "gestão integrada das fronteiras externas". Fazia parte de tal conceito "um maior reforço da missão da Frontex" a qual deveria apoiar os Estados-Membros na "aplicação" do conceito assim definido[17].

Uma nova definição, agora sob a denominação gestão europeia integrada das fronteiras, consta, como já se disse, do artigo 4.º do Regulamento 2016/1624, que revogou o Regulamento n.º 2007/2004.

O 3.º considerando do Regulamento 2016/1624 refere, em termos que não podem considerar-se particularmente esclarecedores, que "a gestão europeia integrada das fronteiras, com base no modelo de controlo de acesso a quatro níveis, inclui medidas em países terceiros nomeadamente no âmbito da política comum de vistos, medidas com os países terceiros vizinhos, medidas de controlo nas fronteiras externas, análise de risco e medidas no âmbito do espaço Schengen e em matéria de regresso". E o 2.º considerando declara tal gestão "essencial para melhorar a gestão da migração" ou, mais exatamente, dos "crescentes fluxos migratórios mistos" em que uma parte é constituída por pessoas carecidas de algum tipo de proteção internacional.

16 Neste sentido, Steve Peers, EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU Immigration and Asylum Law, cit., p. 24 e p. 81.

17 Ver o 7.º considerando do Regulamento n.º 1168/2011 do PE e do Conselho de 25 de outubro de 2011, que alterou o Regulamento n.º 2007/2004. Para maiores desenvolvimentos, sob uma perspetiva crítica, ver Steve Peers, op. cit. na nota anterior, p. 86.

Seja como for, a gestão europeia integrada das fronteiras assume tal importância enquanto elemento da política de fronteiras da UE que o 40.º considerando do Regulamento 2016/1624 incumbe especificamente a Agência de, no âmbito da formação, oferecer "seminários em matéria das funções relativas a tal gestão, nomeadamente aos agentes dos organismos nacionais competentes".

Por seu lado, o artigo 4.º, sem grandes preocupações de coerência com o preâmbulo e numa linguagem cujo apuro deixa por vezes a desejar, articula tal gestão em onze elementos, cuja sequência e delimitação recíproca nem sempre são claras. Enquanto alguns são integralmente disciplinados pelo Regulamento 2016/1624, outros são, no essencial, disciplinados por diplomas para que o artigo 4.º remete. A Agência desempenha um papel crucial em relação à maior parte desses elementos. Todos eles serão sucessivamente analisados a seguir.

1.º Elemento: "Controlo das fronteiras"

7. A alínea *a)* do artigo 4.º elenca como primeiro elemento do conceito em análise o "controlo das fronteiras", na aceção do artigo 2.º, ponto 11, do CFS, onde inclui medidas destinadas a facilitar a passagem lícita dessas fronteiras e, "se for caso disso", medidas de prevenção e deteção da criminalidade transfronteiriça[18], como o auxílio à imigração ilegal, o tráfico de seres humanos e o terrorismo. E inclui ainda medidas de encaminhamento de pessoas que careçam de proteção internacional ou desejem solicitá-la, nomeadamente ao abrigo da Diretiva 2011/95/UE do PE e do Conselho de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas (*i*) às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar dessa proteção, (*ii*) a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e (*iii*) ao conteúdo da proteção concedida.

A respeito deste elemento, o 6.º considerando do Regulamento 2016/1624, em conjugação com o artigo 5.º, é taxativo no sentido

18 Definida pelo artigo 2.º, ponto 16, como "qualquer crime grave que tenha uma dimensão transfronteiriça, cometido nas fronteiras externas ou nas suas imediações, ou que esteja relacionado com essas fronteiras.

de que os Estados-Membros "continuam a assumir a responsabilidade principal pela gestão das suas fronteiras externas", "no seu próprio interesse e no interesse de todos os Estados-Membros". Não poderia, de resto, deixar de ser assim à luz do artigo 72.º do TFUE, nos termos do qual o exercício das responsabilidades (…) em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia de segurança interna" incumbe aos Estados-Membros – que mantêm integralmente o monopólio da coerção – e não pode ser prejudicado por nenhuma disposição do Título V da Parte III do mesmo tratado, nem, evidentemente, por nenhum ato de direito derivado adotado ao abrigo de qualquer daquelas disposições[19]. E isto sem prejuízo de, no âmbito de aplicação do direito da UE, os Estados-Membros poderem exercer prerrogativas de autoridade incluindo a coerção, embora em termos estritamente delimitados, no território de outros Estados-Membros, inclusive no âmbito da gestão europeia integrada das fronteiras, como se verá adiante[20].

Por conseguinte, a "responsabilidade partilhada" da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (a seguir designada por Agência[21]) traduz-se no dever de "apoiar a aplicação de medidas da

19 O artigo 72.º do TFUE constitui um corolário do artigo 4.º, n. 2, segunda frase, do TUE, nos termos da qual "a União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional". Os termos defensivos, ditados por compromissos políticos difíceis, desta disposição – na realidade, como se sabe, os Estados-Membros mantêm integralmente o monopólio da violência legítima, da qual, portanto, a União se encontra privada – atingem o paroxismo na última frase do n.º 2, nos termos da qual "em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro". Na verdade, num "espaço sem controlos nas fronteiras internas" como o espaço Schengen, dificilmente se poderá falar, com rigor, de uma tal exclusividade, sem que isto ponha em causa, seja de que modo for, ao monopólio da coerção de que os Estado-Membros continuam a dispor.

20 Ver infra, n.º 17, e também o artigo 89.º do TFUE que incumbe o legislador da União de definir "as condições e os limites dentro dos quais as autoridades judiciárias, policiais, aduaneiras e "outros serviços responsáveis pela aplicação da lei, especializados nos domínios da prevenção ou deteção de infrações penais e das investigações nessa matéria", "podem intervir no território de outro Estado-Membro, em articulação e de acordo com as autoridades desse Estado". Do acervo de Schengen constam, como se sabe, a perseguição e a vigilância transfronteiriças bilaterais entre Estados com uma fronteira terrestre comum, como Espanha e Portugal; ver o Acordo entre a República Portuguesa e o Reino de Espanha em Matéria de Perseguição Transfronteiriça, de 30 de novembro de 1998, in Diário da República, I Série-A de 9-11-1999.

21 Não se retoma a designação Frontex como preconiza o 11.º considerando do Regulamento 2016/1624 porque ele próprio opta afinal pela designação "Agência" sempre que se refere à

União relativas à gestão das fronteiras externas, através do reforço, da avaliação e da coordenação das ações dos Estados-Membros na execução dessas medidas". Em cumprimento do artigo 23.º, os Estados-Membros devem designar um ponto de contacto nacional suscetível de ser contactado a qualquer momento, para efeitos de comunicação com a Agência sobre todos os assuntos relativos à atividade desta.

As "medidas da União relativas à gestão das fronteiras externas", por seu lado, são adotadas em "desenvolvimento da política e da legislação em matéria de controlo das fronteiras externas e de regresso", o que inclui o desenvolvimento de uma estratégia europeia de gestão integrada das fronteiras. De acordo com o 8.º considerando, tal "continua a ser da responsabilidade das instituições da União", devendo "ser assegurada uma estreita coordenação entre a Agência e estas instituições".

8. Confirma-se, em suma, que o Regulamento 2016/1624 aponta para uma presença reforçada da Agência na gestão europeia integrada das fronteiras e, portanto, para um maior "acompanhamento" do "controlo das fronteiras" efetuado pelas competentes autoridades dos Estados-Membros – ou, pelo menos, daqueles para quem o exercício de tal controlo é mais difícil e oneroso devido à pressão imigratória e/ou de refugiados nas suas fronteiras externas em consequência da respetiva situação geográfica. O 11.º considerando corrobora-o amplamente: depois de frisar a necessidade de alargar as atribuições da Agência, incumbe-a do "objetivo fundamental" de, para além de "definir uma estratégia técnica e operacional de execução de um sistema de gestão integrada das fronteiras a nível da União", (*i*) "*supervisionar* o funcionamento eficaz do controlo fronteiriço nas fronteiras externas", (*ii*) "prestar assistência técnica e operacional *acrescida* aos Estados-Membros através de operações conjuntas e de intervenções rápidas nas fronteiras", e (*iii*) assegurar a execução prática de medidas em situações que exijam ação urgente nas fronteiras externas" (ênfase acrescentada).

Agência da Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira. A optar-se pela designação Frontex, conviria rebatizá-la de "Frontex +" ou "Frontex II", devido ao alargamento das suas atribuições e competências em relação à "Frontex I", criada pelo Regulamento n.º 2007/2004 e reconfigurada, designadamente, pelo Regulamento n.º 863/2007 de 11 de julho e pelo já citado Regulamento n.º 1168/2011.

Um dos elementos privilegiados para essa supervisão são os oficiais de ligação da Agência nos Estados-Membros [artigo 8.º, n.º 1, alínea *c)*]. Com efeito, tal como precisa o artigo 12.º, n.º 1, a Agência assegura o controlo regular das fronteiras externas de todos os Estados-Membros através dos seus oficiais de ligação. Estes agem em nome da Agência e apenas dela recebem instruções. As suas funções consistem nomeadamente em "fomentar a cooperação e o diálogo entre a Agência e as autoridades nacionais responsáveis pela gestão das fronteiras" (artigo 12.º, n.ºs 3 e 6).

Nada disto, porém, faz da Agência, na sua nova configuração, uma verdadeira e própria Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira, apesar de o Regulamento 2016/1624 afirmar enganosamente que cria tal entidade. Na verdade, a nova denominação é atribuída ao conjunto constituído pela Agência e pelas "autoridades nacionais dos Estados-Membros responsáveis pela gestão das fronteiras, incluindo as guardas costeiras na medida em que realizem controlos nas fronteiras". Além disso, a capacidade decisória e os meios à disposição da Agência para o exercício das funções que o Regulamento 2016/1624 lhe comete dependem, em última instância, do consentimento dos Estados-Membros, como se verá melhor adiante. Foi o compromisso possível entre a autocompreensão soberana dos mesmos, com plena expressão nos Tratados da União (designadamente no artigo 4.º, n.º 2, segunda parte, do TUE e no artigo 72.º do TFUE) e as necessidades decorrentes da manutenção do objetivo mais federal da UE que é o periclitante espaço Schengen ou espaço sem controlos nas fronteiras internas, dentro do qual se pode circular como num território estadual único[22].

Tal não significa que, bem vistas as coisas, tratando-se da gestão europeia integrada das fronteiras, o papel da Agência não chegue a assemelhar-se mais do que antes, em vários aspetos, a uma "Guarda de Fronteiras e Costeira da União" *proprio sensu*, como vai ver-se de seguida, a propósito dos restantes elementos de tal gestão.

22 Ver Philippe De Bruycker, "The European Border and Coast Guard: A new model built on an old logic", European Papers, 1, pp. 559-569.

2.º Elemento: "Operações de busca e salvamento de pessoas em perigo no mar"

9. O segundo elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, elencado pela alínea *b)* do artigo 4.º do Regulamento 2016/1624, é constituído pelas "operações de busca e salvamento de pessoas em perigo no mar, iniciadas e realizadas (…) em situações que podem ocorrer durante operações de vigilância de fronteiras no mar", em cumprimento não só do direito internacional aplicável como, em especial, do Regulamento n.º 656/2014 (UE) do PE e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece as regras para a vigilância das fronteiras marítimas externas no contexto da cooperação operacional coordenada pela Agência.

Quanto à relevância do papel desta em tal contexto, cabe recordar que o supracitado considerando 11.º qualifica expressamente como seu "objetivo fundamental" "prestar assistência técnica e operacional em apoio de operações de busca e salvamento de pessoas em perigo no mar". E o artigo 8.º, n.º 1, alínea *f)*, precisa que tal assistência pode ter por destinatários não só os Estados-Membros como também países terceiros[23].

3.º Elemento: "Análise de risco"

10. O terceiro elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, elencado pela alínea *c)* do artigo 4.º do Regulamento 2016/1624, é constituído pela análise de risco para a segurança interna e das ameaças suscetíveis de afetar o funcionamento ou a segurança das fronteiras externas, uma das atribuições expressas daquela Agência, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea *a)*. No desempenho desta atribuição, cabe-lhe acompanhar os fluxos migratórios para a União e dentro dela, assim como as tendências e outros eventuais desafios nas fronteiras externas.

A análise de risco, que pode ser tanto geral como específica, deve basear-se num modelo comum e integrado, criado pela Agência para ser

23 Sobre a participação de Portugal no esforço de busca e salvamento no mar nos termos do Regulamento n.º 656/2014, ver "Estratégia Nacional de Gestão Integrada de Fronteiras", cit., p. 3773.

aplicado não só por ela como também pelos Estados-Membros. Estes devem fornecer-lhe "todas as informações necessárias sobre a situação, as tendências e as eventuais ameaças nas fronteiras externas e devem ter em consideração os resultados de tais análises no planeamento das respetivas operações e atividades nas fronteiras externas. É o que resulta do artigo 11.º conjugado com o 18.º considerando do Regulamento 2016/1624.

Tal análise, por parte da Agência, também é objeto do já mencionado Regulamento n.º 1053/2013. O seu artigo 7.º, para além de estabelecer um calendário para o efeito, precisa que devem constar da análise de risco "recomendações quanto às prioridades para as avaliações do ano seguinte", em cumprimento do mecanismo criado por aquele regulamento[24]. E o artigo 8.º habilita expressamente a Comissão a solicitar análises de risco "a órgãos, organismos e agências da União envolvidos na aplicação do acervo de Schengen", que não a Frontex, "inclusive no que se refere à corrupção e à criminalidade organizada", na medida em que estas formas de criminalidade possam prejudicar a aplicação de tal acervo por parte dos Estados-Membros.

11. Apesar de o artigo 4.º do Regulamento 2016/1624 não mencionar entre os elementos da gestão europeia integrada das fronteiras a "avaliação da vulnerabilidade", outra importante atribuição da Agência, esta modalidade de avaliação não poderia ficar fora daquele conceito. Para isso aponta, desde logo, o artigo 11.º ("Acompanhamento dos fluxos migratórios e análise de risco"), ao referir expressamente, depois de regular esta análise, que "além disso [a Agência] procede à avaliação da vulnerabilidade nos termos do artigo 13.º".

A "avaliação da vulnerabilidade" não constitui, em rigor, uma nova atribuição da Agência mas, no essencial, uma atribuição autonomizada pelo artigo 8.º, n.º 1, alínea *b)*, em relação à análise de risco, com uma nova denominação e em cujo desempenho o papel daquela sai reforçado[25]. Ao poder de avaliar previsto pelo Regulamento

24 Ver infra, n.º 13.

25 O artigo 4.º do Regulamento n.º 2007/2004 incluía a avaliação da vulnerabilidade na análise de risco, ao dispor no seu terceiro parágrafo que "para efeitos da análise de risco, a Agência pode avaliar, após consulta aos Estados-Membros interessados, a sua capacidade para fazer face

n.º 2007/2004 substituiu-se um dever de avaliar nos termos do Regulamento 2016/1624.

De acordo com o artigo 13.º, a avaliação da vulnerabilidade, contígua da análise de risco, deve realizar-se, tal como esta, com base em critérios objetivos constantes de uma "metodologia comum" estabelecida pela Agência. Tem por objetivo permitir-lhe aferir "a capacidade e o estado de preparação dos Estados-Membros para enfrentarem eventuais desafios, incluindo atuais e futuras ameaças e desafios nas fronteiras externas, para identificar, especialmente no que se refere aos Estados-Membros confrontados com desafios específicos e desproporcionados, eventuais consequências imediatas nas fronteiras externas e consequências subsequentes no funcionamento do espaço Schengen". Através da avaliação da vulnerabilidade se deve aferir também a capacidade dos Estados-Membros para contribuir para a "reserva de reação rápida" prevista pelo artigo 20.º, n.º 5[26].

Para o efeito, tal como precisa o n.º 4, segundo parágrafo, do artigo 13.º, a Agência deve ter em conta a capacidade dos Estados-Membros para realizarem todas as funções de gestão de fronteiras, nomeadamente a capacidade de responderem a uma potencial chegada de um grande número de pessoas ao seu território.

A avaliação da vulnerabilidade incide sobre os equipamentos, as infraestruturas, o pessoal com competências e formação adequada para o controlo e a vigilância das fronteiras externas, o orçamento e os recursos financeiros dos Estados-Membros, bem como os respetivos planos de contingência para fazer face a eventuais crises naquelas fronteiras. De tal avaliação também faz parte os relatórios elaborados pelos oficiais de ligação da Agência (artigo 12.º, n.º 5).

a futuros desafios, incluindo ameaças e pressões atuais e futuras nas fronteiras externas (…), especialmente no que se refere aos que enfrentam pressões específicas e desproporcionadas. Para este efeito, a Agência pode avaliar os equipamentos e os recursos de que dispõem os Estados-Membros em matéria de controlo das fronteiras. A avaliação deve basear-se nas informações prestadas pelos Estados-Membros em causa e nos relatórios e resultados das operações conjuntas, dos projetos-piloto, das intervenções rápidas e das outras atividades da Agência. Estas avaliações não prejudicam o Mecanismo de Avaliação de Schengen" (ênfase acrescentada). Este mecanismo, como se verá adiante, é mais um elemento da gestão europeia integrada das fronteiras.

26 Ver infra, n.º 16.

12. À semelhança do seu antecessor, o artigo 13.º, n.º 4, *in fine*, entendeu precisar também que a avaliação da vulnerabilidade é realizada sem prejuízo do Mecanismo de Avaliação de Schengen. Mas, tal como a aplicação deste aos Estados-Membros, a avaliação da vulnerabilidade pode acabar, *in extremis*, por dar lugar à abertura do procedimento do artigo 29.º do CFS.

Com efeito, na sequência de uma avaliação da vulnerabilidade "negativa" feita a um Estado Schengen, a Agência, ouvido este, deve recomendar-lhe, através do seu diretor-executivo, a tomada das medidas necessárias para "eliminar as vulnerabilidades identificadas na avaliação", num determinado prazo (artigo 13.º, n.ºs 6 e 7). Se o Estado em causa não tomar as medidas recomendadas, a Agência, desta vez através do conselho de administração, adota uma decisão vinculativa, sob proposta do diretor-executivo, que estabelece as medidas necessárias a tomar pelo mesmo Estado e o prazo para a sua execução.

"Se o Estado-Membro em causa não executar as medidas dentro do prazo fixado na referida decisão, o conselho de administração notifica o Conselho e a Comissão e podem ser tomadas medidas adicionais nos termos do artigo 19.º" ("Situação nas fronteiras externas que exige ação urgente"). Isto se o incumprimento por parte daquele Estado tiver tornado o controlo das suas fronteiras externas "ineficaz ao ponto de pôr em risco o bom funcionamento do espaço Schengen". As "medidas adicionais" com vista a "atenuar esse risco" são identificadas por decisão do Conselho, com base numa proposta da Comissão[27], a partir do elenco do n.º 3 do artigo 19.º[28]. São executadas pela Agência com a cooperação obrigatória do Estado Schengen em causa (n.ºs 1 e 8).

27 A este propósito, o 28.º considerando esclarece que "as competências de execução para a adoção dessa decisão deverão ser conferidas ao Conselho em virtude da natureza potencialmente sensível em termos políticos das medidas a decidir, que provavelmente entram no âmbito dos poderes nacionais executivos e coercitivos".

28 Aí se incluem, entre outras medidas, (i) a organização e coordenação de intervenções rápidas nas fronteiras e o destacamento de equipas europeias de guardas de fronteira e costeiros com base na reserva de reação rápida, bem como, se necessário, de equipas europeias de guardas de fronteira e costeiros suplementares; (ii) a coordenação das atividades de um ou mais Estados Schengen e países terceiros nas fronteiras externas, incluindo operações conjuntas com países terceiros vizinhos.

Se, porém, este não cumprir a decisão do Conselho no prazo de trinta dias e não cooperar com a Agência, a Comissão pode então desencadear o procedimento previsto no artigo 29.º do CFS – que, como se sabe, pode culminar no isolamento ou na suspensão desse Estado no espaço Schengen através da reintrodução, por parte dos restantes Estados Schengen, do controlo nas suas fronteiras comuns com o primeiro[29].

4.º a 6.º Elementos: "Cooperação institucional e operacional multinível"

13. A gestão europeia integrada das fronteiras inclui diversas modalidades de cooperação que poderiam designar-se *grosso modo* por cooperação institucional e operacional multinível, elencadas pelas alíneas *d)*, *e)* e *f)* do artigo 4.º. Trata-se, portanto, do quarto, do quinto e do sexto elementos dessa gestão.

Nela se incluem, por um lado, *(i)* a cooperação entre Estados-Membros, apoiada e coordenada pela Agência; *(ii)* a cooperação entre as autoridades dos Estados-Membros encarregadas do controlo das fronteiras; *(iii)* a cooperação entre estas autoridades e as várias instituições, organismos, serviços e agências competentes da UE[30]; *(iv)* a cooperação

29 Sobre o sentido da alteração introduzida no artigo 29.º do CFS pelo Regulamento 2016/1624, com remissão para o artigo 19.º deste, ver Nuno Piçarra, "Union européenne, frontières extérieures et frontières intérieures dans la «crise des migrants et des réfugiés sans précédent». Sur l'article 29 du code frontières Schengen et sur la décision d'exécution 2016/894 du Conseil", Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, XVII (30/31), pp. 80-91. Note-se que a solução constante da proposta da Comissão que deu origem ao Regulamento 2016/1624 é diferente da que ficou consagrada no artigo 19.º deste. Com efeito, o correspondente artigo da proposta da Comissão (artigo 18.º, igualmente dedicado à "situação nas fronteiras externas que exige ação urgente") previa a possibilidade de a Agência executar as medidas adicionais identificadas para atenuar o risco de bom funcionamento do espaço Schengen devido à ineficácia do controlo de determinadas fronteiras externas imputável a um Estado Schengen sem o consentimento deste. Para maiores desenvolvimentos, ver Jorrit Rijpma, The proposal for a European Border, and Coast Guard: evolution or revolution in external border management, Estudo para a Comissão LIBE do PE, 2016, acessível na internet em http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses, p. 18.

30 São nove as agências da UE que operam no espaço de liberdade segurança e justiça formando uma rede: para além da que está a ser analisada, contam-se a Agência dos Direitos Fundamentais (FRA), o Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE), o Gabinete

entre estas últimas entidades da UE sempre, evidentemente, no âmbito do Regulamento 2016/1624. A última modalidade é mesmo objeto de disposições específicas como o artigo 53.º ("Cooperação europeia no domínio das funções de guarda costeira"), que regula a cooperação entre a Agência e a Agência Europeia de Controlo das Pescas e a Agência Europeia da Segurança Marítima, com vista ao apoio das autoridades nacionais que exercem funções de guarda costeira a nível nacional e da UE.

Finalmente, elencada pela alínea *f)* do artigo 4.º, está a cooperação dos Estados-Membros, das respetivas autoridades de fronteiras e das mencionadas instituições, organismos, serviços e agências da UE, conjunta ou separadamente, a nível bilateral ou multilateral, com países terceiros, em especial, com os países vizinhos e com os que sejam identificados por meio de análises de risco como países de origem e/ou de trânsito de imigração ilegal[31].

A este propósito, o artigo 54.º especifica que a Agência pode *(i)* cooperar com as autoridades de países terceiros competentes, com o apoio das delegações da União e em coordenação com as mesmas, exercendo as suas atribuições no quadro da política de relações externas da UE; *(ii)* realizar ações nas fronteiras externas que envolvam um ou vários Estados-Membros e um país terceiro vizinho, incluindo no território deste último (através do destacamento de equipas europeias de guardas de fronteiras e costeiros para realizar operações conjuntas e intervenções rápidas nas fronteiras, entre outras), naturalmente sob reserva do consentimento do mesmo. O artigo 54.º veio, assim, permitir a celebração de acordos internacionais de tipo novo entre a União e determinados países terceiros, no quadro da política de relações externas daquela. Presentemente, estão em negociação acordos deste tipo com a Sérvia e com a Macedónia[32].

Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO), a Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (EU-LISA), a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust), o Serviço Europeu de Polícia (Europol), a Escola Europeia de Polícia (CEPOL) e o Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência (EMCDDA).

31 Ver supra, n.º 10.

32 Ver Statewatch News Online: EU, 2017, Deploying armed Frontex teams on the 'Balkan

Por seu lado, o artigo 55.º habilita a Agência a destacar oficiais de ligação em países terceiros, com prioridade para aqueles que, com base na análise de risco, constituam países de origem ou de trânsito da imigração ilegal. E acrescenta, em termos algo vagos, que só pode haver destacamento de oficiais de ligação para "países terceiros onde as práticas de gestão das fronteiras respeitem normas mínimas de proteção dos direitos humanos".

14. Todas estas modalidades de cooperação comportam o intercâmbio regular de informações nomeadamente através do Eurosur, que é o Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras, criado pelo Regulamento (UE) n.º 1052/5013 do PE e do Conselho de 22 de outubro, com base nas normas do TFUE que conferem competência à UE para adotar todas as medidas necessárias à introdução gradual de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas [artigo 77.º, n.º 2, alínea *d)*]. O Eurosur é definido como um quadro comum para o intercâmbio de informações e a cooperação entre os Estados-Membros e a Agência, destinado a melhorar o conhecimento da situação e a aumentar a capacidade de reação nas fronteiras externas, a fim de detetar, prevenir e combater a imigração ilegal e a criminalidade transfronteiriça e de contribuir para garantir a proteção e a salvaguarda da vida dos migrantes. O Eurosur permite ainda o conhecimento de todos os eventos ocorridos nas fronteiras externas dos Estados Schengen e o conhecimento situacional marítimo global designadamente através de imagens satélite fornecidas pelo *European Union Satellite Centre* (Eusatcent)[33].

A este respeito, o artigo 8.º, alínea *s)*, do Regulamento 2016/1624, vincando a relevância do papel da Agência, incumbe-a especificamente de "prestar a assistência necessária à criação e à gestão do Eurosur e, se for caso disso, à elaboração de um ambiente comum de intercâmbio de informações, incluindo a interoperabilidade dos sistemas, nomeadamente mediante a criação, manutenção e coordenação do quadro Eurosur".

Route': agreements with Serbia and Macedonia on the way.

33 Para maiores desenvolvimentos sobre o Eurosur, ver Nuno Piçarra, "Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração", cit. pp. 325-332.

15. A Agência e as autoridades nacionais responsáveis pela gestão das fronteiras estão sujeitas ao dever de cooperação leal enunciado pelo artigo 4.º, n.º 3, do TUE, bem como à obrigação de intercâmbio de informações "de forma atempada e rigorosa" (artigos 9.º e 10.º do Regulamento 2016/1624).

Por seu lado, o artigo 8.º, n.º 2, estabelece um importante limite à cooperação operacional nas fronteiras externas dos Estados-Membros, quer entre si quer com países terceiros em prol da Agência. Com efeito, nos termos daquela disposição conjugada com o 15.º considerando, os Estados-Membros só podem prosseguir tal cooperação (que pode, designadamente, incluir operações militares em missões de policiamento), se ela se revelar "compatível com as atribuições da Agência"[34], devendo abster-se de "qualquer atividade que possa comprometer o funcionamento ou a realização dos objetivos" desta e informá-la sobre as modalidades de cooperação acordadas.

É neste contexto que deve ser lido o artigo 73.º do TFUE, que reconhece aos Estados-Membros a liberdade de "organizar entre si e sob sua responsabilidade formas de cooperação e de coordenação, conforme considerarem adequado, entre os serviços competentes das respetivas administrações responsáveis pela garantia da segurança nacional". A gestão europeia integrada das fronteiras constitui, pois, um enquadramento e um limite incontornáveis à cooperação transfronteiriça bilateral e multilateral entre os Estados Schengen em matéria de controlo e de vigilância das fronteiras externas.

7.º Elemento: "Medidas técnicas e operacionais dentro do espaço Schengen"

16. O sétimo elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, elencado pelo artigo 4.º, alínea *g)*, do Regulamento 2016/1624, é

34 É de notar o contraste desta formulação com a formulação aparentemente menos limitativa do artigo 2.º, n.º 2, do anterior Regulamento n.º 2007/2004, nos termos do qual "os Estados-Membros podem prosseguir a cooperação operacional com outros Estados-Membros e/ou com países terceiros nas fronteiras externas, sempre que essa cooperação complemente as atividades da Agência" (ênfase acrescentada).

constituído pelas "medidas técnicas e operacionais dentro do espaço Schengen, relacionadas com o controlo das fronteiras e concebidas para dar uma melhor resposta à imigração ilegal e para combater a criminalidade transfronteiriça".

Neste contexto, no que respeita às medidas da competência da Agência, avultam, por um lado, em circunstâncias que exijam o reforço da assistência técnica e operacional nas fronteiras externas dos Estados-Membros *(i)* a coordenação e organização de operações conjuntas, a pedido de um deles, ou por sua própria iniciativa e (*ii*) a realização de intervenções rápidas, por tempo limitado, no caso dos Estados-Membros que estejam "confrontados com desafios específicos e desproporcionados" nas respetivas fronteiras externas, igualmente a seu pedido ou por iniciativa da própria da Agência [artigo 8.º, n.º 1, alíneas *d)* e *e)*, em conjugação com os 23.º e 24.º considerandos]. Em ambos os casos, aquelas disposições mandam a Agência ter em conta que "algumas situações podem implicar emergências humanitárias e salvamentos no mar". Este último segmento faz a ponte com o segundo elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, constituído, como se viu, pelas operações de busca e salvamento de pessoas no mar.

Por outro lado, cabe à Agência criar equipas europeias de guardas de fronteira e costeiros, incluindo uma reserva de reação rápida, a destacar durante as operações conjuntas e as intervenções rápidas nas fronteiras, lançadas nos termos dos artigos 15.º a 17.º[35], bem como no quadro das equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios, criadas nos termos do artigo 18.º. Aquelas equipas, como o seu nome indica, são compostas não só por guardas de fronteiras e outro pessoal competente dos Estados-Membros nelas participantes, mas também por guardas de fronteira e outro pessoal competente destacados pelos Estados-

35 Para maiores desenvolvimentos sobre as operações conjuntas e as intervenções rápidas nas fronteiras externas, ver Nuno Piçarra, "Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração", cit., pp. 317-325. Entre as operações conjuntas, destacam-se a Poseidon, lançada em 2006 com o objetivo de controlar as fronteiras externas no Mediterrâneo Oriental e a Triton, lançada em 2014 com o objetivo de vigiar as fronteiras nas águas próximas da costa italiana. Quanto ao destacamento de guardas e outros agentes em Estados-Membros de acolhimento, no final do primeiro semestre de 2017, 886 encontravam-se na Grécia, 149 na Bulgária, 345 em Itália, 50 em Espanha e 135 nos Balcãs Ocidentais.

Membros na qualidade de peritos nacionais que exercem funções na Agência (artigos 2.º, ponto 4, e 20.º, n.º 11).

A este respeito, a novidade em relação ao Regulamento n.º 2007/2004 está na previsão de uma "reserva de reação rápida" definida pelo artigo 20.º, n.º 2, como "um corpo permanente, totalmente à disposição da Agência, que pode ser destacado a partir de cada um dos Estados-Membros no prazo de cinco dias úteis a contar da data em que o plano operacional [previsto pelo artigo 16.º] tiver sido decidido entre o diretor-executivo e o Estado-Membro de acolhimento". Para o efeito, cada Estado-Membro coloca à disposição da Agência, numa base anual, um determinado número de guardas de fronteira ou de outro pessoal competente, cujos perfis são definidos por decisão do conselho de administração. O número total de agentes disponibilizados pelos Estados-Membros deve perfazer um mínimo de 1.500 guardas de fronteira ou outros agentes competentes. A contribuição de cada um encontra-se fixada pelo anexo I do Regulamento 2016/1624. Daí resulta que a Espanha deve contribuir com 111 guardas ou outros agentes e Portugal, com 47.

O artigo 20.º, n.º 5, precisa ainda que a Agência pode avaliar se os guardas de fronteira propostos pelos Estados-Membros correspondem aos perfis definidos e solicitar a um Estado-Membro que retire qualquer guarda de fronteira da reserva em caso de mau comportamento ou violação das regras aplicáveis.

17. Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, cabe ao Estado-Membro que acolhe, para os devidos efeitos, uma equipa europeia de guardas de fronteira e costeiros dar-lhe instruções durante o período de destacamento correspondente. Mas a Agência – a quem cabe garantir a execução operacional de todos os aspetos organizativos das operações conjuntas, projetos-piloto e intervenções rápidas nas fronteiras –, através do seu agente de coordenação, pode comunicar ao Estado-Membro de acolhimento as suas observações sobre as instruções transmitidas à equipa. Em tal hipótese, o Estado em causa "tem em conta essas observações e deve segui-las na medida do possível" (artigos 21.º, n.º 2, e 22.º, n.º 1).

Trata-se de um ponderado exercício de equilíbrio entre "as responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna" e as necessidades de uma efetiva gestão europeia integrada das fronteiras externas, em que a Agência não pode deixar de desempenhar um papel crucial.

O mesmo exercício prossegue, de resto, a propósito das "funções e poderes" dos membros das equipas, por definição não nacionais do Estado-Membro de acolhimento. Assim, nos termos do artigo 40.º, tais membros *(i)* só podem desempenhar funções e exercer poderes sob as ordens e, de um modo geral, na presença dos guardas de fronteira ou de pessoal do Estado-Membro de acolhimento, o qual pode autorizá-los a agir em seu nome (n.º 3); *(ii)* só são autorizados a recorrer à força, incluindo a armas de serviço, munições e equipamento, com o consentimento do Estado-Membro de origem e do Estado-Membro de acolhimento, na presença de guardas de fronteira deste último e nos termos da sua legislação, salvo em casos de legítima defesa (n.º 6).

Além do mais, as decisões de recusa de entrada nos termos do artigo 14.º do CFS só podem ser tomadas pelos guardas de fronteira do Estado-Membro de acolhimento ou pelos membros das equipas, se autorizados por aquele a agir em seu nome (n.º 9). Em contrapartida, o Estado-Membro de acolhimento deve autorizar os membros das equipas a consultar as bases de dados europeias quando tal for necessário para cumprir os objetivos especificados no plano operacional relativo aos controlos e à vigilância das fronteiras (n.º 8).

18. Uma última novidade no âmbito do sétimo elemento da gestão integrada das fronteiras é constituída pelas equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios, que o artigo 2.º, ponto 9, define como "as equipas de peritos que fornecem reforço técnico e operacional aos Estados-Membros nas zonas dos pontos de crise, compostas por peritos dos Estados-Membros destacados pela Agência e pelo Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO), bem como por peritos da própria Agência, da Europol ou de outras agências competentes da União.

As algo bizarramente denominadas "zonas dos pontos de crise", mais conhecidas por *hotspot areas*, são definidas pelo artigo 2.º, ponto 10, como zonas em que os Estados-Membros para cujo território tais equipas são destacadas[36], a Comissão, as agências da União competentes e os Estados-Membros participantes cooperam com o objetivo de gerir um desafio migratório existente ou potencialmente desproporcionado, caracterizado por um aumento significativo do número de migrantes que chegam às fronteiras externas"[37]. Até à data apenas foram criadas "zonas de pontos de crise" na Grécia e na Itália.

No quadro das equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios colocadas nas "zonas dos pontos de crise", cabe à Agência *(i)* destacar equipas de guardas de fronteira e costeiros, bem como enviar equipamento técnico, para prestar assistência na aferição de nacionalidade e identidade, nas entrevistas para a recolha de informação, na identificação e na recolha de impressões digitais; *(ii)* criar um procedimento para encaminhar as pessoas que carecem de proteção internacional ou desejam solicitá-la e fornecer-lhes as informações iniciais, em cooperação com o EASO e as autoridades nacionais.

Finalmente, cabe à Agência, nos termos do artigo 8.º, n.º 1, alínea *h)*, criar uma reserva de equipamentos técnicos a utilizar em operações conjuntas, intervenções rápidas nas fronteiras e no quadro das equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios.

8.ª Elemento: "Regresso"

19. O oitavo elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, elencado pelo artigo 4.º, alínea *h)*, do Regulamento 2016/1624, é o eufemisticamente chamado "regresso de nacionais de países terceiros contra os quais tenha sido proferida decisão de regresso por um Estado-Membro" em execução da Diretiva 2008/115/CE do PE e do Conselho

36 O artigo 2.º, ponto 5, do Regulamento 2016/1624 define genericamente como "Estado-Membro de acolhimento" aquele em que decorre ou a partir do qual for lançada uma operação conjunta ou intervenção rápida nas fronteiras, uma operação de regresso ou uma intervenção de regresso, ou no qual foi destacada uma equipa de apoio à gestão dos fluxos migratórios".

37 Ver Lilian Tsourdi, Administrative Governance in the EU Asylum Policy: The Limits of the European Administration in Establishing a Common Asylum Policy, Bruxelas, ULB, 2016.

de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

Como recorda o 32.º considerando do Regulamento 2016/1624, "em 15 de outubro de 2015, o Conselho Europeu solicitou o alargamento do mandato da Frontex em matéria de regresso com vista a incluir o direito de organizar operações conjuntas de regresso por iniciativa própria e a reforçar o seu papel no que respeita à obtenção de documentos de viagem para retornados". Tal orientação do Conselho Europeu já não pôde ser incorporada no Regulamento n.º 2007/2004[38]. Mas foi-o amplamente no Regulamento 2016/1624 que, levando-a muito a sério, dedicou ao "regresso" seis considerandos (32.º a 37.º) e toda a secção 4 do capítulo segundo (artigos 27.º a 33.º).

Retomando o disposto no artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva 2008/115, o artigo 2.º, pontos 11 e 12, define "regresso" como o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo *(i)* ao país de origem, *(ii)* a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão entre a União e Estados terceiros ou entre estes e os Estados-Membros a nível bilateral[39], ou de outras convenções, ou *(iii)* a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite. A "decisão de regresso", por sua vez, é definida como "uma decisão ou ato administrativo ou judicial

38 Este regulamento apenas contemplava o "regresso" (cuja definição nem sequer constava do artigo 1.º-A, dedicado às "Definições") o 11.º considerando e o artigo 9.º, n.º 1. Daqui resultava que a Frontex, estando encarregada de prestar aos Estados-Membros a assistência necessária, "sem entrar na questão de mérito das decisões de regresso", só a pedido dos Estados interessados poderia assegurar a coordenação ou a organização das operações conjuntas de regresso, designadamente mediante a locação de aeronaves para o efeito. Por outro lado, cabia à Frontex cooperar com as autoridades competentes dos países terceiros, identificando as melhores práticas sobre a obtenção de documentos de viagem e o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (artigo 9.º, n.º 2).

39 A este propósito é interessante notar a ressalva contida no 36.º considerando do Regulamento 2016/1624. Aí se lê que "a eventual existência de um acordo entre um Estado-Membro e um país terceiro não exime a Agência ou os Estados-Membros das suas obrigações decorrentes do direito da União ou internacional, nomeadamente no que diz respeito à observância do princípio da não-repulsão". O legislador da União parece dar por implicitamente adquirido que existem acordos bilaterais de readmissão que não observam tal princípio.

que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso"[40]. Decorre destas definições algo redundantes que o nacional de país terceiro objeto de tal decisão pode ser enviado para um país onde nunca esteve, situação em que, como facilmente se compreende, não pode falar-se de regresso em sentido próprio[41].

A estas definições o artigo 2.º, ponto 13, do Regulamento 2016/1624 acrescenta outra não constante da Diretiva 2008/115/CE: a de "retornado", definido, como que por antecipação, como "o nacional de um país terceiro em situação irregular contra o qual foi proferida decisão de regresso por um Estado-Membro". O mesmo artigo, ponto 14, opta por definir o conceito de "operação de regresso" introduzido pelo Regulamento n.º 2007/2004 como aquela que, sendo coordenada pela Agência, "implica a prestação de reforço técnico e operacional por um ou mais Estados-Membros, no âmbito da qual se efetua o regresso, forçado, ou voluntário, de um ou mais Estados-Membros, de retornados" (*sic*).

20. O "regresso" na aceção acabada de recordar torna-se um elemento central da gestão europeia integrada das fronteiras, recorrentemente referido, a propósito ou a despropósito, ao longo do articulado do Regulamento 2016/1624[42]. Neste domínio, o papel da Agência resulta inequivocamente alargado, tratando-se, desde logo, da coordenação ou organização, também por sua própria iniciativa, de "operações conjuntas de regresso", de modo a "reforçar o sistema de regresso dos Estados-Membros que requeiram assistência operacional e técnica reforçada para cumprirem as respetivas obrigações relativas ao regresso de nacionais de países terceiros, de acordo com a Diretiva 2008/115/CE" [artigo 8.º, n.º 1, alínea *l)*, conjugado com o 33.º considerando do Regulamento 2016/1624]. O mesmo vale tratando-se da assistência aos Estados-

40 Neste contexto, o "nacional de país terceiro" é definido pelo artigo 2.º, ponto 6, do CFS, como "qualquer pessoa que não seja cidadão da União na aceção do artigo 20.º, n.º 1, do TFUE nem seja abrangida pelo ponto 5 do presente artigo", que define os "beneficiários do direito à livre circulação ao abrigo do direito da União".

41 Na terminologia da Diretiva 2008/115/CE, "afastamento" é "a execução do dever de regresso, ou seja, o transporte físico para fora do Estado-Membro".

42 Ver, por exemplo, o artigo 12.º, n.º 3, ou o artigo 8.º, n.º 2.

Membros na obtenção de documentos de viagem para tais operações, "em cooperação com as autoridades dos países terceiros competentes".

O reforço do papel da Agência também passa pela aquisição de novas atribuições. Estão entre elas, por um lado, a criação de "reservas de controladores de regressos forçados, de escoltas de regressos forçados e de peritos em regresso", enumeradas no artigo 8.º, n.º 1, alínea *n)*, e reguladas respetivamente pelos artigos 29.º, 30.º e 31.º. Os três artigos contêm uma disposição exigindo a inclusão, em todas essas "reservas", de "peritos com competência específica em matéria de proteção de crianças". Por outro lado, está a criação, com base nas reservas constituídas em cumprimento dos três últimos artigos, de equipas europeias de intervenção para o regresso e o seu destacamento durante as "intervenções de regresso" [artigos 8.º, n.º 1, alínea *o)*, 32.º e 33.º].

A nova figura da "intervenção de regresso" é redundantemente definida pelo artigo 2.º, ponto 15, como uma atividade da Agência que "proporciona assistência técnica e operacional reforçada aos Estados-Membros e que consiste no destacamento (…) de equipas europeias de intervenção para o regresso e na organização de operações de regresso". Através da leitura do artigo 33.º, percebe-se que tais intervenções têm lugar a pedido dos Estados-Membros confrontados com encargos resultantes da execução da obrigação de regresso de nacionais de países terceiros contra os quais tenham sido proferidas decisões correspondentes, quer por eles próprios quer por outros Estados-Membros. Se a execução dessa obrigação confrontar um Estado-Membro "com desafios específicos e desproporcionados", a Agência prestará, a pedido do mesmo, "a assistência técnica e operacional necessária sob a forma de intervenção rápida de regresso", em que o destacamento das equipas e a organização das operações deverão processar-se, portanto, de forma célere.

É bem conhecido que a "política de regresso" da UE se tem caracterizado, por razões várias que não cabe aqui desenvolver, por uma considerável ineficácia[43]. Ainda é cedo para se saber se o reforço do

43 Sobre o tema do "regresso", ver por último Alessandra Lang, "The EU legal regime of migration and the external borders", in Iliopoulos-Strangas, Potacs, Tanasescu e Ziller (eds.) Migration – Migration – Migrations, cit., pp. 155-157, recordando os principais motivos da ineficácia

papel da Agência na matéria contribuirá para reverter a situação.

9.º Elemento: "Tecnologias avançadas"

21. O nono elemento da gestão europeia integrada das fronteiras, elencado pelo artigo 4.º, alínea *i)*, do Regulamento 2016/1624, consiste na utilização, para o efeito, das "tecnologias mais avançadas, incluindo sistemas de informação de grande escala". A correspondente atribuição da Agência vem prevista pelo artigo 8.º, alínea *q)*, nos termos da qual lhe cabe participar no desenvolvimento e na gestão de atividades de investigação e inovação relevantes para o controlo e vigilância das fronteiras externas, incluindo a utilização de tecnologias de vigilância avançadas.

Esta atribuição de "primeira geração" da Agência[44] encontra-se atualmente disciplinada pelo artigo 37.º do Regulamento 2016/1624, que a encarrega de prestar assistência aos Estados-Membros e à Comissão na identificação dos principais temas de investigação e na elaboração e execução dos programas-quadro da União relevantes para as atividades de investigação e inovação. Sendo caso disso, os resultados da investigação podem ser utilizados pela Agência em operações conjuntas, intervenções rápidas nas fronteiras externas e em operações e intervenções de regresso.

22. Os sistemas de informação de grande escala utilizados neste contexto são basicamente, por um lado, o Sistema de Informação Schengen de segunda geração (SIS II), objeto simultaneamente do Regulamento n.º 1987/2006 do PE e do Conselho de 20 de dezembro e da Decisão 2007/533/JAI do Conselho de 12 de junho e, por outro, o Sistema de

que caracteriza a "política de regresso" da UE: por um lado, a grande dificuldade quando não mesmo a impossibilidade de identificar devidamente muitos dos "retornados", desde logo por falta de documentos, e a consequente dificuldade em encontrar um país terceiro que queira admiti-los no seu território; por outro lado, a proibição geral de afastar "retornados" em violação dos direitos fundamentais.

44 Com efeito, o Regulamento n.º 2007/2004, na versão originária, referia-se à função da Frontex de participar no desenvolvimento das pesquisas relevantes em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas, no 8.º considerando e nos artigos 2.º, n.º 1, alínea d) e 6.º. Nenhuma destas referências foi revista até à revogação do mesmo regulamento pelo Regulamento 2016/1624.

Informação sobre Vistos (VIS), objeto do Regulamento n.º 767/2008 do PE e do Conselho de 9 de julho. Há que mencionar ainda o sistema "Eurodac" criado pelo Regulamento n.º 603/2013 do PE e do Conselho, de 26 de junho. Trata-se de um sistema de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento n.º 604/2013, da mesma data, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei.

Na verdade, por força do Regulamento n.º 603/2013, cada Estado-Membro é obrigado a recolher "sem demora" as impressões digitais não só de cada requerente de proteção internacional com, pelo menos, 14 anos de idade (artigo 9.º), mas também dos nacionais de países terceiros ou apátridas com, pelo menos, 14 anos de idade, intercetados pelas autoridades de controlo competentes por ocasião da passagem ilegal das fronteiras terrestres, marítimas ou aéreas desse Estado-Membro, provenientes de um país terceiro e que não sejam afastados ou que permaneçam fisicamente no território dos Estados-Membros (artigo 14.º).

Finalmente, com relevância em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas, está em preparação o Sistema de Entrada e Saída (EES), relançado pela proposta da Comissão de 6 de abril de 2016. Visa-se através dele o registo dos dados das entradas e saídas e dos dados das recusas de entrada dos nacionais de países terceiros aquando da passagem das fronteiras externas da UE, designadamente para efeitos da garantia de que tais pessoas não excederão o período de permanência legal no interior da União[45].

10.º Elemento: "Mecanismo de Avaliação de Schengen"

23. O penúltimo elemento do conceito em análise, elencado

45 COM(2016) 194 final. Sobre o tema, ver Didier Bigo e.a, Evaluating current and forthcoming proposals on JHA databases and a smart borders system at EU external borders, Estudo para a Comissão LIBE do PE, 2012, disponível na internet em http://www.europarl.europa.eu/studies.

pela alínea *j)* do artigo 4.º do Regulamento 2016/1624, consiste no "mecanismo de controlo de qualidade, em especial, o mecanismo de avaliação de Schengen e eventuais mecanismos nacionais, para garantir a aplicação da legislação da União no domínio da gestão das fronteiras". A expressão "mecanismo de controlo de qualidade" não tem tradição neste contexto. Seja como for, pontifica nele, sem dúvida, o chamado mecanismo de avaliação de Schengen.

Este último releva originariamente de uma lógica intergovernamental de "avaliação mútua" ou de "fiscalização interpares" no que respeita ao cumprimento das desigualmente pesadas obrigações de controlo e vigilância das fronteiras externas que impendem sobre os Estados integrados no "espaço europeu sem controlos nas fronteiras internas". Tal lógica contrapõe-se à lógica comunitária ou supranacional da garantia do cumprimento das obrigações a cargo dos Estados-Membros, assente, no essencial, na dupla institucional Comissão/Tribunal de Justiça, no quadro do procedimento por incumprimento atualmente previsto pelos artigos 258.º a 260.º do TFUE[46].

O mecanismo de avaliação de Schengen remonta às chamadas "comissões de visita às fronteiras externas", criadas em termos relativamente informais na vigência do Acordo de Schengen e da sua Convenção de Aplicação. Tais comissões eram compostas por peritos de cada Parte Contratante e tinham por missão "recolher informação sobre a organização geral dos controlos nas fronteiras externas, assim como sobre os meios implementados e os principais problemas que se colocam por ocasião desses controlos". Cabia-lhes elaborar um relatório de cada visita, propondo "soluções concretas para os problemas assinalados". O objetivo era o de criar um mínimo de confiança mútua entre Partes Contratantes que, suprimindo os controlos de pessoas nas fronteiras comuns, colocavam de algum modo em comum os respetivos territórios e a segurança interna a eles relativa.

46 Para maiores desenvolvimentos, ver Nuno Piçarra, "As garantias de cumprimento das obrigações dos Estados-Membros no espaço de liberdade, segurança e justiça", in Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 707-729, e bibliografia aí citada.

Não admira, por isso, que as comissões de visita às fronteiras externas tivessem evoluído, ainda na vigência daqueles acordos, para a chamada Comissão Permanente de Avaliação e Aplicação de Schengen, criada por decisão do Comité Executivo que encabeçava a estrutura de concertação permanente instituída pelos mesmos acordos, de 18 de setembro de 1998, e dotada de competência de avaliação/fiscalização relativamente não só ao controlo das fronteiras externas, mas também a todos as restantes partes do acervo de Schengen (vistos uniformes de curta duração, asilo, combate à imigração ilegal, cooperação policial e cooperação judiciária em matéria penal). Incumbia à Comissão Permanente verificar, por um lado, a boa aplicação do acervo de Schengen nos Estados a ele vinculados na sua totalidade ou só em parte. Por outro lado, incumbia-lhe verificar o cumprimento das condições necessárias à integração total ou parcial de um Estado candidato no espaço Schengen[47].

A referida decisão do Comité Executivo de Schengen, transformada em direito da UE na sequência da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão veio a ser revogada pelo já mencionado Regulamento n.º 1053/2013, que cria um mecanismo de avaliação e de monitorização para verificar a aplicação do acervo de Schengen, tendo entretanto o Tratado de Lisboa introduzido no TFUE uma base jurídica expressa para o efeito, a saber, o artigo 70.º.

24. Nos termos deste artigo, "sem prejuízo dos artigos 258.º, 259.º e 260.º, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas que estabeleçam as regras através das quais *os Estados-Membros, em colaboração com a Comissão*, procedem a uma *avaliação* objetiva e imparcial da execução, por parte das autoridades dos Estados-Membros das *políticas da União referidas no* [*Título V da Parte III*], especialmente para incentivar a aplicação plena do princípio do *reconhecimento mútuo*" (ênfase acrescentada).

47 A integração parcial no espaço Schengen, sem supressão dos controlos de pessoas nas fronteiras comuns, só está prevista para a Irlanda e para o Reino Unido, atualmente nos termos dos artigos 4.º e 5.º do Protocolo relativo ao acervo de Schengen integrado no âmbito da UE, anexo ao TUE e ao TFUE. Sobre o tema ver Nuno Piçarra, "O Tratado de Lisboa e o espaço de liberdade, segurança e justiça", in A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – aspectos centrais, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 144-151.

Daqui decorre que, ao contrário do que resulta do artigo 4.º, alínea *j)*, em análise, o mecanismo de avaliação de Schengen está longe de se limitar à garantia da "aplicação da legislação da União no domínio da gestão das fronteiras". O Regulamento n.º 1053/2013 corrobora-o amplamente e dele resulta, por outro lado, que a Comissão acaba por ter um protagonismo que ultrapassa a mera "colaboração com os Estados-Membros"[48].

A participação da Agência no mecanismo de avaliação de Schengen encontra-se sintetizada no 17.º considerando deste último regulamento: "A Frontex deverá apoiar a aplicação do mecanismo de avaliação, especialmente no domínio da análise dos riscos relacionados com as fronteiras externas. O mecanismo de avaliação deverá igualmente poder contar com os conhecimentos especializados da assistência da Frontex numa base casuística aquando da realização de visitas às fronteiras externas".

25. Pode dizer-se que a "quintessência" do mecanismo de avaliação em análise reside na possibilidade de realização de visitas "no local" do Estado avaliado "sem aviso prévio, como complemento das visitas anunciadas, em especial no que se refere aos controlos nas fronteiras e aos vistos" (artigo 13.º conjugado com o 12.º considerando). "Se numa visita no local for detetada uma deficiência grave passível de constituir uma ameaça grave para a ordem pública ou a segurança interna no espaço sem controlos nas fronteiras internas, a Comissão, por sua própria iniciativa ou a pedido do Parlamento Europeu ou de um Estado-Membro, deve informar o mais rapidamente possível desse facto o Parlamento Europeu e o Conselho" (artigo 16.º, "Acompanhamento e monitorização", n.º 7).

Por outro lado, se no relatório de avaliação elaborado nos termos do artigo 14.º se concluir que o Estado-Membro avaliado negligencia gravemente as suas obrigações, deverá este apresentar, no prazo de três meses, um relatório sobre a execução do plano de ação por si estabelecido com vista a corrigir as deficiências identificadas (artigo 16.º, n.º 4). Porém, se após esse prazo, a Comissão considerar que a

48 Ver, por exemplo, o 10.º considerando e os artigos 3.º, n.º 2, 5.º, 14.º, n.º 5, e 16.º.

situação persiste, pode desencadear o procedimento do artigo 29.º do CFS, "caso estejam reunidas todas as condições para o fazer". É o que prevê o artigo 21.º, n.ºs 1 e 3, do CFS.

Note-se que, após a alteração introduzida no artigo 29.º, n.º 1, pelo artigo 80.º do Regulamento 2016/1624, só ficam abrangidas pelo artigo 21.º do CFS, as "negligências graves" dos Estados Schengen que não se encontrem "confrontados com desafios específicos e desproporcionados nas suas fronteiras externas". Se for este o caso, resulta do artigo 19.º, n.º 1, alínea *b)*, e n.º 10, do Regulamento 2016/1624 que o procedimento do artigo 29.º do CFS só poderá ser desencadeado contra o Estado em causa verificadas duas condições: *(i)* que, num primeiro momento, tal Estado não tenha solicitado à Agência apoio suficiente nos termos dos artigos 15.º, 17.º (lançamento de operações conjuntas e de intervenções rápidas nas fronteiras externas) ou 18.º (equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios), ou então, tendo-o solicitado, não haja tomado "as medidas necessárias para executar as ações previstas nestes artigos"; *(ii)* que, num segundo momento, tal Estado não cumpra, no prazo de trinta dias, a decisão do Conselho identificando as medidas a tomar pela Agência, suscetíveis de atenuar o risco para o bom funcionamento do espaço Schengen resultante da ineficácia do controlo nas suas fronteiras externas, não cooperando com aquela[49].

11.º Elemento: "Mecanismos de solidariedade"

26. O último elemento do conceito de gestão europeia integrada das fronteiras está contemplado pelo artigo 4.º, alínea *k)*, do Regulamento 2016/1624 e reporta-se aos "mecanismos de solidariedade, em especial, instrumentos de financiamento da União".

Como já se recordou, por força dos artigos 67.º, n.º 2, e 80.º do TFUE, as políticas comuns em matéria de controlo das fronteiras externas, de asilo e de imigração, assim como a respetiva execução,

49 Para uma apreciação da nova solução ver Nuno Piçarra, "Union européenne, frontières extérieures et frontières intérieures dans la «crise des migrants et des réfugiés sans précédent». Sur l'article 29 du code frontières Schengen et sur la décision d'exécution 2016/894 du Conseil", cit., pp. 86-90.

devem reger-se pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro. O segundo artigo citado determina mesmo que "sempre que necessário", os atos da União adotados em desenvolvimento destas políticas contenham medidas de aplicação do princípio.

Tratando-se, em especial, da execução essencialmente descentralizada de políticas comuns num espaço sem controlos nas fronteiras internas como o espaço Schengen, a solidariedade torna-se verdadeiramente crucial, tendo em conta a diferente situação geográfica dos Estados-Membros, a extensão e outras características das respetivas fronteiras externas, a pressão imigratória e de requerentes de proteção internacional muito diferente a que estas estão sujeitas e a diversidade de meios financeiros e de pessoal que tais Estados dispõem para a execução de tais políticas. Nalguns casos, poder-se-ia até dizer que esses meios variam na razão inversa das dificuldades com que deparam para o efeito.

Além do mais, no estádio atual da UE, a transição para uma centralização geral, de acordo com uma lógica federal, da execução de tais políticas – porventura o modo mais expedito de contornar as profundas assimetrias detetadas – exigiria uma substancial revisão dos tratados, relativamente à qual o consenso necessário entre os Estados-Membros se mostra à partida excluído.

27. Seja como for, desde que a União começou a ver-se confrontada com a "crise migratória e de refugiados sem precedentes", não são poucos os exemplos de efetiva falta de solidariedade entre os Estados-Membros. No âmbito do controlo das fronteiras externas – e para só citar um exemplo –, tem sido notória a sua pouca disponibilidade para contribuir para as equipas europeias de guardas de fronteira a partir das quais são lançadas operações conjuntas e intervenções rápidas nas fronteiras externas dos Estados a braços com maiores dificuldades em procederem ao controlo e à vigilância a que estão obrigados por força do CFS. A tal ponto que o Regulamento 2016/1624 veio prever no seu artigo 21.º a já analisada reserva de reação rápida que se pretende um corpo permanente, totalmente à disposição da Agência com um

número mínimo de 1500 guardas de fronteira ou outros agentes competentes, a disponibilizar pelos Estados-Membros de acordo com um contingente predeterminado.

Neste contexto, poder-se-ia ainda referir a recusa pura e simples, por parte de alguns Estados-Membros, de executarem a Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho de 22 de setembro, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Grécia e da Itália, baseada no artigo 78.º, n.º 3, do TFUE[50]. Esta decisão determina, como se sabe, a recolocação gradual de 120.000 requerentes de proteção internacional que entraram e se encontram naqueles dois Estados-Membros, no território dos restantes, de acordo com os contingentes estabelecidos nos dois anexos da mesma decisão. O facto de, entretanto, o Tribunal de Justiça, em acórdão de 6 de setembro de 2017[51], ter negado provimento ao recurso de anulação interposto da Decisão 2015/1601 não parece constituir, sem mais, garantia do seu efetivo cumprimento por parte dos Estados-Membros que interpuseram tal recurso e/ou que o apoiaram.

28. Passando, finalmente, aos "instrumentos de financiamento da União", há a mencionar o Regulamento n.º 515/2014 do PE e do Conselho de 16 de abril, que cria, no âmbito do Fundo para a Segurança Interna, um instrumento de apoio financeiro em matéria de fronteiras externas e de vistos. Destina-se a promover a execução da Estratégia de Segurança Interna para a UE, aprovada pelo Conselho em fevereiro de 2010, e a assegurar que ela se torne uma realidade operacional. Como recorda o 4.º considerando, tal estratégia, desenvolvida pela comunicação da Comissão de novembro desse ano, identifica concretamente "cinco objetivos estratégicos: desmantelar as redes internacionais de criminalidade, prevenir o terrorismo e responder à radicalização e ao recrutamento, reforçar os níveis de segurança para os cidadãos e as empresas no ciberespaço, reforçar a segurança através

50 Nos termos do qual, recorde-se, "no caso de um ou mais Estados-Membros serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros".

51 Proferido nos processos apensos Eslováquia contra Conselho, C-643/15, e Hungria contra Conselho, C-647/15.

da gestão das fronteiras e reforçar a capacidade de resistência da Europa perante crises e catástrofes".

O Fundo deve conferir uma atenção particular aos Estados-Membros que se vejam confrontados com um ónus excessivo resultante dos fluxos migratórios por causa da sua situação geográfica (12.º considerando). E o instrumento criado pelo Regulamento n.º 515/2014 para o período 2014-2020 deve basear-se no processo de reforço da capacidade desenvolvido com a assistência do Fundo para as Fronteiras Externas criado para o período 2007-2013 (18.º considerando). O montante orçamentado passou de 1,32 biliões de euros para 2,76 biliões de euros.

O objetivo do novo instrumento é contribuir para suportar os custos de operação relacionados com o controlo de fronteiras e com a política de vistos – inclusive através de ajuda de emergência para dar resposta imediata a pressões migratórias imprevistas ou riscos para a segurança das fronteiras externas –, permitindo que os Estados-Membros mantenham capacidades cruciais para o espaço sem controlos nas fronteiras internas. Tal apoio consiste no reembolso integral de uma seleção de custos específicos relacionados com os objetivos do instrumento, devendo fazer parte integrante dos programas nacionais (19.º considerando).

O instrumento em análise deve ainda apoiar o desenvolvimento, por parte da UE, de sistemas informáticos, com base nos existentes e/ou em novos, capazes de equipar os Estados-Membros com as ferramentas necessárias à gestão do movimento de nacionais de países terceiros através das fronteiras de forma mais eficiente e assegurar uma melhor identificação e verificação dos viajantes, facilitando as viagens e reforçando a segurança das fronteiras (28.º considerando). Deve igualmente apoiar a aplicação do mecanismo de avaliação de Schengen, mecanismo esse que, como enfatiza o 33.º considerando, constitui uma "ferramenta essencial para viabilizar a aplicação das políticas da União no espaço de liberdade, segurança e justiça, assegurando um elevado nível de proteção das fronteiras externas, bem como a ausência de controlos de fronteira no interior do espaço Schengen".

O Regulamento n.º 515/2014 faz parte de um pacote que integra também *(i)* o Regulamento n.º 516/2014, que cria o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração; *(ii)* o Regulamento n.º 513/2014 que cria, no âmbito do Fundo para a Segurança Interna, um instrumento de apoio financeiro à cooperação policial, à prevenção e luta contra criminalidade e à gestão de crises; *(iii)* o Regulamento n.º 514/2016, que estabelece disposições gerais aplicáveis ao fundo criado pelo Regulamento n.º 516/2014 e ao instrumento criado pelo Regulamento n.º 513/201452.

52 Para maiores desenvolvimentos ver Steve Peers, EU Justice and Home Affairs Law, Volume I: EU Immigration and Asylum Law, cit., pp. 61-64 e pp. 160-161; Nuno Piçarra, "Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração", cit., pp. 332-337.

COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA: EL PAPEL DE LOS ORGANISMOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS

Iñigo Sanz Rubiales
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

1. Derecho Administrativo y principio de territorialidad [1]

El Derecho Administrativo es un derecho territorial, cuya aplicación se ciñe al territorio constitutivo de la persona jurídico-pública superior, de supremacía y fines generales, que puede ser el Estado, o los municipios, o las entidades territoriales intermedias (Regiones, Estados federados, Comunidades Autónomas… la terminología es, en este ámbito, muy variada). El territorio se configura como el ámbito de actuación de las potestades públicas y, en ese sentido, constituye un límite para la validez de las normas y actos administrativos[2].

Sin embargo, los efectos de las actuaciones administrativas pueden y

1 Cfr., SANZ RUBIALES, Í., "Principio de territorialidad del Derecho Administrativo y cooperación transfronteriza", en VV.AA., (coord. V. HERNÁNDEZ MENDIBLE), Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, t. II, Ediciones Paredes, Caracas 2009, págs. 1347 y ss.

2 TRÍAS PRATS, B., "La actuación exterior de las Comunidades Autónomas para la cooperación al desarrollo. El marco constitucional", Revista Aragonesa de Administración Pública, n. 25 (2004), pág. 327. Véase, al respecto, la doctrina contenida en la STC núm. 65/1998 (Pleno), de 18 marzo, FJ 6º. Y la reciente STS de 29 de junio de 2016 (Rec. cas. 1013/2015).

deben tener, en ocasiones, efectos mas allá del territorio propio. Como recuerda el Tribunal Constitucional (con referencia a las Comunidades Autónomas, pero aplicable a las demás Administraciones públicas), negar a las Administraciones territoriales la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias fuera de su ámbito territorial de actuación "equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación" (STC 96/1984, de 19.10). De hecho, el mismo Tribunal llega mas lejos cuando reconoce, en su sentencia 165/1994, de 21 de mayo, que en ejercicio de sus propias competencias, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo actividades con proyección en el exterior, sin invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de Relaciones Internacionales[3].

Por lo tanto, las normas jurídico-administrativas reguladoras de una Administración (estatal, regional o local) no son aplicables en el territorio de otros Estados, regiones o Entidades locales, salvo que se aprueben los necesarios convenios o acuerdos (internacionales, en su caso) o salvo que una autoridad superior a las entidades implicadas obligue a reconocer los efectos transterritoriales de las actuaciones de unas y otras Entidades[4]. Los instrumentos utilizados para conseguir dichos efectos pueden ser de Derecho Internacional (Tratados

3 "No cabe excluir – señala la sentencia en su FJ 8º – que las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo actividades que supongan una conexión o relación con entidades públicas exteriores al Estado, en tanto tales conexiones o relaciones no incidan en la reserva estatal prevista en el art. 149.1.3 C.E., o perturben el ejercicio de las actividades que la integran". Los límites ya los había señalado en el FJ 6º: "la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe entenderse limitada a aquéllas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un ius contrahendi, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales".

4 Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo I, 17ª edic., Thomson-Civitas, Madrid 2015, págs. 110-111. Vid., igualmente, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Fundamentos de Derecho Administrativo I, Ceura, Madrid 1988, pág. 368. En efecto, para poder superar los estrechos límites del principio de territorialidad en la aplicación del Derecho Administrativo resulta imprescindible la celebración de Tratados internacionales que permitan una flexibilización de dicha aplicación: "(…) Sólo dentro del territorio nacional (art. 1 Cc) pueden las normas alcanzar pleno vigor; fuera de él, no consiguen eficacia más que mediante la colaboración de los otros Estados o como reflejo de la que tengan dentro de la propia esfera de soberanía" (DE CASTRO Y BRAVO, F., Derecho Civil de España, edic. facsímil en Civitas, Madrid 1984, pág. 675).

internacionales), de Derecho comunitario (Directivas, reglamentos) o de Derecho administrativo interno (obligaciones de auxilio[5] que pueden concretarse normativamente o por convenios, etc.), pero los efectos, en todo caso, se rigen por el Derecho Administrativo.

En efecto, las relaciones interestatales se regulan, como es sabido, por el Derecho Internacional Público; las que se dan entre Estados y Entidades territoriales, y entre éstas y los usuarios, por el derecho interno (básicamente, Derecho Administrativo y, en el último supuesto, también Derecho privado). Pero el derecho aplicable a la denominada "cooperación transfronteriza" entre entidades infraestatales de diversos Estados es Derecho público interno y no Derecho Internacional público[6]: las Entidades territoriales infraestatales no se someten directa y exclusivamente a esta rama del derecho, a diferencia de los Estados o las organizaciones internacionales: su existencia, su personalidad jurídica, sus competencias derivan del derecho interno y normalmente sólo se someten a él[7].

2. Necesidad de cooperación transfronteriza

El carácter territorial del Derecho Administrativo impide la adecuada

5 Véase, p. ej., el art. 141.3 LRJSP: "La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales deberán colaborar y auxiliarse para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales. Los posibles costes que pueda generar el deber de colaboración podrán ser repercutidos cuando así se acuerde", y el art. 142 LRJSP: "Las obligaciones que se derivan del deber de colaboración se harán efectivas a través de las siguientes técnicas: c) El deber de asistencia y auxilio, para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias, en especial cuando los efectos de su actividad administrativa se extiendan fuera de su ámbito territorial".

6 LEJEUNE, Y., "Le cadre juridique de la coopération transfrontalière décentralisée franco-belge », en VV.AA., Le fait régional et la construction européenne, Bruylant, Bruxelles 2003, págs. 289-290.

7 Así lo pone de manifiesto el Tratado de Valencia entre España y Portugal sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, de 3 de octubre de 2002, cuyo art. 6 dispone que "en lo no previsto por el presente Tratado en cuanto al régimen jurídico de los convenios de cooperación transfronteriza, serán de aplicación, respectivamente, los principios generales del Derecho administrativo portugués y español (…)". La supletoriedad de los principios de Derecho Administrativo muestra que es esta la rama del Derecho aplicable a dichas relaciones.

satisfacción de las necesidades de grupos de población transfronterizos. En efecto, las relaciones sociales y jurídico-mercantiles características de poblaciones fronterizas demuestran la extraordinaria permeabilidad del tejido social y económico de estas poblaciones, muchas veces con una centenaria tradición, permeabilidad a la que contribuyen especialmente las relaciones jurídico-privadas. Sin embargo, y de forma sorprendente, la aplicación del Derecho administrativo no suele sobrepasar la línea fronteriza…; la vida, la sociedad civil, van por delante del Derecho y, más específicamente, del derecho administrativo.

Pero esas poblaciones antedichas, cuya vida se desenvuelve a caballo entre varios Estados, tienen, además, necesidades cuya satisfacción corresponde asegurar al poder público: mayormente, servicios públicos (en sentido estricto o en sentido amplio): transportes, suministro y saneamiento de agua, recogida y gestión de residuos, acceso a la red eléctrica, educación, asistencia sanitaria, etc.; pero también deben hacer uso de infraestructuras públicas, como puentes, túneles o carreteras; pueden, incluso estar ubicadas en zonas de especial interés ambiental, cuya gestión debería ser coordinada, porque la naturaleza (la flora y, especialmente, la fauna) no conoce de fronteras administrativas. En este sentido, los sujetos territoriales fronterizos tienen una cierta tendencia a coexistir e interactuar con otras categorías de actores internacionales y organizaciones transnacionales: estos territorios constituyen, por eso, "microlaboratorios de integración europea"[8].

Estas necesidades reclaman una gestión prestacional única y coordinada, regulada, en último extremo, por el Derecho Administrativo, porque las Administraciones de ambos lados de la frontera son, o bien titulares de la actividad (servicios públicos en sentido estricto), o bien titulares de los bienes destinados al uso público (infraestructuras) o bien, al menos, responsables de que la respectiva población pueda acceder en condiciones adecuadas a los servicios correspondientes. Debe ser el propio Derecho Administrativo el que arbitre las soluciones para la satisfacción de estas necesidades.

8 Cfr., RUSSO, A.M., "Un nuevo «juego interactivo» en el tablero de ajedrez del derecho transnacional: la cooperación territorial transfronteriza en el marco jurídico europeo", *Revista catalana de Dret Public*, n. 47 (2013), pág. 166.

En el caso de los servicios – dejando, pues, de lado ahora las infraestructuras – la proximidad de la prestación constituye un elemento esencial: deberán ser, ordinariamente, las entidades más próximas a las poblaciones fronterizas las que presten el servicio; y si no pueden ser prestadoras, en virtud de la distribución interna de competencias, deberá ser su territorio el que acoja la prestación.

Lógicamente, para lograr la adecuada satisfacción de las necesidades de la población en estos casos es imprescindible la cooperación entre entidades públicas de ambos lados de la frontera, desde el máximo nivel, los Estados en la celebración de Tratados internacionales, hasta los niveles más próximos a las poblaciones, los municipios o, en su caso, regiones, en las relaciones de cooperación transfronteriza. Sólo mediante la cooperación – articulada convenientemente mediante instrumentos jurídico-públicos – se podrán superar los límites del principio de territorialidad.

3. En concreto, la habilitación a las entidaes infraestatales para las relaciones transfronterizas de cooperación

¿Cuáles son los instrumentos jurídicos que permiten a las Administraciones infraestatales relacionarse con otras de otros Estados y actuar eficazmente fuera del territorio del Estado propio?

Como se señaló mas arriba, el principio de territorialidad impide que las entidades infraestatales puedan someterse a un derecho público de un país distinto. Sin embargo, actualmente estas reservas están superadas, porque el Estado propio puede habilitar a aquellas, bien por la vía convencional, bien por la vía constitucional, para el establecimiento de relaciones transfronterizas, en general, y para someterse a un derecho público extranjero, en su caso, pero a estas hay que añadir la vía comunitaria, siempre dentro del marco de competencias atribuidas a la Unión Europea por los Tratados:

a) La vía convencional clásica. En el ámbito europeo, las relaciones transfronterizas ente entidades territoriales se han venido

apoyando en un Tratado internacional multilateral, celebrado bajo los auspicios del Consejo de Europa: el Convenio Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza entre comunidades o autoridades territoriales, de 21 de mayo de 1980 (conocido como Convenio de Madrid), de acuerdo con el cual se han venido celebrando Tratados bilaterales entre Estados parte de aquel Convenio, limítrofes, que han habilitado a su vez a las correspondientes Entidades territoriales de ambos Estados para la celebración de convenios transfronterizos de diverso alcance. En el caso luso-español, contamos con el Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 (BOE del 12 de septiembre de 2003), celebrado bajo el amparo del Convenio de Madrid[9].

b) La vía constitucional. Aunque las Constituciones europeas no suelen prever de forma expresa la posibilidad de que las Entidades territoriales inferiores al Estado puedan celebrar convenios de cooperación transfronteriza con entidades de otros Estados, últimamente sí que se han adoptado algunas previsiones[10]. En el ordenamiento español, las previsiones no se encuentran recogidas en el texto constitucional, pero los Estatutos de las Comunidades Autónomas y la legislación local han venido a recoger previsiones habilitadoras de este tipo de relaciones[11].

9 Véase el Informe *La Cooperación Transfronteriza realizada por las Entidades Territoriales españolas*, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, octubre 2016, que incluye un listado de mas de treinta convenios de Cooperación Transfronteriza derivados o relacionados con el Tratado con Portugal (Tratado de Valencia), págs. 21 y ss.

10 Vid., p. ej., el art. 17.9 de la Constitución Italiana y la Ley 131/2003 de desarrollo de aquel (cfr., ALLEGRI, M. R., "Cooperazione transnazionale fra enti substatuali: dalla Convenzione di Madrid al GECT", *Le Regioni,* n. 2 (2009), pág. 248), o el art. 24.a) de la Ley Fundamental alemana, introducido por la reforma de 1992, que establece que los Länder *"pueden, con el asentimiento del Gobierno federal, transferir prerrogativas de poder público a instituciones de vecindad fronteriza"*, en la medida en que *"son competentes para el ejercicio de funciones estatales y para el cumplimiento de encargos del Estado:* LEJEUNE, Y., « La nature juridique des organismes de coopération tranfrontalière entre autorités régionales ou locales », VV.AA., (dir. por Y. LEJEUNE) *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'États distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruylant, Bruxelles 2006, pág. 114.

11 Una amplia mención de las previsiones estatutarias puede verse en: CARBONELL PORRAS, E., "Cooperación transfronteriza y entidades locales", en *Derecho Administrativo e Integración Europea, Libro Homenaje a José Luis Martínez López-Muñiz*, Reus, Barcelona

c) La vía comunitaria europea. La Unión Europea tiene competencias de atribución, lo que supone que únicamente puede actuar en aquellos ámbitos en los que los Tratados constitutivos le otorgan competencias. Y aunque el Tratado no contiene ninguna previsión expresa de cooperación transfronteriza, puede deducirse una competencia normativa habilitante del actual Título XVIII (Cohesión económica, social y territorial), arts. 174 y 175.3 TFUE:

Artículo 174

"A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.

La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las

2016. En referencia a la cooperación transfronteriza entre España y Portugal, cabe aludir al art. 66 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por LO 14/2007, de 30 de noviembre, establece: "*Relaciones con las regiones europeas.* 1. La Comunidad de Castilla y León promoverá el *establecimiento de relaciones de cooperación*, en la forma en que estime conveniente en el marco de la legislación vigente, *con las regiones europeas con las que comparta objetivos e intereses económicos, sociales y culturales*. 2. En particular, la Comunidad de Castilla y León promoverá el establecimiento de unas relaciones de buena vecindad, basadas en el respeto mutuo y la colaboración, con las regiones de *Portugal* con las que le une una estrecha vinculación geográfica, histórica, cultural, económica y ambiental". El Estatuto andaluz incluye entre sus competencias la «cooperación internacional con el objetivo de contribuir al desarrollo solidario de los pueblos entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma» (artículo 10. 23º) y encomienda a la Junta de Andalucía la promoción de «la formalización de convenios y acuerdos interregionales y transfronterizos con regiones y comunidades vecinas en el marco de lo dispuesto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la normativa europea de aplicación» (artículo 246). Igualmente, el artículo 71 del Estatuto de Extremadura contempla la cooperación con Portugal en todos los ámbitos de interés común en términos particularmente amplios, incluyendo la planificación, negociación y ejecución de una política propia política de cooperación transfronteriza; la creación de organismos y servicios mixtos de interés común de cualquier naturaleza; o la celebración de acuerdos con instituciones y entidades territoriales portuguesas, en el marco de las leyes y tratados aplicables. Asimismo, el Decreto 178/2015, que regula la acción exterior de Galicia, dedica el artículo 30 a la cooperación galaico-portuguesa de base local. Dispone: «Los municipios gallegos podrán cooperar con otros municipios portugueses vecinos llegando a formalizar incluso "*eurociudades*", bajo la cobertura jurídica de una agrupación europea de cooperación territorial o de cualquier otra forma jurídica, con o sin personalidad, reconocida por los respectivos ordenamientos portugués y galaico-español».

regiones menos favorecidas".

Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, *transfronterizas* y de montaña".

Y el art. 175.3:

"*Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas comunitarias, el Consejo podrá adoptar dichas acciones de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*".

La vía comunitaria europea tiene una especial relevancia y resulta especialmente atractiva para las entidades participantes porque permite acogerse a importantes fuentes de financiación, presupuestadas para la consecución de los intereses comunitarios en materia de cooperación territorial (fundamentalmente, fondos FEDER)[12].

4. El último paso: la creación de administraciones públicas transfronterizas

Si ya de por sí se puede considerar novedosa la aplicación del Derecho administrativo a las relaciones entre Entidades territoriales de diversos Estados, mucha mayor expectación produce la creación de organismos de Derecho Público de cooperación transfronteriza.

La creación de organismos con personalidad jurídica propia (la creación de organizaciones sin personalidad jurídica, en la medida en

12 TOSCANO GIL, F., "La adecuación de la legislación de las Administraciones Públicas andaluzas al marco jurídico de la cooperación transfronteriza", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 84 (2012), pág. 394.

que carecen de efectos jurídicos en su actuación, no exige ahora mayor dedicación[13]), sigue actualmente en el continente europeo dos modelos:

- de origen convencional (anclado, en último extremo, en el Convenio-Marco de cooperación transfronteriza de 1980), más extendido en Europa;
- de origen comunitario, más reciente e innovador que va desplazando al anterior.

¿Qué notas caracterizan a cada uno de estos modelos?

4.1 Los consorcios como organismos de cooperación transfronteriza con personalidad jurídico-pública de origen convencional

El Convenio de Madrid no resolvió de forma clara lo relativo a la creación de organismos de cooperación transfronteriza; tuvo que ser el Protocolo y, sobre todo, los Tratados bilaterales los que fueron perfilando la naturaleza jurídica y las competencias de estos organismos[14]. En efecto, el Protocolo Adicional Primero[15] al Convenio marco prevé en su artículo 3 la creación de organismos de cooperación transfronteriza, con o sin personalidad jurídica; y según el art. 4, pueden definirse por la ley de la parte-sede.

Sin embargo, los Estados han prescindido de la aplicación del Protocolo y la cooperación transfronteriza en Europa se ha ido desenvolviendo de acuerdo con una serie de principios: por una parte, la prohibición de las relaciones entre las Entidades subestatales y otros Estados, para evitar problemas de Derecho Internacional Público; por

13 Sobre las funciones de estudio, análisis y propuesta que cumplen estos organismos cuyas decisiones, en todo caso, carecen de efectos obligatorios, véase MARTÍNEZ PÉREZ, E., CARO-PATÓN CARMONA, I., y SANZ RUBIALES, Í., *La adaptación de los instrumentos de cooperación transfronteriza en las relaciones entre la Comunidad Autónoma de Castilla y León y las regiones norte y centro de Portugal tras la entrada en vigor del Tratado Hispano-Portugués sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales*, Junta de Castilla y León, Valladolid 2006, págs. 55 y ss.

14 MERCHÁN PUENTES, M.J., "El Tratado bilateral hispano-portugués sobre cooperación transfronteriza de 2002", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n. 15 (2003), pág. 725.

15 Protocolo Adicional al Convenio-Marco europeo sobre la cooperación transfronteriza de las Entidades territoriales, Strasbourg, 9 de noviembre de 1995.

otra, el mantenimiento de la relación transfronteriza en una cierta vaguedad jurídica; finalmente, la vinculación a un derecho nacional (elegido en función de la sede del organismo o del lugar donde se producen los efectos jurídicos, etc.) para la ejecución y la determinación de los efectos de los derechos y obligaciones derivados de la relación transfronteriza[16].

Falta, por lo tanto, una solución uniforme en la creación y régimen de organismos de origen convencional. Pero, en general, dichas estructuras responden a una de las categorías de Entidades de Derecho Público (Administraciones públicas) de uno de los Estados-parte; en función de dónde se decida su creación, esto es, de dónde se ubique la sede del organismo, éste se constituirá en una persona jurídico-pública del Estado sede.

En lo que a España se refiere, el Tratado hispano-luso establece que, cuando las Entidades territoriales decidan la creación de uno de estos organismos en España, dicho organismo adquirirá la forma de consorcio. El consorcio español es una Administración pública corporativa, de composición heterogénea y de configuración fundamentalmente estatutaria (las leyes apenas señalan trazos generales), lo que la convierte en un instrumento muy flexible, especialmente apto para los fines de la cooperación transfronteriza, como ha venido a reconocer la propia LBRL, primero, y luego la LRJSP.

4.1.1 La nueva regulación de los consorcios en el derecho interno

El viejo art. 87.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reformada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, disponía: que «2. *Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas*, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia».

16 Cfr., LEVRAT, N., y otros, *La Agrupación Europea de cooperación territorial – AECT –*, Comité de las Regiones, Bruselas, págs. 17-18.

Este artículo 87 ha sido derogado expresamente por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), aunque ha incorporado sus previsiones. En efecto, su artículo 118.3 LRJSP establece que los consorcios podrán utilizarse:

> «*en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia*».

De esta forma, se extiende formalmente a todas las Administraciones públicas la posibilidad de utilizar el consorcio para la cooperación transfronteriza, que ya no tiene que ser, necesariamente, "local"[17].

Esta previsión legal deberá completarse con lo que dispone el Tratado de Cooperación Transfronteriza entre España y Portugal.

4.1.2. Composición flexible

Los consorcios han sido tradicionalmente los entes instrumentales constituidos entre Administraciones de diferente nivel y, en su caso, particulares[18]. Aunque en la cooperación transfronteriza puede crearse consorcios participados por Administraciones públicas de distinto nivel, españolas o no, también caben los constituidos por Administraciones equivalentes como son los municipios, así como sus asociaciones[19]. Es cierto que las mancomunidades municipales no están previstas normativamente, pero también es cierto que los consorcios, sí, y los consorcios constituyen una categoría residual en

17 TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", en VV.AA. (GAMERO CASADO, E., dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, vol II, pág. 2663. En el mismo sentido, CASTILLO BLANCO, F., "La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en los instrumentos de cooperación del Estado Autonómico: especial referencia a los consorcios públicos", *Diario de Derecho municipal*, Iustel, 6 de marzo de 2017, pág. 4.

18 Sobre los problemas de la composición de los consorcios, cfr., TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", cit., págs. 2657 y ss.

19 CARBONELL PORRAS, E., "La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)", *Anuario de Derecho Municipal* 2010, pág. 81.

la que encajan aquellas organizaciones que no tienen sitio en otras categorías organizativas. Dicho de otra manera, lo característico de los consorcios no es su carácter heterogéneo, sino su carácter residual; de ahí que las mancomunidades transfronterizas puedan calificarse como consorcios transfronterizos (que pueden ser heterogéneos, pero que no tienen por qué serlo necesariamente si hay una categoría que incluya los correspondientes supuestos)[20].

4.1.3. Competencias prestacionales

Según la LRJSP (art. 118.3), los consorcios transfronterizos cumplen una misión de prestación de servicios públicos (aunque los términos legales la refieren como una posibilidad: "*podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza*")[21]. Sin embargo, el Convenio de Valencia (art. 5.3) prohíbe los convenios de cooperación que tengan por objeto las competencias normativas y de seguridad pública, las potestades de control de las instancias y entidades territoriales y las potestades sancionadoras, o las competencias que se ejerzan por delegación. No obstante, esta prohibición no constituye impedimento alguno para que se encomienda a una nueva persona jurídica la prestación en común de un servicio, también pueda asumir el ejercicio de las potestades de reglamentación y de sanción inherentes a la prestación del servicio. Para la consecución de tales fines, los convenios de cooperación podrán establecerse obligaciones jurídicas directas, permitir la celebración de contratos con terceros, o la creación de estructuras organizativas de cooperación, dotados o no de personalidad jurídica.

De acuerdo con lo anterior, los consorcios transfronterizos ejercen

20 Además, se pueden calificar como consorcios transfronterizos en la medida en que los municipios no españoles (portugueses, en el caso concreto) son, a los efectos del derecho español, entidades territoriales no incluidas en las categorías de la LRJSP; de acuerdo con ello, cualquier organismo formado por entidades homogéneas españolas y entidades locales (las que sean) portuguesas será, siempre, un consorcio, desde el punto de vista del Derecho administrativo interno (que puede desconocer, lógicamente, las categorías internas de distribución competencial en los demás Estados).

21 Algún autor afirma que, en la práctica, las funciones de estos consorcios van mas allá de la pura gestión de servicios públicos: TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", cit., pág. 2663.

competencias típicamente administrativas de orden prestacional, así como las potestades de policía inherentes a dicha prestación[22], sobre materias con proyección extraterritorial, sobre el territorio de ambos Estados y sobre los ciudadanos, tanto del Estado sede como del Estado vecino (o de los Estados vecinos)[23].

Algún autor entiende que no habría inconveniente en que los propios instrumentos convencionales de Derecho Público previesen la delegación de poderes coactivos o de *puissance publique* a los Organismos de cooperación transfronteriza con personalidad jurídica pública que se creasen (siempre que no lo prohibiese la Constitución), como lo prueba la previsión de la Convención Benelux sobre cooperación transfronteriza[24], que permite crear organismos de Derecho Público con poderes de *regulación* y organización similares y sustitutivos de los de las Entidades territoriales que los constituyen[25].

No obstante, parece lógico entender que sólo será posible dicha atribución de poderes cuando lo prevea la correspondiente Constitución: el otorgamiento de competencias soberanas a una entidad pública no interna rompe con la distribución de competencias interna y tiene que autorizarla la propia colectividad obligatoria que sustenta al Estado, mediante la aprobación o reforma de la Constitución, al igual que se exigió en España la previsión constitucional específica para el

22 Art. 5.3 del Tratado de Valencia. Un comentario a este precepto puede encontrarse en MARTÍNEZ PÉREZ, E., CARO-PATÓN CARMONA, I., y SANZ RUBIALES, Í., *La adaptación de los instrumentos…,* cit., pág. 73. Sobre la policía prestacional puede verse SANZ RUBIALES, Í., *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, 2004, págs. 91 y ss.

23 Piénsese, p. ej., en un Consorcio para la gestión de residuos urbanos y explotación en común de un vertedero común, en el caso de una comarca constituida por municipios de varios Estados, o de una conurbación transfronteriza. O en un hospital público comarcal, que asistirá a los vecinos de un territorio a caballo entre varios Estados.

24 Hecha en Bruselas, el 12 de septiembre de 1986.

25 LEJEUNE, Y., «La nature juridique des organismes de coopération tranfrontalière entre autorités régionales ou locales», cit., pág. 130: "article 3.1. Si les collectivités ou autorités territoriales mentionnées à l›article 1er décident de créer un organisme public, *celles-ci peuvent lui attribuer des compétences de réglementation et d'administration*. 2. (…). 3. Les rapports de droit entre l'organisme public et les personnes physiques et morales qui en relèvent, sont régis par *le droit qui aurait été applicable si les collectivités ou autorités territoriales mentionnées à l'article 1er avaient exercé elles-mêmes les compétences de réglementation et d'administration attribuées à l'organisme public*".

otorgamiento de funciones soberanas a un organismo internacional de integración como las Comunidades Europeas: sin la habilitación del art. 93 no habría sido posible la incorporación a las Comunidades sin modificación constitucional.

4.1.4. Los consorcios en el Tratado de Valencia

Como señala CARBONELL, por parte española, se consideran autoridades territoriales a las Comunidades Autónomas de Galicia, Castilla y León, Extremadura y Andalucía, a las provincias de Pontevedra, Ourense, Zamora, Salamanca, Cáceres, Badajoz y Huelva; a los municipios pertenecientes a estas provincias, a las comarcas y otras entidades que agrupen varios municipios instituidas por las indicadas Comunidades Autónomas, a las áreas metropolitanas y Mancomunidades de Municipios[26]. Por parte portuguesa, el Tratado se aplica a las Comisiones de Coordinación de las regiones fronterizas (Norte, Centro, Alentejo y Algarve), a las Asociaciones de Municipios, a los municipios y a otras estructuras[27].

Este Tratado regula la cooperación transfronteriza con mayor detalle que el de Bayona. Establece que los convenios tendrán como finalidad principal el tratamiento de asuntos de interés común, como:

a) la concertación de iniciativas y de la adopción de decisiones;
b) la promoción de estudios, planes, programas y proyectos,

26 Como ha puesto de relieve E. J. MARTÍNEZ PÉREZ, «El derecho de las entidades locales españolas a participar den los organismos de cooperación transfronteriza», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 01 2009, p. 239, a diferencia del Tratado de Bayona, éste sólo incluye a las provincias limítrofes con Portugal.

27 El artículo 3 del Tratado ha previsto su aplicación, en Portugal, a «las Comisiones de Coordinación de las Regiones Norte, Centro, Alentejo y Algarve; a las Asociaciones de Municipios y otras estructuras que integren municipios con intervención en el área geográfica de las NUTS III, definida por el Derecho interno portugués «Minho-Lima, Cávado, Alto Trás-os Montes, Douro, Beira Interior Norte, Beira Interior Sul, Alto Alentejo, Alentejo Central, Baixo Alentejo y Algarve», y a los municipios »situados en las mencionadas NUTS III». Las "NUTS" son las siglas de «nomenclatura de unidades territoriales estadísticas» que ha establecido la Unión Europea como marco jurídico de división geográfica del territorio europeo con el fin de armonizar la recogida, transmisión y publicación de las estadísticas nacionales – Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) –.

especialmente los que sean susceptibles de cofinanciación estatal, comunitaria o internacional;

c) la realización de proyectos de inversión, gestión de infraestructuras y equipamientos y prestación de servicios de interés público;

d) la promoción de formas de relación entre agentes, estructuras y entidades públicas y privadas, que puedan contribuir al desarrollo de los territorios fronterizos respectivos.

Estas personificaciones, creadas conforme al Derecho español cuando España es el Estado sede se concretan en consorcios, y podrán tener como fines la realización de obras públicas y la gestión común de equipamientos o servicios públicos. Se rigen por el ordenamiento jurídico español y sus estatutos que tendrán un contenido mínimo similar al que ha previsto el Tratado de Bayona.

4.2. Las agrupaciones Europeas de cooperacío territorial, organismos personalidad jurídica de origen comunitario

La existencia de regímenes muy variados, plasmados en los numerosos Tratados bilaterales y multilaterales suscritos en el marco del Convenio de Madrid ha llevado a plantear la conveniencia de crear un régimen único, común, aplicable a la cooperación transfronteriza y, en concreto, a los organismos creados para dicha finalidad. Cuando se ha planteado la posibilidad de crear un derecho común de la cooperación transfronteriza, se ha pensado que la mejor solución sería la utilización del Derecho comunitario, cuya uniformidad permitiría una idéntica aplicación de principios comunes a todas las relaciones transfronterizas entre entidades territoriales[28]. En efecto, cuando se ha planteado la posibilidad de crear un derecho común de la cooperación transfronteriza, la respuesta indudable es que debería ser la Comunidad Europea la que lo hiciera, de forma que la idéntica aplicación a ambos lados de las fronteras entre Estados comunitarios se vería garantizada por el principio de aplicación uniforme del Derecho comunitario.

28 LEVRAT, N., « L'émergence des instruments juridiques de la coopération transfrontalière au sein du Conseil de l'Europe », en VV.AA., (dir. por Y. LEJEUNE), *Le droit des relations transfrontalières entre autorités régionales ou locales relevant d'Etats distincts. Les expériences franco-belge et franco-espagnole*, Bruylant, Brcuxelles 2005, pág. 34.

Ahora bien, en la medida en que las competencias de la UE son de atribución, la creación de una nueva organización en Derecho comunitario sólo puede traer su justificación de algún precepto del Tratado: va a ser la Cohesión económica, social y territorial, recogida en los arts. 174 y 175.3 TFUE, la que habilita a la Unión a la creación de este tipo de instrumentos (vid., *supra*).

A pesar de las propuestas, la realidad ha demostrado en ocasiones lo contrario: las denominadas "*Agrupaciones europeas de interés económico"*, organismos de Derecho privado antecedentes de la AECT, no han logrado estructurar de forma eficiente la cooperación dentro de los Fondos Estructurales y su aplicación a la iniciativa INTERREG, como reconoce el propio Reglamento sobre la AECT en su Considerando 4.

Sin embargo, la UE se embarcó, ya en 2006, en la creación de una nueva organización dirigida a la cooperación territorial (inclusiva de la transfronteriza): el Reglamento comunitario 1082/2006, de 5 de julio, crea la denominada "*Agrupación Europea de Cooperación Territorial*"[29]. A pesar de su naturaleza "reglamentaria", el Reglamento 1082 contiene escasas previsiones con efectos obligatorios directos independientes de la voluntad de las partes y, por el contrario, contiene diversas remisiones a la legislación nacional, por lo que se aproxima extraordinariamente a una Directiva[30]. Además, prevé la creación de AECT con carácter facultativo (cdo 8) y no impone soluciones predefinidas, como se puede comprobar por las evidentes diferencias entre las normas de aplicación del Reglamento en los diversos Estados miembros, medidas de aplicación exigidas por el propio Reglamento, pero que no afectan a su directa aplicabilidad.

29 El Reglamento 1082/2006, de 5 de julio, fue modifcado por el Reglamento (UE) n. 1302/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 para dotar de mayor flexibilidad la creación de las AECT. Sobre los motivos de la reforma del Reglamento 1082 – operada por el Reglamento – véase, p. ej., VARA ARRIBAS, G., "La Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT): una herramienta para la gobernanza multinivel en proceso de revisión", *Administración & Ciudadanía*, Vol.5, n.º2 (2010), págs. 13 y ss.

30 Cfr., EMBID IRUJO, A., y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *Las Agrupaciones europeas de cooperación territorial*, Iustel, Madrid 2008, págs. 75 y ss. PERTILE, M., "Il GECT: verso un organismo di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera?, en *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, Vol. 19, n. 1 (2005), págs. 125-126. LEVRAT, N., y otros, *La Agrupación Europea*…, cit., págs. 8-9, 80, 131 y ss., etc.

4.2.1. Normativa aplicable

La regulación de la AECT se remite a un peculiar sistema de fuentes encabezado por el Reglamento (de obligatoria aplicación y escaso contenido normativo), seguido por las previsiones del Convenio constitutivo de la Agrupación y, a título supletorio, por la normativa interna del Estado sede. Así lo establece el art. 2.1:

"Los actos de los órganos de una AECT se regirán por:

a) el presente Reglamento;
b) el convenio contemplado en el artículo 8, siempre que el presente Reglamento lo autorice expresamente[31]; y
c) en el caso de cuestiones no reguladas o reguladas solo en parte por el presente Reglamento, el Derecho nacional del Estado miembro en el que la AECT tenga su domicilio social".

Como puede apreciarse, existe un mínimo común regulador de las AECT, pero muy "mínimo": el peculiar sistema de fuentes otorga amplias posibilidades de configuración estatutaria y, residualmente, estatal. Esta mínima regulación y remisión a la voluntad de las partes ha llevado a aproximar este reglamento a las directivas, en cuanto que no es directamente ejecutable y otorga un amplio margen de posibilidades de aplicación, similar al que tienen los Estados en la transposición de las Directivas[32].

Esta remisión al Derecho Administrativo del Estado sede plantea cada vez menos problemas como consecuencia de la armonización espontánea del Derecho Administrativo. En todo caso, este derecho, al margen de la gestión financiera, solo tiene vocación de aplicabilidad en caso del surgimiento de problemas: responsabilidad y disolución de oficio, fundamentalmente. La posibilidad de que concurran el derecho del Estado sede y otro derecho no es posible, porque la sede turnante

31 Tras la reforma, ya no se incluye entre las fuentes los Estatutos, enunciados en su momento junto al convenio. Resulta innecesaria la reiteración de contenidos entre Convenio y Estatutos cuando, perfectamente, el convenio puede incluir toda la regulación expresa de desarrollo del Reglamento 1082.

32 Cfr., p.ej., ALLEGRI, M. R., "Cooperazione transnazionale fra enti substatuali: dalla Convenzione di Madrid al GECT", *Le Regioni,* n. 2 (2009), pág. 248.

está excluida. Ciertamente, la idea de una personalidad jurídica de Derecho Comunitario podría permitirlo, pero sería una fuente de complejidad: habría que determinar, caso por caso, el derecho aplicable a la solución de litigios[33].

Por otra parte, el criterio del Estado sede resulta útil y muy práctico, en virtud de la armonización voluntaria (*botton up*) de las normas de procedimiento administrativo en los países europeos: una lectura detallada de las nuevas normas de procedimiento aprobadas por Estados europeos en los últimos años pone de manifiesto la similitud de sus instituciones jurídico-administrativas. Se trata de una armonización silenciosa de ordenamientos que ha tenido como protagonistas los propios Estados en lugar de la Comisión o el Consejo de la Unión Europea, conscientes aquellos de las virtudes de ciertas instituciones de óptimo funcionamiento en otros vecinos comunitarios[34].

Esta figura confirma, así, la existencia de ese Derecho Administrativo del Estado sede aplicable a las relaciones entre Entidades públicas de diferentes Estados y calificado por algunos como Derecho Administrativo internacional[35].

Es conveniente recordar que, en el caso español, la determinación del derecho aplicable como Estado-sede de una AECT, implica la aplicación de la legislación básica administrativa, de acuerdo con el art. 149.1.18º CE. Esto supone una mayor seguridad jurídica, porque no

33 GRANGER, M., "La GECT, un nouvel instrument juridique adapté à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales?, *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n. 535 (2010), pág. 92.

34 GONZÁLEZ ALONSO, A., "La ejecución transfronteriza de actos administrativos sancionadores en la Unión Europea", *Unión Europea Aranzadi,* febrero 2012, pág. 17. No obstante, algunos autores han propuesto el camino inverso: la codificación de las normas de procedimiento administrativo de las instituciones de la Unión Europea como paso previo a una codificación aplicable a todas las Administraciones europeas: vid., por todos, MIR PUIGPELAT, O., "Razones para una codificación general del procedimiento de la Administración de la Unión", en FUERTES, M., (coord.), *Un Procedimiento Administrativo para Europa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2012, págs. 158-159.

35 Sobre el "Derecho administrativo internacional" en las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial, vid., LUBAC, J.-Ch., "Un nouvel outil communautaire de coopération: le groupement européen de coopération territoriale », *La semaine juridique Administration et Collectivités territoriales* n. 48 du 27 novembre 2006, pág. 4.

será preciso acudir a la peculiar normativa regional o local, ni discernir, en los supuestos de pluralidad de componentes, qué normas – de las aplicables a cada uno de ellos – serán las supletoriamente aplicables: en el caso español, las del Estado.

4.2.2. Funciones

La AECT no puede ejercer potestades públicas de autoridad, y así lo establece el Reglamento 1082 (art. 7.4[36]), en la misma línea que el Convenio de Valencia prohíbe el ejercicio de dichas potestades a los consorcios; más específicamente, como señala el Informe del Comité de las Regiones de 2015, la AECT no puede legislar, pero sí puede gestionar infraestructuras públicas, prestar servicios públicos, garantizar servicios de interés general y comprometer y administrar fondos públicos (art. 7.3): de hecho – no se olvide – las AECT se consideran entidades adjudicadoras a los efectos de la posibilidad de contratar con fondos públicos (vid., DA 27ª del Proyecto de Ley de Contratos)[37].

4.2.3. Composición

Según el art. 3.1 del Reglamento, pueden ser miembros de las AECT los Estados, las autoridades regionales y locales y, tras la reforma se han incluido las empresas públicas gestoras de servicios en el ámbito de los sectores especiales de la contratación (agua, energía, transportes y servicios postales) y las empresas gestoras de actividades de interés económico general. Se trata, en ambos casos, de empresas que pueden tener naturaleza jurídico-privada, concesionarias o autorizadas para la gestión de un servicio de interés general, pero, de ordinario, con ánimo de lucro[38]). En principio, no cabían, por lo tanto, los sujetos privados

36 "Las funciones asignados a la AECT por sus miembros no se referirán al ejercicio de competencias atribuidas por el Derecho público y de funciones destinadas a salvaguardar los intereses generales del Estado o de otras autoridades públicas, como las competencias policiales y reglamentarias, la justicia y la política exterior".

37 "*Las Agrupaciones europeas de cooperación territorial reguladas en el Reglamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, cuando tengan su domicilio social en España, ajustarán la preparación y adjudicación de sus contratos a las normas establecidas en esta Ley para los poderes adjudicadores*". Véase, asimismo, el art. 39.5 de la Directiva 2014/24, sobre la contratación conjunta a través de las AECT.

38 Si en la normativa local original (art. 87) cabía incluir en el consorcio entidades privadas, pero

en cuanto tales[39]. Así lo confirmaba la doctrina (GRANGER[40]), cuando distinguía la AECT de otras corporaciones de Derecho interno que sí admiten como miembros sujetos privados. Ahora, aunque admite los sujetos privados, solo pueden formar parte de la AECT aquellos gestores de servicios de interés público: se trata de empresas cuya actividad está extraordinariamente publificada, precisamente por razón del fuerte interés general presente.

4.2.4. Naturaleza jurídica: una peculiar administración pública española

A. Corporación con personalidad jurídico pública administrativa

Aunque el Reglamento no señala el carácter público o privado de la personalidad de la Agrupación, los diversos Estados, en sus normas de aplicación, le han otorgado personalidad jurídica-pública, y por lo tanto, naturaleza administrativa. Así, en España, el Real Decreto *23/2015, de 23 de enero, por el que se adoptan las medidas necesarias para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n.º 1082/2006,* dispone*:*

> "Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial, según se dispone en el artículo 1 del Reglamento 1082/2006 sobre la AECT (…) son personas jurídico-públicas, constituidas por entidades u organismos de al menos dos Estados miembros de

sin ánimo de lucro, la previsión de la LRJSP no impide la adscripción de empresas privadas con ánimo de lucro, siempre que el consorcio carezca de él. Así se establece en el art. 120.3: "*En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro y estará adscrito a la Administración Pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior*".

39 Cfr., INTERACT HANDBOOK, *The European Grouping of Territorial Cooperation (EGTC), What Use for European Territorial Cooperation Programmes and Projects?,* Bruxelles, 2008, pág. 13. Sin embargo, el concepto comunitario de "Organismos de Derecho Público" no incluye únicamente entidades públicas, sino también determinados sujetos privados, como ha señalado con claridad la jurisprudencia comunitaria, especialmente a partir de la STJCE de 15 de enero de 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96.

40 GRANGER, M., "La GECT, un nouvel instrument juridique adapté à la coopération transfrontalière entre collectivités territoriales?, *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n. 535 (2010), pág. 93.

la Unión Europea, a excepción de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2 que tienen por objetivo facilitar y fomentar la cooperación territorial, incluidas una o varias de las formas de la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional unilateral o multilateral, con el fin de reforzar la cohesión económica, social y territorial de la Unión".

Por eso, si sus miembros son Administraciones públicas, la corporación asume también la naturaleza administrativa[41]. Se trata, en definitiva, de una corporación de composición heterogénea, donde los miembros pueden ser entidades de naturaleza diversa, como los consorcios en Derecho español.

Debe destacarse de esta figura es que estamos ante una organización auténticamente comunitaria. La AECT, aunque se pueda someter supletoriamente a diversas regulaciones estatales, tal y como lo establecen las normas de aplicación del Reglamento, es una figura comunitaria, que se añade o superpone a las figuras similares existentes en los respectivos ordenamientos[42]; que en lo más básico está regulada por el Derecho comunitario de forma imperativa (previsiones reglamentarias) y que normalmente – si no siempre – tendrá naturaleza administrativa, por lo que su actividad se regirá por el Derecho Administrativo (aunque también está prohibido el ejercicio de poder público por estos nuevos organismos: únicamente, competencias prestacionales y no coactivas). Por lo demás, los Estados donde radican las Entidades miembros de dichas Agrupaciones tienen, en la práctica, un escaso poder de limitación de la creación y actividad de éstas[43].

41 Por todos: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso…* I, cit., pág. 431-432.

42 EMBID IRUJO, A., y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *Las Agrupaciones europeas…*, cit., pág. 110-111. De ahí que, a pesar de la similitud que pueda llegar a tener con los consorcios, en el caso español, la AECT no es nunca un consorcio, sin perjuicio de la eventual aplicación supletoria de su normativa.

43 Lo cual justifica el manifiesto entusiasmo del Comité de las Regiones por esta figura, y las reticencias de los Estados miembros: vid., MARTÍNEZ PÉREZ, E., "La futura Agrupación Europea de Cooperación Transfronteriza", en VV.AA., (coord. por él mismo), *La adaptación de los Organismos…*, cit., pág. 213.

La configuración reglamentaria de la pluralidad de fuentes (previsiones del Reglamento, convenio, estatutos y derecho estatal supletorio) hace que las Agrupaciones tengan un perfil distinto según lo que decidan los componentes (y plasmen en el Convenio y en el Estatuto) y según el Estado sede: las remisiones a la legislación estatal hacen que las Agrupaciones tengan formas distintas en cada uno de los Estados miembros[44]. Esta flexibilidad de formas constituye una ventaja porque permite la adaptación de la figura a las necesidades diversas que puedan surgir en cualquier parte del territorio comunitario: se adapta perfectamente a la "asimetría institucional" y a los "distintos marcos legislativos" de los Estados miembros.

Aunque no la califica como integrada en ninguna categoría jurídica (si bien cabrá aplicar supletoriamente, por analogía, la regulación de los consorcios, para integrar las lagunas jurídicas que se puedan surgir). En Francia o en Portugal, por el contrario, la norma aplicativa se remite expresamente al bloque normativo de figuras determinadas de Derecho público (*asociaciones públicas* en Portugal o *sindicatos mixtos abiertos* en Francia).

En definitiva, estamos ante una peculiar Administración pública que forma parte de una nueva categoría comunitaria europea, cuyas funciones se extienden al territorio de varios Estados miembros, y cuya existencia y desenvolvimiento, habida cuenta de su carácter comunitario, están garantizados por las propias instituciones europeas, básicamente la Comisión y el Tribunal de Justicia.

B. Si se constituye en España, es española a los efectos del derecho aplicable

Como se acaba de señalar, la AECT es una figura comunitaria, creada y regulada en sus aspectos esenciales por el mismo reglamento, pero susceptible de desarrollos y formas diversas en cada uno de los Estados[45].

44 LEVRAT, N., y otros, op. cit., págs. 126-127.

45 La doctrina ha puesto de manifiesto que el Reglamento 1082 es impreciso a la hora de determinar si una AECT es persona jurídica estatal o comunitaria. Es cierto que la propuesta de modificación de Directiva preveía en el sistema de fuentes la aplicación prioritaria del derecho

En el Estado sede (cuyo ordenamiento es aplicable supletoriamente a las AECT en él radicadas) constituye una Administración pública mas. Así lo reconoce el Reglamento reformado (art. 2.1 *in fine*):

> "Cuando sea necesario para determinar la ley aplicable en virtud del Derecho de la Unión o del Derecho internacional privado, una AECT se considerará una entidad del Estado miembro en que tenga su domicilio social".

Por lo tanto, en el ordenamiento español habría que añadir, a las Administraciones incluidas en la regulación de la LRJSP, las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial con sede en España. En su momento, insistimos en el carácter comunitario de la AECT, porque se rige primeramente por el derecho que la crea, que es el comunitario, y en segundo lugar, por las previsiones convencionales y estatutarias; sólo con carácter supletorio (o por remisión expresa) se aplica el derecho interno; pero la normativa interna aplicable por remisión o supletoriedad no la convierte en una Entidad perteneciente a dichas categorías estatales preestablecidas (aunque se pueda calificar como una nueva Entidad *sui generis*)[46].

Ahora bien, aunque no se pueda incluir entre las categorías ya constituidas de Administraciones públicas en el Derecho español, sí que hay que reconocerle su carácter administrativo peculiar, además de por razón del derecho supletorio – ya visto –, por su dependencia, su procedimiento de constitución, su sistema de control, así como su

---

comunitario sobre el nacional, pero dicha propuesta no se consolidó en la reforma. Una defensa de la AECT como persona jurídica de Derecho comunitario puede verse en: NADALUTTI, E., "Does the "European grouping of territorial co-operation" promote multi-level governance within the European Union?", *Journal of Common Market Studies* v. 51, n. 4 (2013), p. 761. De hecho, el carácter supletorio del derecho del Estado-sede, así como la consideración de la AECT como "entidad" de dicho Estado deja clara la mayor "estatalidad" que "europeidad" de la Agrupación como persona jurídica, sin perjuicio de la alusión al derecho comunitario y al derecho nacional (a elección de la AECT al establecer el contenido del convenio) en el art. 2.1 bis: "*1 bis. Las actividades de una AECT relativas al ejercicio de las funciones contempladas en el artículo 7, apartados 2 y 3, se regirán por el Derecho de la Unión aplicable y el Derecho nacional tal como se especifique en el convenio contemplado en el artículo 8*."

46 Cfr., SANZ RUBIALES, I., "La Agrupación Europea de Cooperación Territorial", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 31 (2008), pág. 707.

inclusión en el listado de poderes adjudicadores de la futura Ley de Contratos del Sector Público.

Esta dependencia se manifiesta, tanto en su forma de constitución como en su control:

C. Por razón del procedimiento de constitución

El RD de 2015 prevé la creación de AECT cuya sede social radique en territorio español.

Mediante el Real Decreto 23/2015, de 23 de enero, se adoptan las medidas necesarias para la efectiva aplicación de la nueva regulación comunitaria de la AECT, derogando el anterior Real Decreto 37/2008, de 18 de enero. Este reglamento establece el procedimiento que debe seguirse para la participación española en una AECT, que se inicia con la solicitud que deberá dirigir a la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas el miembro español que pretenda crear la agrupación.

La resolución corresponde al Consejo de Ministros, en el supuesto de que uno de los integrantes futuros de la AECT sea la Administración General del Estado o sus entes instrumentales, o una o varias Comunidades Autónomas o sus organismos públicos dependientes. En los demás casos la competencia para resolver corresponde al titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de seis meses a partir de la presentación de una solicitud y el silencio será positivo, aunque subsistirá la obligación de aprobar formalmente el convenio para permitir la creación de una AECT cuando el domicilio social vaya a situarse en España. La resolución aprobará el convenio y la participación del miembro español en la AECT proyectada, o denegará dicha participación de forma motivada, si no es conforme con la normativa de la Unión relativa a la AECT, el derecho nacional relativo a los poderes y competencias del futuro miembro; no está justificada por razones de interés público o de orden público de dicho Estado miembro; o los estatutos no son coherentes con el convenio. El

convenio y los estatutos de cada una de las AECT con domicilio social en España deben publicarse en el BOE e inscribirse en el Registro de Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial, gestionado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación[47].

En definitiva, la intervención de la Administración General del Estado es imprescindible para la validez de la constitución de la nueva Agrupación, aunque la propia Administración del Estado no forme parte de ella.

D. Por razón del control estatal de legalidad y oportunidad

La potestad de autorizar o no la participación en una AECT tiene algunos elementos discrecionales y alcanza, no sólo al ejercicio de un control de legalidad, sino también de oportunidad; dicho de otra manera, el Estado puede impedir la participación de una entidad infraestatal en una AECT, no porque suponga una infracción del ordenamiento interno o comunitario, sino simplemente por resultar contraria al interés general[48]. Así lo expresa, con claridad, el art. 4.3 del Reglamento: "*(…) el Estado… autorizará al miembro futuro la participación en la AECT*, *a no ser* que considere que esa participación no sea conforme con el presente Reglamento, o con la legislación nacional, incluidas las competencias y las obligaciones del miembro futuro, o *que esa participación no resulta procedente por razones de interés*

47 Según la información facilitada por la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas en su página web están constituidas las siguientes AECT: Galicia-Norte de Portugal; Duero-Douro; ZAS-NET; Pirineos-Mediterráneo; Pirineos-Cerdanya; Archipiélago del Mediterráneo (ARCHIMED); Espacio Portalet; Hospital de la Cerdanya; Eurocidade Chaves-Verín; Eurorregión Aquitania-Euskadi; Faja Pirítica Ibérica; Ciudades de la Cerámica (AeuCC); Huesca Pirineos-Hautes Pyrénées; País Transfronterizo de Arte e Historia; Los valles catalanes del Tec y el Ter; León-Bragança; European Mycological Institute (EMI); Interpal-Medio Tejo. Y están tramitándose la Agrupación Europea de Cooperación Universitaria Pirineos-Mediterráneo (AECT AECU-PM); la adhesión de la Comunidad Foral de Navarra a la Eurorregión Aquitania-Euskadi; la de Río Miño y la de Eurociudad del Guadiana.

48 Vid., igualmente, BRITO, W., "Entes públicos portugueses sujeitos da cooperaçao transfronteiriça: natureza e competência", en VV.AA., (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., dir), *La asimetría institucional entre España y Portugal en el marco de la cooperación transfronteriza (Andalucía, Algarve y Alentejo)*, Atelier, Madrid 2008, pág. 211.

público o de orden público de dicho Estado miembro"[49]. Lógicamente, la denegación debe ser motivada, por exigencias del propio Reglamento comunitario (art. 4.3). Aunque algún autor (LEVRAT) entiende que la obligación de motivar elimina la discrecionalidad de la competencia denegatoria[50], creemos, sin embargo, que la motivación manifiesta la existencia de poderes discrecionales, aunque facilita el control de su ejercicio[51]. Y si bien las causas de denegación están tasadas, el Estado goza de un limitado poder discrecional para valorar los supuestos denegatorios recogidos por el Reglamento comunitario[52].

El art. 3.1 Reglamento 1082/2006 sintetiza en unas líneas esta función del Estado sede respecto de las AECT:

> "(…) El Estado miembro en el que vaya a situarse el domicilio social propuesto de la AECT aprobará formalmente el convenio para permitir la creación de la AECT".

Pero los controles que corresponden al Estado sede no se limitan a la creación y entrada en funcionamiento de una AECT, o a la incorporación de un miembro a una AECT ya creada, sino que deben igualmente desarrollarse a lo largo de la vida de la Agrupación y hacen

49 No cabe, en mi opinión, duda alguna de la posibilidad de control de oportunidad. Es cierto que el Reglamento parte del principio general de la autorización: "autorizará", dice; pero los términos utilizados son representativos de la dualidad de controles: "*que no sea conforme… con el reglamento o con la legislación nacional*" (legalidad: conformidad con el ordenamiento), o "*que no resulte procedente… por razones de interés público*" (oportunidad: adecuación al interés general).

50 *La Agrupación*…, cit., pág. 118. Insisten en el carácter no discrecional del control autorizatorio del Estado sobre la creación de AECT, A. EMBID IRUJO y C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *Las Agrupaciones...*, cit., págs. 127, 137, 148, 246.

51 En derecho español, los actos discrecionales deben ser siempre motivados (art.35.1 i) Ley 39/2015).

52 El uso de conceptos jurídicos indeterminados, como *"interés público"* reducen, pero no eliminan la discrecionalidad; dichos conceptos son valorativos, y admiten un margen amplio de apreciación administrativa. "Lo que ocurre es que en estos casos la discrecionalidad tiene una naturaleza diferente: no es volitiva, sino cognitiva o interpretativa". Es decir, no es una discrecionalidad de la consecuencia jurídica, que da lugar a la posibilidad de adoptar diferentes consecuencias jurídicas, todas ellas válidas, sino del supuesto de hecho: estamos ante un grado menor de discrecionalidad, también denominado como "discrecionalidad débil" porque el proceso decisorio se encuentra limitado por el concepto jurídico indeterminado (SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 3ª edic., Tecnos, Madrid 2008, pág. 93).

referencia a su funcionamiento:

Con carácter general, el Estado sede tiene competencias de control de oportunidad sobre el funcionamiento de la AECT. No se limitan a asegurar el cumplimiento de la estricta legalidad, sino que alcanzan al mero interés público; así lo establece el art. 13 Reglamento:

> "Cuando una AECT realice cualquier actividad contraria a las disposiciones de un Estado miembro en materia de *orden público, seguridad pública, sanidad pública o moralidad pública*, o *que contravenga el interés público de un Estado miembro*, el órgano competente de dicho Estado miembro podrá prohibir esa actividad en su territorio o solicitar a los miembros que se hayan asociado en virtud de su legislación que se retiren de la AECT a menos que la AECT ponga fin a dicha actividad[53]."

Ahora bien, el hecho de que se le atribuya un amplio control de oportunidad no significa que este pueda ser arbitrario; de ahí el sometimiento de dichas actuaciones a control judicial, como reconoce el mismo artículo, al señalar que "dichas prohibiciones no constituirán un medio de restricción arbitraria o encubierta a la cooperación territorial entre los miembros de la AECT. Existirá la posibilidad de que una autoridad judicial revise la decisión del órgano competente". No hay problema, pues, para admitir la posibilidad de plantear el oportuno recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión, vía cuestión prejudicial, o para que sea la propia AECT la que impugne una actuación estatal que la entiende perjudicial y contraria al Derecho comunitario[54].

Además de este control general, de oportunidad, el Reglamento atribuye al Estado sede competencias de control económico; en concreto, el art. 6.1 hace referencia al control de la gestión de los fondos públicos de la AECT:

53 En el caso español, esta competencia estatal se atribuye al Consejo de Ministros (art. 12 RD de 2015).

54 ALLEGRI, M. R., "Cooperazione transnazionale fra enti substatuali: dalla Convenzione di Madrid al GECT", *Le Regioni,* n. 2 (2009), pág. 250.

"El control de la gestión de fondos públicos de la AECT será organizado por las autoridades competentes del Estado miembro en que tenga su domicilio social la AECT".

Asimismo, el art. 12.2 establece el régimen general del control contable:

"La elaboración de las cuentas, incluido, cuando se solicite, el informe anual adjunto a las mismas, así como la auditoría y la publicación de dichas cuentas, se regirán por el Derecho del Estado miembro en el que la AECT tenga su domicilio social".

E. Y por el título constitucional de su regulatión (ART. 149.1.18º)

Las AECT no están previstas en la LRJSP pero sí en el nuevo proyecto de Ley de Contratos del Sector Público[55] y por supuesto, *in extenso*, en el RD de aplicación del Reglamento comunitario 1082/2006. En efecto, el Real Decreto 23/2015, de 23 de enero, se adopta para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n.º 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT), modificado por el Reglamento (UE) n.º 1302/2013. Constituye la norma interna de carácter general que precisa el procedimiento a seguir para facilitar la constitución y funcionamiento de las Agrupaciones europeas de cooperación territorial que pudieran constituirse conforme al Derecho español, o en las que fueran a participar entidades públicas españolas.

Pero tiene especial interés la justificación constitucional de este Real Decreto. De acuerdo con lo que dispone su DF 1ª (que radica su legitimación en el art. 149.1.3º y 18º), la Exposición de Motivos recuerda: "La regulación contenida en el presente real decreto se justifica

55 El nuevo Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, actualmente en tramitación parlamentaria, sí que ha incluido las AECT en el ámbito de aplicación, calificándolas de "poderes adjudicadores" y remedando de esta manera la imprevisión de la LRJSP. En efecto, la DA 27ª establece: "Las Agrupaciones europeas de cooperación territorial reguladas en el Reglamento (CE) número 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, cuando tengan su domicilio social en España, *ajustarán la preparación y adjudicación de sus contratos a las normas establecidas en esta Ley para los poderes adjudicadores*".

de modo prevalente en la competencia estatal en materia de relaciones internacionales, que habilita a las instituciones estatales – en este caso al Gobierno de España – para ordenar y coordinar las actividades con relevancia externa de las comunidades autónomas, así como de las restantes entidades territoriales, de forma que no condicionen o perjudiquen la dirección de la política exterior, de competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia constitucional". Pero sigue diciendo: "Asimismo, por lo que se refiere a aquellos extremos del real decreto que contienen normas sobre el procedimiento a seguir para la constitución y funcionamiento de las citadas entidades de cooperación territorial, tienen la consideración de *bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*".

En definitiva, nos encontramos con unas organizaciones de constitución voluntaria, no reguladas por la LRJSP pero sí por la Ley de Contratos del Sector Público y por un Reglamento (Real Decreto) que vienen legitimados (ambos) por el art. 149.1.18º (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas). Una conclusión cabe extraer: las AECT constituidas en España son Administraciones públicas españolas y deberían haber sido previstas por la LRJSP, deben ubicarse dentro del elenco de Administraciones públicas internas, al lado de los consorcios, con los que las concomitancias son evidentes, sin que pueda hablarse de una identidad[56].

4.2.5. Aplicabilidad supletoria de la regulación de los consorcios

Estamos ante una corporación interadministrativa, de constitución voluntaria, heterogénea (caben miembros de diversas categorías, tanto españoles como no – españoles; caben incluso, Estados[57] y personas

56 En Francia, a diferencia de España, la regulación de las AECT está incluida en la propia legislación de régimen local: en concreto, en el *Code général des collectivités territoriales* (art. L.1115-4-2), lo cual, por sí solo, es indicativo de la consideración que tiene el legislador francés de su naturaleza jurídica.

57 Esta es una de las diferencias con los consorcios derivados del Acuerdo de Madrid, que, además, lleva a que, gracias a ellas, "no sólo se podrá mejorar la cooperación, sino que al mismo tiempo se encontrarán nuevas posibilidades para seguir progresando en esos otros procesos de asociación e integración europea". Cfr., ROJO SALGADO, A., "Las consecuencias de la cooperación-integración transfronteriza: ¿vamos hacia la refundación de Europa?", *Revista de Estudios Políticos,* n. 152 (2011), pág. 64.

jurídico-privadas, siempre que puedan ser calificadas como poderes adjudicadores), de fines especiales. En este sentido, resulta asimilable a los consorcios, con el que comparte todas estas características, pero no es un consorcio, porque el régimen de constitución, de control y la normativa aplicable difieren[58].

Pero la proximidad a los consorcios lleva a calificar esta organización como una Administración pública; si lo son los consorcios (incluidos, lógicamente, los transfronterizos), que tienen una densidad normativa mucho menor y cumplen las mismas funciones[59] (con dudas en cuanto al ejercicio de potestades públicas, claramente prohibido en las AECT), no hay motivos para no calificar a las AECT como Administraciones públicas.

Debería, por tanto, añadirse a los consorcios como una nueva categoría de organizaciones personificadas corporativas. Pero lo LRJSP no la ha incluido en sus previsiones. En efecto, dentro del sector público institucional, constituido – entre otras categorías – por "*cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas*" (art. 2.2.a) LRJSP), deben incluirse las Agrupaciones con sede en España, junto con otros organismos como los Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, los consorcios, etc.

Hay que recordar que, ante la remisión al Derecho interno del Estado sede que hace el Reglamento 1082/2006 al regular las Agrupaciones, es preciso contar con un bloque normativo que cumpla funciones de supletoriedad. Cada Estado miembro necesita contar con una figura que se constituye en punto de referencia de las AECT creadas en su territorio a efectos de completar por vía de supletoriedad su régimen jurídico[60]. Habida cuenta de la gran similitud entre las

58 SANZ RUBIALES, Í., "La Agrupación…", cit., págs. 704 y ss. Sobre las diferencias entre las AECT y las Entidades territoriales preexistentes en Derecho francés, véase, p. ej., DEGRON, R., "Le groupement européen de coopération territoriale: consécration des euroregions?", *AJDA* 25 (2008), pág. 1375.

59 Cfr. TOSCANO GIL, F., op. cit., pág. 2654.

60 Vid., p. ej., la previsión del *Code général des Collectivités Territoriales* francés, que prevé la aplicación del régimen jurídico del *syndicat mixte* a las AECT creadas en Francia, salvo en lo que sea contrario a los Reglamentos comunitarios en vigor (art. L115-4-2).

AECT y los consorcios, que es evidente y ha sido puesta de manifiesto el Informe CORA[61], resulta lógico – y lo hemos venido haciendo – defender la aplicabilidad supletoria a las AECT constituidas en España de la normativa de consorcios, en todo lo no previsto por el Derecho comunitario y sus propios Estatutos[62].

4.2.6. Insuficiencias de la AECT para la cooperación transfronteriza y propuestas de modificación

El *Dictamen del Comité de las Regiones Europeo,* en su Informe *"Reforzar la cooperación transfronteriza: ¿es necesario un marco normativo mejor?"* (2015/C 423/02), C 423/7, DOUE de 17 de diciembre, plantea algunos problemas que exigen mejorar el marco normativo de las Agrupaciones, también en sus funciones de cooperación transfronteriza.

Por el tiempo transcurrido desde la creación de las AECT, "se ponen de manifiesto trabas importantes que impiden un nuevo refuerzo de la cooperación transfronteriza, a saber: la imposibilidad de realizar proyectos transfronterizos debido a las disparidades de los marcos legislativos en materia de transporte, salud[63], medio ambiente, protección civil, etc., o incluso la asimetría institucional entre los Estados miembros en razón de sus diferentes niveles de organización territorial, la falta de seguridad jurídica de las entidades transfronterizas y los servicios compartidos o las desigualdades en el grado de desarrollo económico en ambos lados de las fronteras, que pueden ser imputables a las divergencias existentes en los ámbitos nacionales del Derecho del trabajo, la fiscalidad o la seguridad social, por citar solo algunos ejemplos"

De ahí la propuesta de la Presidencia luxemburguesa, que acoge el propio Comité de las Regiones, de presentar un proyecto de "propuesta

61 MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Informe para la Reforma de las Administraciones Públicas*, Madrid 2012, pág. 216. Sobre la adecuación de las AECT a la figura del consorcio, véase EMBID IRUJO, A. y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., op. cit., págs. 197 y ss.

62 "La Agrupación…", cit., pág. 708.

63 En materia de prestación sanitaria transfronteriza, véase el n. 12 del Informe.

sobre un nuevo instrumento jurídico, cuyo objetivo sería autorizar a los Estados miembros interesados por un proyecto transfronterizo específico a acordar un marco jurídico compuesto por los derechos vigentes en dichos Estados miembros y aplicable únicamente a dicho proyecto transfronterizo específico. De esta manera se contribuiría a la cohesión en las zonas transfronterizas" (n. 21). Se trata de un "instrumento para mejorar la cooperación transfronteriza a escala de la UE ya existe en el Reglamento (CE) no 1082/2006, que tiene como objetivo la ejecución de proyectos de cooperación transfronteriza y su gestión en un contexto de normas y procedimientos jurídicos nacionales divergentes; observa que la naturaleza jurídica de ambos instrumentos es diferente: mientras que el régimen jurídico de una AECT se aplica exclusivamente a sus miembros, el del instrumento que crearía la propuesta luxemburguesa sería aplicable a un proyecto transfronterizo determinado con un perímetro geográfico perfectamente delimitado" (22). Vendría, así a reducir los inconvenientes de la AECT y a aprovechar sus ventajas (27).

Sin embargo, la nueva propuesta tiene serios inconvenientes, "destacadamente el hecho de que el instrumento jurídico propuesto podría plantear cuestiones sobre su constitucionalidad, en la medida en que se invita a un Estado miembro a que aplique en su territorio la legislación de otro. Este régimen de excepciones y exenciones estaría limitado a las regiones fronterizas y requiere un examen más detallado".

5. Conclusiones

El tradicional carácter territorial del Derecho Administrativo supone un serio obstáculo a las relaciones de cooperación transfronteriza y, en concreto, a la correcta prestación de servicios públicos a los ciudadanos de zonas fronterizas, que comprueban a diario la imposibilidad jurídica de que las Administraciones públicas ejerzan sus competencias fuera del territorio del Estado.

Sin embargo, en los últimos decenios en Europa se han desarrollado extraordinariamente las relaciones de cooperación transfronteriza, dirigidas fundamentalmente a la prestación de servicios a la población

y a la ejecución de infraestructuras públicas de uso común, mediante convenios entre las Entidades territoriales infraestatales implicadas regidos por el Derecho Administrativo (que se proyecta en este caso más allá del territorio estatal), y todo ello en el marco de la celebración de Tratados internacionales por los Estados implicados, tanto bilaterales como multilaterales. Estas relaciones transfronterizas de orden convencional se han concretado, en el caso de la cooperación hispano-portuguesa, en la creación de numerosos organismos administrativos de cooperación de naturaleza corporativa, auténticos consorcios administrativos cuando tienen su sede en España y sometidos, en este caso, al Derecho Administrativo español.

En esta misma línea de creación de organismos de cooperación territorial el último paso lo ha dado la Unión Europea al crear mediante reglamento una nueva categoría, la *Agrupación Europea de Cooperación Territorial*, que se configura como una Administración pública del Estado sede, regida por el Derecho comunitario, el estatutario y, supletoriamente, el del Estado de constitución. Recientes normas españolas regulan esta figura con base en la competencia estatal de régimen de las Administraciones públicas; además, estas Agrupaciones están sometidas al procedimiento de creación y al control de legalidad y oportunidad estatales. Estamos, pues, ante una nueva organización administrativa, próximas a los consorcios, cuya normativa es supletoria. Su utilidad en las relaciones hispano-portuguesas de cooperación transfronteriza se constata por el cada vez mayor número de agrupaciones, aunque se siguen planteando propuestas de mejora en el marco europeo.

IV
AS ACTIVIDADES DE RISCO OU DE PERIGO, EM ESPECIAL, O REGIME JURÍDICO DOS MEDICAMENTOS E DOS ALIMENTOS

(4.ª SESSÃO)

Moderadores

Prof.ª Doutora Maria da Glória Dias Garcia
Professora Catedrática da Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa
e antiga Reitora da mesma Universidade

Prof. Doutor Fernando López Ramón
Professor Catedrático da Universidade de Saragoça
Presidente de AEPDA

AS ACTIVIDADES DE RISCO OU DE PERIGO, EM ESPECIAL O REGIME JURÍDICO DOS MEDICAMENTOS E DOS ALIMENTOS: INTRODUÇÃO

Maria da Glória F. P. D. Garcia
Professora Catedrática da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

É com um enorme prazer que aqui estou hoje a partilhar a moderação deste 4º painel do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo com o Professor Catedrático Fernando López Rámon da Universidade de Saragoça, a quem dirijo uma saudação especial e fraterna, saudação que estendo ao nosso anfitrião, Reitor da Universidade Lusíada, Professor Afonso D'Oliveira Martins, a quem me ligam laços de amizade de longa data.

Prazer desde logo porque assisti ao nascimento destes encontros, em Madrid, pela mão do Professor Diogo Freitas do Amaral e do saudoso Professor López Rodó, que tiveram esta ideia visionária de estreitar laços académicos entre os administrativistas portugueses e espanhóis e tenho, a partir daí, acompanhado o seu percurso de enraizamento e florescimento académicos, através, desde logo, dos Professores José Luiz López Muñiz e Fausto Quadros, um percurso hoje vertido em obras que se desdobram noutras e noutras ainda, o que é particular razão de satisfação e, por isso, aos responsáveis por esta ideia visionária, bem patente na temática escolhida para o colóquio deste ano, a minha gratidão; mas prazer

também porque me permite reencontrar amigos e conviver com colegas de profissão, universitários do vizinho país irmão.

Prazer que neste painel conflui num tema particularmente apelativo, em termos jus-publicísticos – *As actividades de risco ou de perigo, em especial o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos* –, trabalhado por dois grandes professores, um da Universidade de Coimbra, a Professora Susana Tavares da Silva e outro da Universidade de Córdoba, Manuel Izquierdo Carrasco.

A Professora Susana Tavares da Silva tem uma carreira firmada numa forma própria de se posicionar perante o mundo do direito. Tem um marcado perfil de jurista pioneiro, que não procura o conforto ou o aconchego do já dito, do já trabalhado, do já explorado, antes se move por terrenos onde sente a necessidade de o direito entrar, se instalar, dialogar com variadas áreas do saber; terrenos, por isso mesmo, difíceis, movediços, de grande complexidade e incerteza. *Direito da energia, Direito do petróleo, Direito Ambiental e Direito da Agricultura, Direito do Ordenamento do Território*, mas também *Direito do Património Cultural* ou a busca de *Um novo Direito Administrativo?* são áreas do conhecimento jurídico que amplamente, e sem receios, cultiva e onde sempre deixa rasto de qualidade, que a prestigia e à escola onde investiga e ensina.

As conexões entre Direito, risco e sociedade técnica atraem-na em especial e o desejo de descoberta leva-a a procurar formular, com lucidez, novos princípios jurídicos, como o do mútuo reconhecimento, acentuando, porém, princípios tradicionais, como os da razoabilidade, proporcionalidade e transparência, capazes de a todos tranquilizar em face das actividades de risco ou de perigo com que diariamente nos confrontamos. O recente artigo, já publicado, «*Acto administrativo de faca e garfo» é prova do* que afirmo e estou certa de que se acentuará na intervenção que irá fazer.

Dou, por isso, com gosto e sem mais delongas, a palavra à Professora Suzana Tavares da Silva, da Universidade de Coimbra, e à sua reflexão sobre *As actividades de risco ou de perigo, em especial o regime jurídico dos medicamentos e dos alimentos.*

EL IMPACTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SEGURIDAD DE LOS MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS

Manuel Izquierdo-Carrasco[1]
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

I. Introdución: delimitación del objeto y planteamiento

Tanto en el ámbito alimentario como en el de los medicamentos, los poderes públicos de los distintos Estados desarrollan una intensa labor de intervención. Son muchas las finalidades que esta intervención persigue y los motivos que las justifican: económicas, de ordenación del mercado, de garantía del abastecimiento, de garantía de la inocuidad, de protección de la propiedad intelectual e industrial, de protección de los consumidores, etc.[2]. Sin duda alguna, desde un punto de vista cualitativo el objetivo más relevante es garantizar un suficiente y adecuado abastecimiento de alimentos[3] (la lucha contra

1 Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P. Fondos FEDER. Grupo de investigación SEJ-196.

2 En cuanto a la diversidad de títulos de intervención administrativa en el ámbito alimentario, vid. BAENA DEL ALCÁZAR (1982: pp. 53, 62-75).

3 En esta línea, por ej., el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación… necesarios". Igualmente, el art. 39 TFUE recoge entre los objetivos de la Política Agrícola Común el de "garantizar la seguridad de los

el hambre[4]) y de medicamentos esenciales[5] para la población. Con ese presupuesto y con una íntima relación con el mismo, la segunda meta en importancia cualitativa que comparte la intervención pública en ambos sectores es garantizar la inocuidad/seguridad de los alimentos y medicamentos puestos en el mercado[6].

No obstante, esta inocuidad/seguridad no es un elemento absoluto que pueda ser considerado aisladamente. Tanto la legislación alimentaria como la de medicamentos lo que persiguen es garantizar unos niveles de seguridad. En esta línea, el art. 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) proclama que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará *un alto nivel de protección de la salud humana*" (la cursiva es nuestra). En el mismo sentido, de nivel "elevado" se habla constantemente en la legislación

abastecimientos" y "asegurar al consumidor suministros a precios razonables". Una exposición histórica de las primeras intervenciones públicas en el Derecho Romano con la finalidad de garantizar el abastecimiento, anteriores a la tutela de la salud, en RODRÍGUEZ FONT (2007: pp. 27-ss).

4 La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación estima que en el periodo 2010-2012 el número de personas subnutridas en el mundo se ha situado en unos 870 millones (Fuente: "La subnutrición en el mundo en 2012", FAO).

5 La Organización Mundial de la Salud define los medicamentos esenciales como aquellos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población. Esta organización internacional aprueba una lista modelo de medicamentos esenciales -la primera se aprobó en 1977 y es revisada cada dos años-. Su selección se hace atendiendo a la prevalencia de las enfermedades y a su seguridad, eficacia y costoeficacia comparativa. El objetivo es que, en el contexto de los sistemas de salud existentes, los medicamentos esenciales estén disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada, y a un precio asequible para las personas y para la comunidad.

6 Esa conexión se recoge expresamente en la definición sobre Seguridad Alimentaria que contiene el Plan de Acción adoptado en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en 1996: "Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos *inocuos* y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana" (la cursiva es nuestra).Se trata de una noción amplia de seguridad alimentaria que no es la que se seguirá en este trabajo. La que aquí interesa es la noción estricta, que se vincula de manera central con los aspectos de salubridad/inocuidad de los alimentos con una cierta ampliación hacia elementos nutricionales. En esta línea, el Código Internacional de Práctica y Principios Generales de Higiene Alimentaria del Codex Alimentarius recoge que "la seguridad alimentaria es la garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman de acuerdo con su uso previsto". Sobre el concepto amplio y restringido de seguridad alimentaria, vid. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO y PÉREZ GARCÍA (2015: pp. 50-51).

alimentaria de la Unión (por ej., art. 1 RSA[7]) o de nivel "aceptable" en algunos artículos de la legislación farmacéutica (art. 10 bis y parte II del Anexo CCMUH[8]). Aunque la idea de fondo es similar, a nuestro juicio, esta distinta terminología entre alimentos y medicamentos no es casual y tiene su justificación en la relación riesgo/beneficio, cuya ponderación debe ser necesariamente distinta en ambos productos.

Esto es, tanto los alimentos como los medicamentos siempre van a presentar unos riesgos que se aceptan o se admiten por diversos motivos (por el coste económico desproporcionado que tendría su eliminación, porque queden compensados por los beneficios para la salud que aporten[9], por necesidades tecnológicas…), esto es, que se consideran admisibles[10]. Esta situación es especialmente relevante en el caso de los medicamentos donde el principio de inocuidad/seguridad debe

7 Reglamento (CE) nº 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (en adelante, RSA).

8 Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (en adelante, CCMUH).

9 Por ej., los nitritos se emplean como aditivos en la fabricación de embutidos y productos de charcutería como agentes antimicrobianos frente a la peligrosa toxina botulínica. No obstante, también es conocido que los nitritos, tanto en el alimento como en el aparato digestivo, pueden reaccionar con aminas y formar nitrosaminas que son moléculas con efectos carcinógenos probados.

10 Esta idea aparece expresamente en la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. Esta norma es de aplicación general -aunque supletoria en caso de existir normativa sectorial- a cualquier producto destinado al consumidor. Su artículo 2 define "producto seguro" como "cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente *riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles* dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta,…" (la cursiva es nuestra). A nuestro juicio, esa mención a "riesgos mínimos" es errónea, pues el riesgo puede ser elevado (por ej., piénsese en una sierra de calar), pero lo que interesa destacar ahora es esa idea de que existen riesgos que son admisibles. Sobre esta idea de riesgo permitido y su distinción de la de riesgo desconocido, vid. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (1998: pp. 18-ss); IZQUIERDO CARRASCO (2011: pp. 155-ss); RODRÍGUEZ FONT (2007: p. 236). Sobre la conexión entre la noción de riesgo aceptado y el principio de precaución, vid. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (2003: pp. 232-234).

ponerse necesariamente en conexión con otro: el beneficio terapéutico que dicho medicamento aporte. Esto es, no se trata exclusivamente de que el medicamento sea seguro, sino de que los efectos terapéuticos que aporte compensen esos riesgos (incluso ciertos y no contingentes) para la salud. En definitiva, tanto en los alimentos como en los medicamentos, los poderes públicos deben establecer la frontera entre los riesgos que se admiten y los que no. Y ello lleva a otra idea esencial: el análisis del riesgo[11]. El análisis del riesgo para la salud no es algo novedoso, pues desde el momento en el que los conocimientos científico-técnicos lo han permitido ha estado presente, de forma más o menos expresa, en la toma de decisiones de las autoridades públicas para la protección de la salud y seguridad en estos ámbitos[12]. Ciertamente, en las últimas

11 El apartado 10 del art. 3 RSA define el análisis del riesgo como "un proceso formado por tres elementos interrelacionados: determinación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo". A renglón seguido, define cada uno de estos tres elementos: el primero, el científico; el segundo, el político; y el tercero, el intercambio de información.

Las posiciones doctrinales sobre estos conceptos han sido variadas. SCHMIDT-ASSMANN sostiene lo siguiente: "En el ámbito del Derecho administrativo, el concepto de riesgo se suele contraponer al clásico concepto de peligro de la actividad de policía. Ambos exigen tomar decisiones en situaciones de incertidumbre, pero mientras que los pronósticos relativos al peligro se pueden apoyar en experiencias conocidas de cadenas causales lineales, el concepto de riesgo hace referencia a situaciones en las que no se puede calcular la probabilidad de que se produzca una variante conocida (incertidumbre en sentido amplio), o en las que ni siquiera es predecible el posible curso de los acontecimientos o sus consecuencias (incertidumbre en sentido estricto)". Y añade: "Las exigencias impuestas hasta ahora a las decisiones públicas de determinación y firmeza no pueden, así, trasladarse a las decisiones tomadas en situaciones de inseguridad. Los criterios de aplicación del principio de proporcionalidad se vuelven necesariamente más débiles… No es casual que con el concepto de riesgo se plantee, al mismo tiempo, como cuestión independiente la de la aceptación del riesgo. La determinación del riesgo se vuelve un proceso abierto, que, como *gestión del riesgo,* demanda nuevas formas de comunicación entre la Administración, los expertos, las empresas y la opinión pública, y para el que se han de crear nuevas condiciones marco de carácter organizativo-institucional" (2003: pp. 176-177). En una línea próxima, RODRÍGUEZ FONT (2007: pp. 90-ss.).

12 En la Exposición de Motivos de un Real Decreto de 22 de diciembre de 1908 (Gaceta del 23 de diciembre) -que es considerado por algunos como un primer Código Alimentario Español y que estuvo vigente hasta el año 1983- se explicaba lo siguiente: "La falta de una definición exacta de las principales sustancias alimenticias ha facilitado las falsificaciones por la diversidad de criterios existentes para la calificación de los alimentos, y á fin de evitar todo motivo de confusión se establecen en las instrucciones anejas á este Real decreto las definiciones de lo que para cada especie puede considerarse práctica y comercialmente como alimento puro, consignando al lado de la definición las tolerancias que pueden consentirse sin perjuicio para la salud pública". Y ya en el propio articulado añade: "Excepción hecha de las tolerancias establecidas para mantener la posible concordancia entre los intereses de los consumidores

décadas la legislación ha hecho esa realidad infinitamente más visible y, sobre todo, le ha dado nombre y la ha formalizado.

En este contexto, para la consecución del mencionado objetivo de garantizar ese nivel de inocuidad/seguridad o, en puridad, que los alimentos y medicamentos no generen unos riesgos inaceptables para la salud humana, los Estados desarrollan una amplia actividad jurídica en la que las Administraciones públicas -y, por tanto, el Derecho Administrativo- juegan un papel esencial[13], aunque sin excluir otros instrumentos que presentan un carácter complementario (instrumentos penales[14], responsabilidades civiles por los daños originados por alimentos o medicamentos…).

Pero estas actuaciones estatales están fuertemente influenciadas por lo que se ha dado en denominar, quizás de manera deliberadamente atrevida, como Derecho Administrativo transnacional o global[15].

---

y las exigencias de la Industria y del Comercio, no se admitirá ninguna otra…". Esto es, una fijación de las tolerancias que tiene en cuenta las necesidades del sector empresarial y el objetivo de la protección de la salud. En definitiva y en terminología actual: una evaluación de riesgos.

13 A diferencia de otros objetivos o fines (piénsese, por ej., en la protección de la propiedad intelectual o industrial), donde el papel de la Administración y del Derecho Administrativo es más residual, ocupando esa posición central otras ramas de ordenamiento como el Derecho Civil o el Derecho Mercantil.

14 Por ej., en el Código Penal español, se tipifican como delitos contra la salud pública algunas conductas vinculadas con los alimentos y medicamentos gravemente atentatorias contra ese interés público.

15 El propio BARNES, que ha estudiado con amplitud este fenómeno, después de afirmar que "El planteamiento del «Derecho Administrativo Global» resulta audaz y estimulante: concebir una heterogénea y multiforme variedad de organizaciones interestatales y transnacionales como «administrativas», para proyectar de seguido sobre ellas un *nuevo sistema de Derecho Administrativo*, esto es, unos principios generales y un acervo comunes, aunque plásticamente adaptables en múltiples expresiones y modalidades a cada sistema global en particular, extraídos a su vez y sólo en parte del legado del Derecho Administrativo clásico, y sobre una base tendencialmente solidaria y cosmopolita de la ordenación internacional, aquí calificada de «gobernanza (administrativa) global», que opera, en justa coherencia, en un «espacio administrativo global»" (p. 31), advierte que "Una crítica fácil o apresurada bien podría cuestionar la veracidad de cada uno de esos tres componentes, cuando menos ante ciertos escenarios y circunstancias. En tal caso, no sería difícil sostener, en determinados supuestos, que no es, o no siempre es, «Derecho» –cuando menos en su uso o sentido convencionales –, tampoco «administrativo», y, menos aún, «global»." (2016: p. 32).
Sobre este fenómeno, entre otros, vid. CASSESE (2006: in totum); BALLBÉ (2007: pp. 215-276); AA.VV. (2011: in totum); MEILÁN GIL (2013: in totum); MIR PUIGPELAT (2004:

Se trata de un fenómeno distinto a la dualidad Derecho estatal-Derecho Internacional, que tiene como objeto un amplio conjunto de organizaciones tanto públicas como privadas de gobernanza global. No procede ahora analizar o profundizar en dicho concepto, que simplemente se acepta dado el planteamiento de este Congreso, aunque sí se advierte que la realidad que se pretende describir con el mismo, en determinados supuestos (por ej., los que se refieren a asociaciones privadas), no encaja en las concepciones subjetivas del Derecho Administrativo[16]. La mayor parte de los estudios o trabajos sobre el Derecho Administrativo transnacional o global centran su atención en la traslación de herramientas básicas del Derecho Administrativo interno o Internacional Público a esas organizaciones de gobernanza global: transparencia, participación, motivación, control o rendición de cuentas[17]. No obstante, no es esa la faceta que más interesa en este trabajo, si no la relativa a las concretas actuaciones materiales de esas organizaciones, vinculadas con la finalidad de garantizar la inocuidad o seguridad de los alimentos y medicamentos, y su influencia en los Derechos Administrativos internos. En definitiva, lo que nos interesa no es tanto el Derecho que se le aplica a tales organizaciones, sino el "Derecho" – si es que esa expresión les es aplicable – que las mismas generan.

Con estos presupuestos, el esquema que seguiremos será el siguiente: en primer lugar, analizaremos los conceptos jurídicos de alimento y medicamento para centrar así el ámbito material de este trabajo; en segundo lugar, identificaremos las fuentes más relevantes de ese Derecho Administrativo transnacional y su objeto; en tercer lugar, analizaremos las implicaciones que ese Derecho transnacional tiene en los Estados en cada uno de los instrumentos básicos sobre los que

in totum); ALLÍ ARANGUREN (2004: in totum); DARNACULLETA GARDELLA (2016: pp.11-50).

16 Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004: pp. 43-ss).

17 En esta línea, técnicas propias del Derecho Administrativo se están incorporando en muchas áreas sectoriales de la gobernanza global para intentar corregir los déficits que presentan sus mecanismos de rendición de cuentas y su incapacidad para tener en cuenta todos los intereses que puedan verse afectados por sus decisiones. Así, por ej., en uno de los ámbitos que nos ocupa, la inclusión de ONG como observadores -aunque, de hecho, se les permite exponer sus puntos de vista- en la Comisión del Codex Alimentarius.

se construye la intervención pública en estos sectores (determinación normativa de deberes; controles previos a la fabricación o puesta en el mercado; vigilancia en el mercado; adopción de medidas de reacción no sancionadoras ante situaciones de riesgo; y régimen sancionador).

II. Las nociones jurídicas de alimento e medicamento

Desde un punto de vista jurídico, el art. 2 RSA define alimento o producto alimenticio[18] como "cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no"[19]. Se trata de una definición de carácter general y que se realiza en términos amplios[20]. A partir de ahí, el precepto añade una lista positiva de sustancias que considera expresamente como alimentos y una lista negativa que excluye de tal concepto. La finalidad de la primera lista es fundamentalmente la de ofrecer seguridad jurídica, dejando fuera de toda duda que ciertos productos son alimentos, en particular, cuando pudiera discutirse su inclusión en la mencionada definición[21]. Por

18 Debe destacarse que esta definición equipara las nociones de alimento y producto alimenticio. En sentido distinto se manifiesta el todavía vigente Código Alimentario Español (Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre) -que en este concreto contenido debe entenderse desplazado por la normativa de la Unión- que distingue entre alimentos y productos alimentarios ("todas las materias no nocivas, en sentido absoluto o relativo, que, sin valor nutritivo, puedan ser utilizadas en la alimentación").

19 Un análisis de esta definición en RECUERDA GIRELA (2006: pp. 61-67); BAÑARES VILELLA (2006: pp. 21-28).

20 En cuanto a esa amplitud, destaca esa referencia a la "probabilidad razonable de serlo (ser ingerida)", que no se encuentra en la definición de alimento que ofrece el *Codex Alimentarius*: "toda sustancia, elaborada, semielaborada o bruta, que se destina al consumo humano, incluyendo las bebidas, el chicle y cualesquiera otras sustancias que se utilicen en la fabricación, preparación o tratamiento de los alimentos, pero no incluye los cosméticos ni el tabaco ni las sustancias utilizadas solamente como medicamentos." Se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como otros muchos, plantea notables dificultades en su aplicación práctica al caso concreto. A este respecto, por ej., puede consultarse en Informe de la Subdirección General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid (Inf14020, de 18 de marzo de 2014), donde se analiza la consideración como alimento o no del hielo utilizado para la refrigeración de pescado y las consecuencias jurídicas que derivarían de una u otra opción.

21 Por ej., se recoge la goma de mascar -esto es, la goma base del chicle, que podría discutirse si está destinada a ser ingerida (en principio, la misma no se ingiere), aunque ninguna duda cabe que hay una probabilidad razonable de que así ocurra-. O se deja claro que las bebidas también

su parte, el fin de la segunda lista es fundamentalmente el de excluir de esta noción una serie de productos que en su mayoría encajan perfectamente en la noción de alimento, pero que no tiene ningún sentido someterlos a su régimen jurídico pues cuentan con uno propio que también persigue la protección de la salud. Precisamente, entre esos productos se incluyen los medicamentos.

En cuanto a los medicamentos, el art. 1 CCMUH ofrece la siguiente definición:

"a) toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos, o

b) toda sustancia o combinación de sustancias que pueda usarse en, o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico;"

En principio, un producto se considera medicamento si está incluido en una de las dos definiciones o perspectivas que el precepto ofrece[22]: por su presentación (como poseedora de ciertas propiedades) o por su función (esa afección a las funciones fisiológicas a través de determinados tipos de acción[23]). No obstante, el TJUE ha debido precisar que no se puede considerar que ambas definiciones no tengan relación entre sí, sino que ha aclarado que deben interpretarse de manera conjunta[24]. A

son alimentos, por si alguien erróneamente pudiera equiparar la noción de alimento sólo con los sólidos.

22 Así lo afirma expresamente, entre otras, la sentencia HLH Warenvertrieb y Orthica, C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03, EU:C:2005:370, apartado 49. Sobre el concepto jurídico de medicamento, vid. BOMBILLAR SÁENZ (2010: pp. 229-ss); SARRATO MARTÍNEZ (2015: pp. 212-ss); y de manera particularmente detallada, VIDA FERNÁNDEZ (2015: pp. 23-ss), dedicando capítulos posteriores de la obra al análisis de su distinción de otros productos para el cuidado de la salud.

23 Si se tiene en cuenta la exigencia de esta incidencia cualificada en las funciones fisiológicas llama la atención que la legislación farmacéutica califique expresamente como medicamento a los productos homeopáticos. En puridad, constituye una verdadera excepción a la definición legal de medicamento. Al respecto, VIDA FERNÁNDEZ (2015: pp. 92-ss).

24 En esta línea, la STJUE (Sala Cuarta), de 10 de julio de 2014 (Markus D. y G., C-358/13 y C-181/14, ECLI:EU:C:2014:2060) ha rechazado que encajen en este concepto de medicamento las mezclas de plantas aromáticas que contienen cannabinoides sintéticos y que dan lugar a una

partir de ahí, según reiterada jurisprudencia, "para determinar si un producto responde a la definición de «medicamento» en el sentido de la Directiva 2001/83, las autoridades nacionales, bajo el control de los tribunales, deben decidir caso por caso teniendo en cuenta todas las características del producto, entre ellas, su composición, sus propiedades farmacológicas, inmunológicas o metabólicas – en la medida en que puedan determinarse en el estado actual de los conocimientos científicos –, su modo de empleo, la amplitud de su difusión, el conocimiento que de él tengan los consumidores y los riesgos que pueda ocasionar su uso"[25].

En principio, podría pensarse que alimentos y medicamentos son dos ámbitos objetivos claramente diferenciados. Sin embargo, los avances tecnológicos y de innovación en la industria alimentaria han originado toda una serie de supuestos en los que la frontera entre ambos no siempre son nítidas[26]. Se presentan en el mercado un conjunto de alimentos en los que se destacan sus efectos beneficiosos para la salud y el bienestar humano. Es lo que se denomina de manera genérica como alimentos funcionales[27]. Como hemos expuesto, el Reglamento de

mera modificación de las funciones fisiológicas, sin ser aptas para producir efectos beneficiosos, mediatos o inmediatos, sobre la salud humana, y que se consumen únicamente con el fin de generar un estado de embriaguez, resultando nocivas para la salud humana.

25 Entre otras, las sentencias Upjohn, EU:C:1991:147, ap. 23; BIOS Naturprodukte, C-27/08, EU:C:2009:278, ap. 18; y Markus D. y G., EU:C:2014:2060, ap. 42.

26 Sobre cómo los alimentos de diseño han desdibujado la distinción entre alimento y medicamento, vid. RECUERDA GIRELA (2011: pp. 82-ss). Del mismo autor, RECUERDA GIRELA (2010: pp. 17-28).

27 El término *functional food* (alimento funcional) surge en Japón en torno a los años 80. Aunque el uso del término se ha extendido, no existe un consenso internacional sobre su concepto. A este respecto, J.R. LUPIEN pone de manifiesto lo siguiente: "There is not a current legal definition for functional food in most countries and foods of this type are regulated under existing food or related legislation in countries where functional claims are made. In many countries regulations exist for conventional foods, foods for special dietary use, dietary supplements, and medical foods for use under the supervision of physician for management of specific disease. In the European Union there are regulations for novel foods that in some cases could also be considered as functional foods" (*2002: pp. 224-229).*

El Derecho de la Unión Europea ha optado por no configurarlos como una categoría jurídica independiente. En esta línea, así respondía a una pregunta escrita en el Parlamento Europeo el ex comisario europeo Byrne: "La legislación comunitaria no establece ninguna definición de alimentos funcionales. En efecto, teniendo en cuenta que todo alimento, sea el que fuere, tiene una función, no hay ninguna justificación para calificar de funcional a alimentos que pertenezcan

Seguridad Alimentaria, del 2002, ya excluyó del concepto de alimento a los medicamentos. Esto es, si un producto encaja en la noción de medicamento – aunque también pueda ser considerado un alimento – queda excluido del régimen jurídico de los alimentos y se somete al régimen más estricto de los medicamentos. Se trata de un criterio razonable en el que prima la protección de la salud28. En esta misma línea insistió la Directiva 2004/27/CE, que modificó la mencionada Directiva 2001/1983 e introdujo un apartado 2 al artículo 2:

"En caso de duda, cuando, considerando todas las características de un producto, éste pueda responder a la definición de medicamento y a la definición de producto contemplada por otras normas comunitarias, se aplicará la presente Directiva"[29].

Por tanto, en esos productos "frontera", la legislación farmacéutica ejerce una *vis atractiva* frente a la legislación alimentaria. Ello origina que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya tenido que ir perfilando los elementos esenciales de la noción

a una categoría determinada" (Respuesta dada a la pregunta escrita E-2923/00 formulada por el eurodiputado Charles Tannock a la Comisión, en relación al asunto: etiquetado de productos alimenticios. Referencia específica en los envases a información sobre la reducción del riesgo de contraer enfermedades, DOCE C 113 E, de 18 de abril de 2001).

Por tanto, estos alimentos son objeto de la legislación general de carácter alimentario, y de otra de carácter específico, entre la que destaca: la relativa a alimentos enriquecidos (Reglamento CE nº 1925/2006 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006 sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos); los complementos alimenticios (Directiva 2002/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios); los nuevos alimentos [Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativo a los nuevos alimentos]; y la de alegaciones nutricionales y de propiedades saludables (Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos).

Entre nosotros, sobre el concepto de alimentos funcionales, vid. BAÑARES VILELLA (2006: pp. 23-ss); AA.VV. (2012); y VIDA FERNÁNDEZ (2015: pp. 140-ss).

28 Como destaca DOMENECH PASCUAL "si en los casos dudosos es probable incurrir en equivocaciones, resulta preferible cometerlas por el lado del exceso de protección de la salud que por el lado de una protección insuficiente" (2009: p. 106) .

29 Debe tenerse en cuenta la STJCE de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma GmbH, As. C-140/07, donde se resuelven varias cuestiones prejudiciales vinculadas con la interpretación de este precepto.

de medicamento y su distinción de los alimentos[30]; y que ese mismo debate también se haya trasladado a los tribunales nacionales[31].

III. Identificación y caracterización del Derecho Administrativo Transnacional en este ámbito

Los alimentos y los medicamentos son bienes muebles objeto de intenso tráfico internacional[32]. Además, en ambos sectores, los productores están integrados por una serie de grandes multinacionales fuertemente implantadas[33], junto con una gran variedad de empresas

30 Vid. PARDO LEAL (2008: pp. 14-23); y GONZÁLEZ VAQUÉ (2008: pp. 25-36).

31 Sobre los problemas que plantea la distinción entre complementos alimenticios -en particular, los productos a base de hierbas- y medicamentos, vid. la STS de 30 de marzo de 2006, rec. 6725/2003, ponente Baena del Alcázar; la STS de 9 de diciembre de 2010, rec. 1033/2009, ponente Lecumberri Martí; o la STSJ de Madrid, de 29 de diciembre del 2006. Especialmente polémica ha sido esta distinción en España. En el año 2006, la Comisión inició procedimiento de infracción contra España por este motivo. En la nota de prensa publicada, se podía leer: "España impone obstáculos a la comercialización de productos con ingredientes vegetales que, en otros Estados miembros, se comercializan y/o fabrican legalmente como alimentos o suplementos dietéticos. Desde 2004, la Comisión ha recibido denuncias de las empresas que desean comercializar en España estos productos. En efecto, las autoridades españolas retiran estos productos del mercado ya que los consideran medicamentos y, como tales, deben ser objeto de un procedimiento oneroso de autorización de comercialización de medicamentos. La Comisión considera que la ausencia de procedimientos adecuados para evaluar el riesgo para la salud pública supuestamente planteado por estos productos que contienen extractos de plantas, legalmente comercializados en otros Estados miembros, representa una barrera injustificada al comercio en el interior de la UE" (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-446_es.htm?locale=en). El asunto fue resuelto, en contra de la interpretación española, por la STJUE, de 5 de marzo de 2009, as. C-88/07, Comisión/España. Una exposición de estas complejas fronteras y conflictos jurídicos entre complementos alimenticios y medicamentos, en DÍAZ PERALTA (2016: pp. 197-ss).

32 En el período comprendido entre 1995 y 2014, las exportaciones mundiales de productos farmacéuticos aumentaron a una tasa anual del 7%, mientras que las exportaciones de alimentos lo hicieron a una tasa anual del 6%. En 2014, el valor conjunto de estas exportaciones fue aproximadamente igual al valor de las exportaciones de combustibles (Fuente: Estadísticas del comercio internacional 2015. Organización Mundial del Comercio). En España, en el año 2015, la exportación de la industria farmacéutica -según la patronal Farmaindustria- fue de alrededor de 11.000 millones de euros; en cuanto a la industria agroalimentaria, exportó alrededor de los 40.500 millones (fuente: ICEX). Esto es, aproximadamente, un 4,4 % y un 16,2 %, respectivamente, del volumen total de las exportaciones españolas.

33 En el sector alimentario, destacan: Nestlé, SA; Pepsico Inc.; Unilever Group; Coca-Cola Company; Grupo Danone, SA; General Mills Inc; Kellogg's Company; Associated British Food plc; Mars Incorporated; y Mondelez International Inc. Por su parte, en el sector farmacéutico:

nacionales de variado tamaño[34] y actividad comercial exterior.

En ese contexto, se comprende que las diferencias de contenido y de calidad normativa, con diversa justificación (motivos históricos, protección de los productores nacionales, insuficiente conocimiento científico…), de las legislaciones estatales hayan sido contempladas con recelo y que ello originara que aparecieran movimientos en el plano internacional para hacer frente a estos problemas[35]. Esos movimientos surgen de manera aislada, aunque con el tiempo se van estableciendo mecanismos de coordinación y convergencia entre los mismos.

Una temprana muestra de lo que se acaba de decir puede encontrarse en la primera reunión del Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Nutrición (1950) donde se afirma lo siguiente:

"La reglamentación de los alimentos en diferentes países es a menudo conflictiva y contradictoria. La legislación reguladora de las normas de preservación, nomenclatura y alimentación aceptable varía a menudo ampliamente de un país a otro. Con frecuencia se introduce nueva legislación que no está basada en el conocimiento científico, y es posible que se tengan escasamente en cuenta los principios nutricionales en la formulación de la reglamentación".

Pero no se trataba sólo de favorecer el comercio internacional, sino también de proteger la salud de los consumidores. En esta línea, ya en octubre de 1960, la primera Conferencia Regional de la FAO para Europa reconoció "la conveniencia de un acuerdo internacional sobre normas alimentarias mínimas y cuestiones conexas (entre ellas, requisitos de etiquetado, métodos de análisis, etc.),… como medio importante para proteger la salud de los consumidores, asegurar la

Johnson & Johnson; Pfizer; Novartis; Merck & Co.; Roche; Sanofi; Bayer; GlaxoSmithKline; Amgen; y McKesson.

34 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN da cuenta de que pequeñas empresas nacionales, especialmente en el ámbito de la biotecnología, en muchos supuestos conciertan su actividad con las grandes empresas (2006: p. 18).

35 Sobre el valor de la uniformidad jurídica como un servicio a las compañías transnacionales por parte de los operadores que participan en el desarrollo del Derecho de la globalización, vid. GONZÁLEZ GARCÍA (2004: pp. 19-ss).

calidad y reducir los obstáculos al comercio…"

Por su alcance, las fuentes de ese Derecho administrativo transnacional pueden ser de carácter global o regional. Analicémoslas separadamente.

1. Fuentes de Derecho administrativo transnacional de carácter global

Esas fuentes pivotan esencialmente sobre la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Consejo Internacional para la Armonización de los requisitos técnicos de los productos farmacéuticos para uso humano (ICH) y la Organización Internacional de Normalización (ISO). Las dos primeras, organizaciones internacionales; y las dos segundas, asociaciones constituidas con arreglo al Derecho suizo. Pero, junto a éstas, hay otras muchas organizaciones y entidades de carácter internacional que intervienen en este ámbito [por ej., la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE)[36], las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, o la propia OCDE[37]], siendo deseable una mayor racionalización de todas estas intervenciones, pues las mismas, en ocasiones, se superponen sin una adecuada coordinación[38].

36 La Oficina Internacional de Epizootias (OIE) se creó mediante un Acuerdo internacional firmado el 25 de enero de 1924 con la finalidad de combatir contra las enfermedades de los animales a nivel mundial. En mayo de 2003, la Oficina se convirtió en la Organización Mundial de Sanidad Animal, pero conserva su acrónimo histórico OIE. Los Países Miembros de la OIE decidieron garantizar mejor la seguridad sanitaria de los alimentos de origen animal reforzando las sinergias entre las actividades de la OIE y las de la Comisión del Codex Alimentarius. Las actividades normativas de la OIE en este ámbito están enfocadas hacia la prevención de los peligros existentes antes del sacrificio de los animales o de la primera transformación de sus productos (carnes, leche, huevos, etc.), susceptibles de generar ulteriormente riesgos para los consumidores.

37 Vid., por ej., la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) relativa a la gobernanza de los ensayos clínicos, de 10 de diciembre de 2012.

38 En esta línea de una mayor coordinación, puede citarse el Acuerdo entre la OIE y la OMS, con objeto de coordinar los esfuerzos que despliegan para promover y mejorar la salud pública veterinaria (SPV) y la seguridad alimentaria y la inocuidad de los alimentos (aprobado por la 57ª Asamblea Mundial de la Salud el 22 de mayo de 2004, en virtud de la resolución WHA57.7,

1.1. La Organización Mundial de la Salud (OMS)

La Organización Mundial de la Salud se crea mediante la Constitución de la Organización Mundial de la Salud[39]. Su art. 2 enumera las funciones de la OMS. Sin perjuicio de que los aspectos alimenticios y farmacéuticos pueden incluirse sin dificultad en muchas de las funciones genéricas de la OMS (por ej., "actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional" o "promover y realizar investigaciones en el campo de la salud"), la letra u) de dicho precepto recoge expresamente la siguiente función: "desarrollar, establecer y promover normas internacionales con respecto a productos alimenticios, biológicos, farmacéuticos y similares". Y el art. 21 atribuye a la Asamblea de la Salud la competencia para adoptar reglamentos referentes a "normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional" y "propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional". Analicemos separadamente sus actuaciones más relevantes en el ámbito alimentario y en el farmacéutico.

En el ámbito alimentario, su actividad se canaliza fundamentalmente a través de la Comisión del Codex Alimentarius (FAO/OMS), aunque también desarrolla otras actuaciones con relevancia en esta materia[40]. La Comisión del Codex fue establecida mediante resolución adoptada por la Conferencia de la FAO, en su 11º período de sesiones, en noviembre de 1961[41]. En mayo de 1963, la Asamblea Mundial de la Salud aprueba en su

y modificación aprobada por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud el 21 de mayo de 2010 en virtud de la resolución WHA63.11).

39 Esta Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

40 Por ej., la aprobación de Directrices con fundamento científico que deben servir de referencia para las políticas públicas en materia alimentaria [WHO. *Guideline: Sodium intake for adults and children*. Geneva, World Health Organization (WHO), 2012; Recomendaciones sobre la fortificación de las harinas de trigo y de maíz, WHO/NMH/NHD/MNM/09.1, 2009; etc.]; o la clasificación de la carne procesada como carcinógena para los humanos (Grupo 1).

41 La FAO es un organismo especializado de las Naciones Unidas creado en 1945 con la finalidad prioritaria de luchar contra el hambre en el mundo. Junto con la OMS, gestiona la Comisión del Codex Alimentarius y el Comité Mixto de Expertos en Aditivos Alimentarios (JECFA). Entre sus publicaciones, merece una mención especial sus "Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la

16º período de sesiones la creación del Programa Conjunto FAO/OMS sobre Normas Alimentarias con la Comisión del Codex Alimentarius como su órgano principal[42].

El Codex Alimentarius[43] se integra por distintos tipos de documentos: las normas oficiales (Codex Stan), las directrices (CAC/GL)[44], los códigos de prácticas (CAC/RCP)[45] y los límites máximos de residuos (CAC/MRL). Estas normas oficiales y los demás textos afines aprobados por la Comisión del Codex – en principio, por consenso[46] – son orientaciones o recomendaciones cuya aplicación por los Estados miembros es facultativa, aunque en la práctica son la base y una referencia esencial en las legislaciones nacionales o regionales, en la gestión empresarial y en las propias sentencias de los Tribunales nacionales[47].

seguridad alimentaria nacional", aprobadas por el Consejo de la FAO en su 127º período de sesiones, noviembre de 2004, donde se encuentra la Directriz 9: "Inocuidad de los alimentos y protección del consumidor", con un contenido marcadamente principial.

42 Con un alcance general, vid. el Acuerdo entre la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación y la Organización Mundial de la Salud, adoptado por la Primera Asamblea Mundial de la Salud el 17 de julio de 1948.

43 LOSADA MANOSALVAS afirma que el precedente de este Codex Alimentarius debe buscarse en el *Codex Alimentarius Austriacus* que consistió en una colección de normas y descripciones para una gran variedad de alimentos que se elaboró en el Imperio Austrohúngaro entre 1897 y 1922 (2001: p. 51).

44 Las directrices proporcionan información y asesoramiento basados en datos empíricos, así como procedimientos recomendados, para garantizar que los alimentos sean inocuos y de buena calidad y puedan comercializarse.

45 Un código de prácticas es un conjunto de reglas escritas que explican el modo en que han de proceder las personas que ejercen una determinada profesión. Definen las prácticas de producción, elaboración, fabricación, transporte y almacenamiento de alimentos o grupos de alimentos, que se consideran esenciales para garantizar la inocuidad y aptitud de los alimentos para el consumo.

46 El art. XII. 2 del Reglamento de la Comisión del Codex Alimentarius establece: "La Comisión hará todo lo posible para alcanzar los acuerdos sobre la adopción o modificación de las normas por consenso. Las decisiones para adoptar o modificar las normas podrán tomarse por votación sólo cuando hayan fracasado los intentos por lograr el consenso."

47 Por ej., en España, al hilo de la crisis alimentaria del aceite de orujo y de las procedimientos judiciales que se iniciaron contra la propia medida y de responsabilidad patrimonial contra la Administración, hubo sentencias que a la hora de delimitar el deber de diligencia de los productores se remitieron a las recomendaciones existentes en el ámbito internacional sobre los niveles de benzopireno (HAP) en alimentos.

Además, la trascendencia de estas normas del Codex – y también de otras organizaciones internacionales – se refuerza de manera externa por una serie de previsiones de la OMC que obligan o empujan a los Estados miembros a tenerlas en cuenta, otorgándoles una posición jurídica privilegiada[48]. Particular interés tienen las dos siguientes:

- Por un lado, el artículo 3, denominado "Armonización", del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias:

"1. Para armonizar en el mayor grado posible las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros basarán sus medidas sanitarias o fitosanitarias en normas, directrices o recomendaciones internacionales, cuando existan, salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo y en particular en el párrafo 3.

2. Se considerará que las medidas sanitarias o fitosanitarias que estén en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales y se presumirá que son compatibles con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo y del GATT de 1994.

3. Los Miembros podrán establecer o mantener medidas sanitarias o fitosanitarias que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria más elevado que el que se lograría mediante medidas basadas en las normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes, si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel de protección sanitaria o fitosanitaria que el Miembro de que

48 En marzo de 1991, una conferencia sobre normas alimentarias, productos químicos presentes en los alimentos y comercio internacional, organizada por la FAO y la OMS, en cooperación con el GATT, recogió la experiencia obtenida en el GATT para preparar la futura evolución del *Codex Alimentarius* y un nuevo Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SFS). Como se expone en texto, el Acuerdo SFS otorga categoría de referencia internacional a las normas, recomendaciones, directrices y códigos de buenas prácticas higiénicas adoptados por la Comisión del *Codex Alimentarius*. Por ese motivo, el Codex inició una revisión profunda de sus enfoques y procedimientos a fin de poder desempeñar tal tarea. De este modo ha habido varias reformas para mejorar la eficacia de los procedimientos de preparación y adopción de normas; y también se ha revisado el contenido de un gran número de normas del Codex para tener en cuenta los nuevos acuerdos de la OMC.

se trate determine adecuado de conformidad con las disposiciones pertinentes de los párrafos 1 a 8 del artículo 5. Ello no obstante, las medidas que representen un nivel de protección sanitaria o fitosanitaria diferente del que se lograría mediante medidas basadas en normas, directrices o recomendaciones internacionales no habrán de ser incompatibles con ninguna otra disposición del presente Acuerdo.

4. Los Miembros participarán plenamente, dentro de los límites de sus recursos, en las organizaciones internacionales competentes y sus órganos auxiliares, en particular la Comisión del *Codex Alimentarius* y la Oficina Internacional de Epizootias, y en las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, para promover en esas organizaciones la elaboración y el examen periódico de normas, directrices y recomendaciones relativas a todos los aspectos de las medidas sanitarias y fitosanitarias.

5. El Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias al que se refieren los párrafos 1 y 4 del artículo 12 (denominado en el presente Acuerdo el "Comité") elaborará un procedimiento para vigilar el proceso de armonización internacional y coordinar con las organizaciones internacionales competentes las iniciativas a este respecto."

Por tanto, los tres organismos de normalización mencionados explícitamente en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias son el Codex Alimentarius, la OIE (Organización Mundial de Sanidad Animal) y la CIPF[49].

- Por otro lado, el art. 2.4 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio:

"Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un

49 También se mencionan en el art. 12.3 y en el Anexo A de Definiciones.

medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

5…. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional."

En ambos supuestos, el establecimiento de estas presunciones a favor de las normas internacionales fortalece su posición jurídica, en particular, en los procedimientos que se sustancien para la resolución de diferencias comerciales, aunque sin originar necesariamente una inversión de la carga de la prueba[50].

En cuanto al ámbito farmacéutico, la OMS ayuda a los países a reforzar la reglamentación, incluida la vigilancia posterior a la comercialización[51], y a eliminar los medicamentos deficientes y

50 Que ello no implica una inversión de la carga de la prueba, lo ha proclamado el Órgano de Apelación en los dos ámbitos mencionados en texto (Acuerdo MSF y Acuerdo OTC). En el DS 26: asunto *CE – Hormonas,* el Órgano de Apelación constató que entre los párrafos 1 y 3 del artículo 3 del *Acuerdo MSF* no existe una relación "regla general-excepción", con la consecuencia de que el reclamante debía acreditar *prima facie* la incompatibilidad con *ambos* **párrafos del artículo 3: el primero y el tercero. Se llegó a esta conclusión como consecuencia de la constatación de que "el párrafo 1 del artículo 3 del** *Acuerdo MSF* simplemente excluye de su ámbito de aplicación los tipos de situaciones abarcadas por el párrafo 3 del artículo 3 de ese Acuerdo".

Ese mismo planteamiento de que no existe una relación "regla general-excepción" es aplicado por el Órgano de Apelación entre la primera y la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 Acuerdo OTC. Una muestra de ello en el procedimiento DS231: Comunidades Europeas — Denominación comercial de sardinas, donde tal planteamiento llevó a considerar que recaía en Perú -como Miembro reclamante que solicita una resolución sobre la incompatibilidad de la medida aplicada por las Comunidades Europeas con el párrafo 4 del artículo 2 del *Acuerdo OTC*- la carga de probar su alegación. Esa carga comprende la necesidad de acreditar que Codex Stan 94 no se ha utilizado "como base del" Reglamento de las CE, así como acreditar que Codex Stan 94 es un medio eficaz y apropiado para alcanzar los "objetivos legítimos" que persiguen las Comunidades Europeas mediante su Reglamento. Esto es, no eran las Comunidades Europeas las que, al separarse de una norma del Codex, debían probar que la misma era ineficaz e inapropiada.

51 En 1968, durante la XVI Asamblea Mundial de la Salud, la resolución 16.36 dio lugar a la creación del Programa de la OMS para la Vigilancia Internacional de Medicamentos (PIDM).

falsificados. También desarrolla normas y estándares internacionales[52], donde destaca la Farmacopea Internacional[53], para que los países en todo el mundo puedan regular los productos y tecnologías de la salud de manera consistente. Paralelamente, la OMS facilita el acceso a productos sanitarios seguros y eficaces mediante la evaluación de medicamentos, vacunas y dispositivos médicos para las enfermedades prioritarias. En el ámbito que nos ocupa, debe mencionarse el Comité Asesor de la OMS para la Seguridad de los Medicamentos (ACSoMP).

1.2. La Organización Mundial del Comercio (OMC)

La OMC es una organización internacional, heredera del GATT-47 y constituida en 1995. En su seno se han aprobado una serie de Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, entre los que destacan en el ámbito que ahora nos ocupa: el GATT 1994; el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. El GATT 1994 establece una serie de normas que tienen como objeto reducir o eliminar las barreras arancelarias y administrativas al comercio de mercancías entre los Estados miembros sobre la base del principio de prohibición de discriminación. Por su parte, los otros dos acuerdos mencionados pretenden evitar que las medidas y especificaciones técnicas exigidas por los Estados a los productos con la finalidad de conseguir un objetivo legítimo, como la protección de la salud pública, supongan obstáculos innecesarios al comercio. Con estos objetivos se apuesta por la prohibición de las medidas discriminatorias, por la normalización internacional, por los sistemas internacionales de

52 Por ej., las Normas Correctas de Fabricación de los medicamentos (Good Manufacturing Practice -GMP-), cuya primera edición fue aprobada por la 22ª Asamblea Mundial de la Salud (Resolución WHA 22-50 de 1969).

53 En 1952, la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicó la Farmacopea Internacional. En un principio, incluía todos los medicamentos disponibles y comercializados globalmente. En la actualidad, está disponible la 7ª edición de la Farmacopea Internacional (2017). Comprende una colección de procedimientos recomendados para análisis y especificaciones para la determinación de "productos farmacéuticos" (ingredientes farmacéuticos activos), excipientes y formas farmacéuticas que está destinado a servir como material fuente para referencia o adaptación de cualquier Estado miembro de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que desee establecer requisitos farmacéuticos. La Farmacopea Internacional se centra en la lista de medicamentos esenciales de la OMS y los medicamentos prioritarios de una importancia fundamental para la salud pública.

evaluación de la conformidad, por el mutuo reconocimiento, por los procedimientos previos de información en materia de reglamentaciones, por la fundamentación científica de las decisiones que se adopten, por los principios de congruencia y proporcionalidad, etc.

Finalmente, debe destacarse que la OMC posee un instrumento jurídico para respaldar el cumplimiento de los mandatos que contienen sus acuerdos y resolver las controversias entre sus miembros: el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" (dentro de los Acuerdos de la Ronda Uruguay), donde ocupa un papel nuclear el denominado Órgano de Solución de Diferencias (OSD). En cualquier caso, debe advertirse que se trata de un mecanismo en manos de los Estados firmantes que no está diseñado para que los operadores económicos afectados puedan acudir directamente al mismo[54].

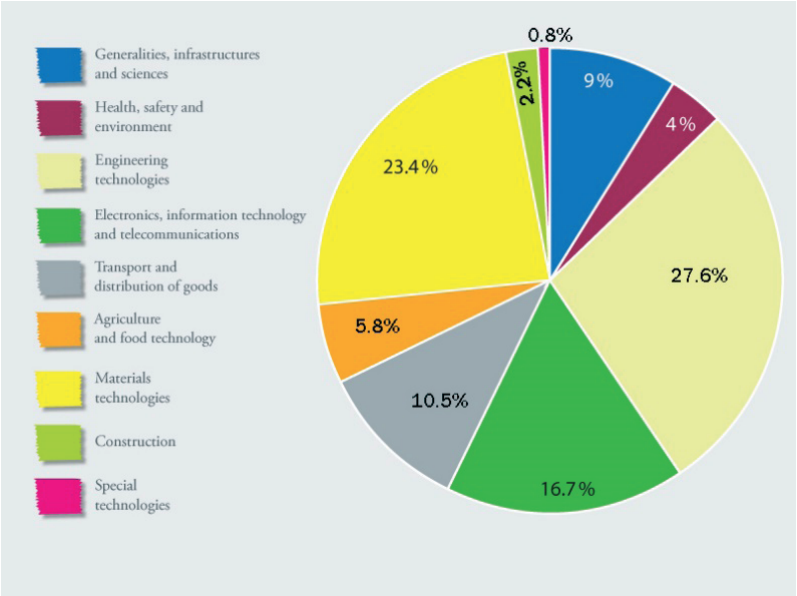
1.3. La Organización Internacional de Normalización (ISO) y otros organismos regionales de idéntica finalidad

Es un organismo no gubernamental, de carácter privado, sujeto al derecho suizo y con sede en Ginebra. Fue fundado tras la Segunda Guerra Mundial en 1947. ISO agrupa los Organismos nacionales de normalización de más de cien países miembros[55]. Su finalidad es facilitar el libre intercambio e interoperabilidad de productos -superando barreras técnicas- y la prestación de servicios entre los Estados, así como la consecución de un acuerdo en esa dirección en los ámbitos científico, técnico y económico. Todas las normas desarrolladas por ISO son voluntarias, consensuadas y provenientes del sector privado[56].

54 Un amplio trabajo que trata de fundamentar una extensión a las personas privadas del derecho a interponer una queja o reclamación ante la OMC, en CÔTÉ (2007: in totum).

55 Sobre el origen, estructura y funcionamiento de ISO, vid. ÁLVAREZ GARCÍA (1999: pp. 423-ss). Vid. también, COLAS (1990: pp. 114-ss).

56 Sobre el procedimiento de elaboración de la Normas Internacionales ISO, vid. ÁLVAREZ GARCÍA (1999: pp. 433-435).



(Desglose de normas ISO por sectores y temas. Fuente: ISO, 2011)

El cuadro evidencia que, debido a la singular naturaleza de los medicamentos y alimentos, son otros sectores los predominantes en la actividad de normalización internacional. No obstante, la misma también tiene una amplia trascendencia en esos ámbitos, tanto a través de estándares de alcance general (por ej., la familia de las normas ISO 9000, sobre sistemas de gestión de calidad[1]; las normas ISO que establecen los requisitos de los laboratorios de ensayo y otros sujetos, como, por ej., la ISO 15189:2003 "Laboratorios clínicos: Requisitos particulares relativos a la calidad y competencia"; las numerosas ISO reguladoras de métodos analíticos[2], pureza de sustancias, nomenclatura; etc.); algunas normas de carácter horizontal relativas a estos sectores (por ej., la ISO 22000:2005, sobre Sistemas de gestión de la inocuidad de los alimentos); o normas específicas sobre los más diversos aspectos (ISO 20072:2009: Verificación del diseño del dispositivo de administración de fármacos en aerosol – Requisitos y métodos de ensayo; la ISO 11418:2005: Contenedores y accesorios para preparaciones farmacéuticas; ISO 14470:2011: Food irradiation – Requirements for the development, validation and routine control

of the process of irradiation using ionizing radiation for the treatment of food; ISO 6486:1999: Ceramic ware, glass-ceramic ware and glass dinnerware in contact with food; etc.)

Con la misma finalidad, en el ámbito europeo y en la materia que nos ocupa, debe mencionarse el Comité Europeo de Normalización (CEN), que no es una institución de la Unión Europea, aunque mantiene con la misma una estrecha colaboración.

1.4. El Consejo Internacional para la Armonización de los Requisitos Técnicos de los Productos Farmacéuticos para Uso Humano (ICH)

La armonización de los requisitos reglamentarios de los productos farmacéuticos para uso humano fue iniciada por la entonces Comunidad Europea, en los años ochenta, cuando avanzó hacia el desarrollo de un mercado único para los productos farmacéuticos. El éxito conseguido en Europa demostró que la armonización era factible. Al mismo tiempo, hubo contactos bilaterales entre Europa, Japón y Estados Unidos sobre las posibilidades de armonización. En 1989, en la Conferencia de Autoridades Reguladoras de Medicamentos de la OMS (ICDRA), en París, se empezaron a materializar planes específicos de acción. Poco después, las autoridades se acercaron a la IFPMA (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations) para discutir una iniciativa conjunta entre las autoridades reguladoras y el sector industrial sobre la armonización internacional. En abril de 1990 nació la Conferencia Internacional de Armonización (ICH). Reunía a las autoridades reguladoras y la industria farmacéutica de Europa, Japón y Estados Unidos, para discutir los aspectos científicos y técnicos del registro de medicamentos.

En 2015, inició un cambio organizativo y también en su denominación – Consejo Internacional para la Armonización de los Requisitos Técnicos de los Productos Farmacéuticos para Uso Humano (ICH) –, con la intención de convertirla en una iniciativa verdaderamente global, abriéndola a nuevos miembros[57]. Está

57 Las posibles opciones para la participación continua de la OMS en la armonización internacional de las actividades de reglamentación de los medicamentos se evaluaron en un

constituida como una asociación de Derecho suizo.

La ICH ha aprobado más de 60 *ICH Guidelines* en ámbitos como la eficacia, la seguridad y la calidad de los medicamentos -las cuales, por ej., se incorporan en las Guías de Normas de Correcta Fabricación aprobadas por la UE-, y también en otros de carácter multidisciplinar.

2. Fuentes de Derecho administrativo transnacional de carácter regional en Europa

2.1. El Consejo de Europa: la Comisión de Farmacopea Europea

El 22 de julio de 1964, en Estrasburgo, Bélgica, Francia, República Federal de Alemania, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Confederación Helvética y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, bajo los auspicios del Consejo de Europa, firmaron el Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea.

El contenido básico de esta Farmacopea es el siguiente: terminología estándar; normas de calidad para principios activos y excipientes que entran en la composición de los medicamentos de uso humano y

informe elaborado por un equipo independiente de revisión de la OMS. Dicho informe, aún reconociendo el valor de la ICH y su trabajo, también realizaba unos planteamientos críticos en los siguientes términos: "A lo largo de los años, la Conferencia Internacional sobre Armonización de los Requisitos Técnicos para el Registro de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano (CIART por sus siglas en español, e ICH, por sus siglas en inglés) ha confiado de modo creciente en la tecnología farmacéutica avanzada en su establecimiento de normas, suponiendo que esta tecnología conducirá a una mayor seguridad de los medicamentos nuevos. Pueden citarse como ejemplo las *ICH Guidelines for Impurities in New Drug Substances* (Directrices de la CIART sobre las impurezas en las nuevas sustancias farmacéuticas) (Q3A). La seguridad adicional derivada de esas normas estrictas todavía no se ha probado, pero los costos para los fabricantes del cumplimiento de esos requisitos son elevados. El establecimiento de esas normas permite sólo a las empresas farmacéuticas de amplios recursos que alcancen los niveles necesarios. Esto resultará un elemento preocupante si las directrices están destinadas a la aplicación mundial. Las empresas farmacéuticas más pequeñas, las empresas de producción de genéricos y muchas grandes empresas responsables de la fabricación de medicamentos esenciales en los países en desarrollo pueden de hecho quedar fuera de la fabricación de medicamentos si las directrices de la CIART han de interpretarse como la única norma mundial." Y concluía: "no hay pruebas de que las directrices de la CIART producirán beneficios adicionales para la salud pública" (Fuente: *Información Farmacéutica OMS*, vol. 14, N°3, 2000. Publicado en el Boletín de Medicamentos Esenciales de la OMS, nº 30, 2001).

veterinario; normas generales para la formulación; normas generales para la fabricación de medicamentos; y algunas normas sobre productos acabados[58]. Cada una de las normas reguladoras de la calidad de una sustancia o de aspectos de carácter general recibe el nombre de monografía. La última edición de la Farmacopea europea, la novena, se aprobó en 2016. Contiene 2376 monografías (incluyendo formas de dosificación) – que suelen tener una extensión de una o dos páginas –; 361 textos generales (incluyendo monografías generales -aquellas que establecen exigencias que se aplican simultáneamente a un grupo de sustancias o preparados- y métodos de análisis); y alrededor de 2690 descripciones de reactivos.

Los Estados firmantes se comprometían a elaborar una farmacopea común – farmacopea europea – y a adoptar las medidas necesarias para que las "monografías" que constituyeran dicha Farmacopea fueran normas oficiales aplicables en sus respectivos territorios[59].

58 La importancia de la farmacopea ha sido destacada por BASSOLS COMA, que pone de manifiesto que "constituye uno de los instrumentos fundamentales para el ejercicio de la función farmacéutica y cuya sanción o aprobación por la Administración pública entraña una de las primeras manifestaciones de la intervención de los poderes públicos en el orden farmacéutico" (1987: p. 56).

59 Este convenio ha sido ratificado por España (Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre la Elaboración de una Farmacopea Europea, hecho en Estrasburgo el 22 de julio de 1964, «BOE» núm. 132, de 3 de junio de 1987). El 16 de noviembre de 1989, se firmó un Protocolo de dicho Convenio, con objeto de que la Comunidad Europea pudiera ser Parte del Convenio. Mediante Decisión 94/358/CE del Consejo, de 16 de junio de 1994, se acepta, en nombre de la Comunidad Europea, el Convenio sobre la elaboración de una Farmacopea Europea.

El art. 11 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios establece que "La Real Farmacopea Española es el código que establece la calidad que deben cumplir los principios activos y excipientes que entran en la composición de los medicamentos de uso humano y veterinarios" y añade que "está constituida por las monografías contenidas en la Farmacopea Europea del Consejo de Europa y, en casos justificados, por las monografías peculiares españolas". La Orden SSI/23/2015, de 15 de enero, aprueba la quinta edición de la Real Farmacopea Española y la segunda edición del Formulario Nacional. La misma se basa en la 7ª ed. de la Farmacopea Europea. En cualquier caso, debe destacarse que esta Orden sólo publica un índice, pero que las concretas monografías no son objeto de publicación oficial en el BOE, sino que las mismas son publicadas de manera oficial por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En la actualidad, se adquieren previo pago -cuestión ésta que ha sido criticada por algunos autores en ámbitos próximos como las normas técnicas a las que se remiten reglamentos administrativos-.

La Comisión de Farmacopea Europea es el órgano encargado de elaborar y aprobar las decisiones técnicas relativas a las "monografías". Por su parte, la Dirección Europea de Calidad del Medicamento y la Asistencia Sanitaria (EDQM) es un órgano encuadrado dentro de la Dirección General Democracia del Consejo de Europa, que es responsable de la Secretaría de la Comisión de Farmacopea Europea. Además, la EDQM coordina una red de laboratorios oficiales de control de medicamentos.

2.2. La Unión Europea

Sin duda alguna, la organización internacional de carácter regional de mayor relevancia dado nuestro objeto de estudio es la Unión Europea. El art. 4.2 TFUE establece que la Unión Europea tiene una competencia compartida con los Estados, entre otras, en las siguientes materias: mercado interior; protección de los consumidores; y los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública. Con ese presupuesto, dentro de las políticas de la Unión, encontramos las siguientes:

- Mercado interior. Art. 26 TFUE: "1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento… 2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados"[60].
- Salud Pública. Art. 168 TFUE. Su apartado primero dispone que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana". Esto es, se proclama que la protección de la Salud pública tiene un carácter transversal y complementario de otras políticas de la Unión. Pero el apartado cuarto de este mismo precepto avanza un paso más y atribuye expresamente a Unión competencias para la adopción de "medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo

60 Vid. el art. 114 TFUE sobre el instrumento para la aproximación de legislaciones para la consecución de los objetivos del art. 26.

la protección de la salud pública" y "medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios".

- Protección de los Consumidores. Art. 169 TFUE. También con un carácter complementario de otras políticas de la Unión, en particular de las relativas a la realización del mercado interior, este precepto establece que "para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses".

Con estos títulos competenciales, la Unión Europea ha desarrollado una vastísima labor tanto en el ámbito alimentario como en el farmacéutico. La gran diferencia frente a la mayor parte de las manifestaciones del nivel global antes analizado es que esa actuación se materializa en verdaderas normas jurídicas, no meras orientaciones o directrices. Además, como ha destacado SCHMIDT-ASSMANN, "el Derecho no sólo lleva a efecto los objetivos políticos, económicos y sociales en Europa, sino que a su vez debe *actuar per se* como medio de integración" (2003: p. 398).

En definitiva, el Derecho Administrativo que regula hoy en día en España y Portugal el sector alimentario y farmacéutico es mayoritariamente Derecho de la Unión, aunque también debe reconocerse, al mismo tiempo, la influencia que sobre ese Derecho de la Unión tienen esas otras fuentes globales.

IV. Las técnicas más relevantes de intervención pública en estos ámbitos: la actividad administrativa de limitación

Las Constituciones española[61] y portuguesa atribuyen a los poderes

61 No sólo el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15) o el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), sino también los mandatos a los poderes públicos de "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y

públicos del Estado – entendido en su conjunto y no en contraposición a otros poderes territoriales inferiores – clarísimas responsabilidades para la garantía de la salud pública y la protección de derechos de los consumidores, como el de la salud y la seguridad. Esto es, se trata de responsabilidades a las que los Estados no pueden renunciar ni hacer dejación.

Obviando ahora la implicación transnacional, el núcleo esencial de la intervención pública que tiene como finalidad garantizar la salud y seguridad en el ámbito alimentario y farmacéutico forma parte, como se dijo, de ese sector del ordenamiento que conocemos como Derecho Administrativo. Son muy variadas las actuaciones que las Administraciones públicas pueden llevar a cabo con el objetivo de proteger la salud y la seguridad en esos sectores: campañas de sensibilización e información a los consumidores sobre las consecuencias del uso inadecuado de los antibióticos o a favor de una dieta equilibrada; impulso de códigos de buenas prácticas voluntarios con los productores para reducir, por ej., la presencia de sal o azúcar en las galletas; la existencia de unos mataderos públicos con la finalidad de garantizar unas condiciones de salubridad adecuadas en el sacrificio de animales para consumo humano; la aprobación de normas estableciendo los requisitos higiénico-sanitarios de la leche o los requisitos de pureza de algún medicamento; etc.) Entre todas esas actuaciones, las más relevantes tanto cualitativa como cuantitativamente son aquellas que, por su finalidad y los caracteres y naturaleza de los instrumentos jurídicos que emplea, se pueden encuadrar dentro de la denominada actividad administrativa de limitación[62] y, dentro de ésta, incluso en la concepción más estricta de actividad administrativa de policía[63], y

servicios necesarios" (art. 43.2) y de garantizar "la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud..." (art. 51).

62 Siguiendo a REBOLLO PUIG, la actividad administrativa de limitación es "aquélla en la que la Administración impone restricciones, deberes o de cualquier otra forma ordena imperativamente las actuaciones privadas con el fin de garantizar algún interés público; vigila el cumplimiento de todo ello; y reacciona ante los incumplimientos para restablecer el interés público" (2017: p. 19).

63 Sobre la calificación de la intervención pública en el ámbito alimentario con finalidad sanitaria como actividad de policía en sentido estricto y las consecuencias que ello conlleva, fundamentalmente en lo relativo a una cierta singularidad en el sometimiento al principio de legalidad, vid. REBOLLO PUIG (1989: pp. 31-ss).

ello completado con el correspondiente respaldo sancionador[64]. No obstante, algunos autores consideran que en estos sectores esta categoría está superada y que habría que sustituirla por otras concepciones que pusieran el acento en la gestión de riesgos[65]. Sin duda alguna, la que se ha dado en denominar "sociedad del riesgo" (ULRICH BECK) genera transformaciones en las formas clásicas de la actividad administrativa de limitación pero, a nuestro juicio, las mismas siguen siendo válidas y aportan un soporte dogmático más sólido para enfrentarse a esas nuevas realidades[66]. En esta línea consideramos que deben insertarse las

Por su parte, SARRATO MARTÍNEZ califica la intervención administrativa en el ámbito farmacéutico como "actividad de limitación o de policía", aunque sin mayor precisión (2015: p. 295).

64 En puridad, la sanción administrativa no es una técnica de policía en sentido estricto. Al respecto, *vid.* MERKL (2004: pp. 353-354); MONCADA LORENZO (1959: p. 115); REBOLLO PUIG (1989: pp. 446-447); PARADA VÁZQUEZ (2017: pp. 281-282).

65 En esta línea, ESTEVE PARDO -aunque en el ámbito de la protección medioambiental, plenamente trasladable a las materias que nos ocupan- razona que "una sociedad tecnológicamente tan recargada y compleja, que convive cotidianamente con el riesgo, difícilmente puede hacer frente al mismo si lo concibe como la molestia (Storung) singular y estridente que justificaba el régimen de policía" y añade: "Esta relación promiscua con el riego parece sugerir así una actuación orientada a la gestión de los mismos, más allá de la pretensión, ya utópica, de su total eliminación" (1999: p. 67). Bien es cierto que el mismo autor reconoce que tampoco se ha elaborado un concepto alternativo al de policía administrativa. En otra obra, el mismo autor profundiza en un análisis de los criterios diferenciales entre la policía administrativa y la gestión de riesgos. En síntesis, serían tres: el primero, que "la policía administrativa… se concentra en la represión de actividades ilegales que pudieran causar daños a la salud… mientras que la gestión de riesgos actúa sobre actividades y productos perfectamente ajustados a las exigencias legales"; el segundo, "que la policía administrativa aspira siempre a un estado de perfección, a un orden público…", mientras que "la gestión de riesgos no se plantea el objetivo del riesgo cero porque sencillamente no existe"; y finalmente que "los medios de la policía administrativa son las medidas unilaterales administrativas, generalmente con carácter de autoridad", mientras que "la gestión de riesgos, en la medida en que incide sobre actividades y productos en principio legales… ha de operar prudentemente, de manera reflexiva, y contando con la colaboración de la industria y la tecnología que genera estos riesgos" (2003 a: pp. 146-147).Vid. también del mismo autor, (2003 b: pp. 327-ss).

66 Quizás sea exagerado afirmar que la gestión de riesgos actúa sobre actividades y productos perfectamente ajustados a las exigencias legales, cuando, por ej., en un momento inicial lo que tiene que determinarse es precisamente si ese producto va a ser lícito o no (esto es, por ej., si un aditivo o un medicamento se podrán utilizar o no y con qué condiciones) o cuando ese producto puede estar incumpliendo deberes generales como el proclamado en el art. 14.1 RSA ("No se comercializarán los alimentos que no sean seguros"). Ciertamente, una vez decidido que es legal y sus condiciones de uso, se seguirá desarrollando toda una actividad administrativa en colaboración con los propios operadores económicos para seguir evaluando la seguridad del producto, pero eso será algo posterior. Además, siguiendo con el ejemplo, la decisión de si el

acertadas reflexiones de RODRIGUEZ FONT (2007: pp. 233-234):

"Todo parece indicar que el Derecho público actual ha reaccionado ante la sociedad del riesgo con la articulación del sistema de análisis que trasciende, de algún modo, al de la policía administrativa. Más que de dos sistemas diferentes creo más conveniente hablar de una evolución, una adecuación del segundo a la realidad presente... Yo creo que la policía administrativa – o la confusa forma de manifestación de la actividad administrativa a la que este concepto a veces se refiere – muda, se renueva o se reinventa, cuando nos hallamos en espacios entregados a la evolución de los riesgos, en contextos dominados por la incerteza científica… El sistema de gestión de riesgos es, en parte, la actividad de policía en la sociedad del riesgo. Por ello se explica que dicho sistema participe, parcialmente, de las estructuras propias de la policía administrativa: de sus técnicas y de sus principios informadores y, en último término, de su especial relación con el principio de legalidad".

Pues bien, el contenido básico de ese Derecho Administrativo, dentro del acotamiento material y funcional expuesto, es el siguiente:

- Reglamentación de las actividades y productos (alimentos, medicamentos y otros relacionados)
- Determinación y regulación de los controles administrativos previos a la fabricación, puesta en el mercado o inicio de la actividad.
- Regulación de los controles administrativos sobre las actividades y la vigilancia en el mercado
- Regulación de las potestades administrativas de reacción ante situaciones de riesgo inadmisible para la salud y seguridad
- Regulación del régimen sancionador

producto es legal o no y el establecimiento de esas condiciones, consciente de que el riesgo cero no existe, seguirá siendo en esencia una decisión unilateral de la Administración, aunque en su adopción haya oído a los sectores económicos implicados o éstos hayan participado más de lo que es habitual en otras tomas de decisiones administrativas. En definitiva, modulaciones o transformaciones en los instrumentos clásicos, aunque los mismos siguen siendo válidos en este nuevo entorno.

A continuación, analizaremos las implicaciones que el Derecho administrativo transnacional, fundamentalmente de la Unión, y esas otras fuentes internacionales tienen en cada uno de estos contenidos.

V. La influencia del Derecho Administrativo Transnacional en la reglamentación de las actividades y produtos

1. Caracteres generales de la reglamentación de actividades y productos en el ámbito alimentario y farmacéutico

El punto de partida de la intervención pública que nos ocupa con la finalidad de garantizar la salud y la seguridad es el establecimiento de un conjunto de restricciones y deberes dirigidos a los agentes económicos y otros sujetos (por ej., los propios trabajadores) que intervienen en estos sectores, que tienen por objeto cualquier actividad o elemento susceptible de afectar a los mencionados bienes jurídicos protegidos y donde se les indica imperativamente cómo deben actuar para no originar los riesgos frente a los que se protege o, más exactamente, para no sobrepasar el nivel de riesgo que se considere admisible. El instrumento que se utilizará para ello será, como regla general, la aprobación de normas jurídicas.

En cuanto a la fuente (poder territorial competente) y rango de esas normas jurídicas, habrá que estar a lo que disponga cada sistema constitucional. En el caso de España, obviando ahora la esencial perspectiva de la Unión Europea, la competencia corresponderá mayoritariamente al Estado. En cuanto al rango, en primer lugar, será necesaria la existencia de unas Leyes que diseñen el marco jurídico general de la intervención de las Administraciones públicas en dicho ámbito, dando cumplimiento así a las exigencias propias del principio de legalidad al que dicha actividad administrativa está sometido. En esta línea, deben destacarse la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición[67]; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se

67 Un breve análisis de esta Ley, en IZQUIERDO CARRASCO (2012: pp. 1-6).

aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. A partir de ahí, estas leyes contienen diversas habilitaciones que abren la posibilidad de su desarrollo y concreción mediante normas reglamentarias aprobadas por la Administración[68].

En el ámbito alimentario, hay amplios campos donde los riesgos alimentarios son generalmente bien conocidos dado su amplísimo historial de utilización – aunque incluso ahí los avances en el conocimiento científico o cambios en los procesos productivos evidencian nuevos riesgos y situaciones de incertidumbre (por ej., piénsese en los Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos -HAP- o en la vinculación científica de los productos cárnicos procesados con el cáncer de colon) –, junto a otros supuestos donde predomina la incertidumbre (fundamentalmente, OMG, nuevos alimentos[69] y aditivos[70]). Estas distintas realidades originan también una distinta respuesta reguladora. Fuera de esos ámbitos de mayor incertidumbre, la normativa suele establecer una serie de requisitos materiales a los que quedan sometidas las actividades con trascendencia alimentaria y los propios alimentos, de tal manera que, cumpliendo tales reglamentaciones, los alimentos y esas actividades pueden acceder o ejercerse libremente en el mercado. En los otros supuestos, rige el instrumento de las listas positivas o próximos: se parte de una prohibición general que la inclusión en la lista o la obtención de la correspondiente autorización levanta. En estos últimos, la regulación se centra no tanto en los aspectos materiales

68 Por ej., con un alcance muy amplio, el art. 40.5 y 6 LGS. También hay numerosas habilitaciones con un contenido más concreto, como la contenida en el art. 15.1 del Texto refundido Ley Medicamento que además habilita directamente al Ministro de Sanidad. Sobre los problemas que plantea este tipo de habilitaciones directas a un Ministro, saltándose al Gobierno, vid. IZQUIERDO CARRASCO (2000: pp. 209-ss).

69 El considerando 26 del Reglamento (UE) 2015/2283 (nuevos alimentos) advierte que "En relación con el posible uso alimentario de los nanomateriales, la Autoridad consideró en su dictamen de 6 de abril de 2011 sobre orientaciones para la evaluación de riesgos de la aplicación de la nanociencia y las nanotecnologías en la cadena alimentaria y de los piensos que la información disponible en relación con los aspectos toxicocinéticos de las nanopartículas y la toxicología de los nanomateriales artificiales es limitada, y que los métodos de ensayo de la toxicidad existentes pueden precisar cambios metodológicos…".

70 En los aditivos, la normativa incluso ha previsto la existencia de una lista provisional de aditivos pendientes de evaluación por la EFSA y que pueden utilizarse con sometimiento a ciertas condiciones.

– que se delimitan con grandes pinceladas principiales –, sino en los formales que rigen esa evaluación del riesgo que está en su base.

Bien distinta es la situación en el ámbito farmacéutico. El punto de partida es que no se podrá comercializar ningún medicamento si no ha obtenido previamente la correspondiente autorización (art. 6 CCMUH). Igualmente está sometida a autorización la puesta en marcha de los establecimientos donde se fabriquen o manipulen tales medicamentos. Este diverso punto de partida también se manifiesta en el marco normativo. Es cierto que las normas de farmacopea establecen los criterios de calidad de los principios activos y excipientes; que la legislación farmacéutica establece unas exigencias generales sobre el etiquetado y el prospecto; y que todo el marco normativo queda presidido por el binomio seguridad/beneficio; pero a partir de ahí -que no es poco-, cada medicamento con su composición cualitativa y cuantitativa, sus principios activos, su forma farmacéutica, su dosificación, etc. es un producto singular que no puede ser objeto de una específica reglamentación general. El riesgo tecnológico y las incertidumbres científicas son los elementos que predominan. En ese contexto, la normativa se centra en la fijación de los requisitos generales y deberes de los sujetos que realizan actividades de trascendencia en este ámbito (titular de la autorización de comercialización[71], fabricación[72], importación, distribución al por mayor e intermediación, venta a distancia, publicidad…) y, fundamentalmente, en la regulación del régimen jurídico-administrativo al que está sometido el medicamento (autorizaciones de comercialización y fabricación, clasificación en categorías, farmacovigilancia…). Ese instrumento de la autorización administrativa ocupa una posición central, de tal manera que desarrolla incluso un papel de complemento de la reglamentación. El vehículo que permite esto es las amplias posibilidades que ofrece la normativa a que la autorización se otorgue con condiciones[73]: a la realización de

71 Por ej., entre otros, el art. 104 CCMUH dispone que el titular de una autorización de comercialización dispondrá de un sistema de farmacovigilancia para el cumplimiento de sus funciones en materia de farmacovigilancia equivalente al sistema de farmacovigilancia del Estado miembro pertinente; o el art. 107 ter les impone el deber de presentar a la Agencia informes periódicos actualizados en materia de seguridad; …

72 Por ej., los deberes que el art. 46 CCMUH impone al titular de la autorización de fabricación.

73 Bien es cierto que también en el ámbito alimentario se prevé la posibilidad del otorgamiento

estudios de seguridad o de eficacia postautorización, a la notificación de incidentes, al sistema de farmacovigilancia y, en definitiva, a "cualquier otra condición o restricción relacionada con el uso seguro y eficaz del medicamento" [arts. 21 bis), 22, 22 bis) y 32.4.c) CCMUH].

Sin perjuicio de numerosos antecedentes históricos, podemos fijar en mediados del siglo XIX como la fecha clave en la que empieza a surgir en España una legislación tanto en el ámbito alimentario como en el farmacéutico, que se consolida a principios y mediados del siglo XX. Sin perjuicio de la influencia que pudieran tener en esas normas otras coetáneas aprobadas en otros Estados, se trata en cualquier caso de normas de elaboración "autóctona". Este planteamiento cambia cuando empiezan a surgir a mediados del siglo XX las organizaciones internacionales de las que nos hemos ocupado más arriba, dadas también las necesidades que empezaba a hacer visibles el progresivo crecimiento del comercio internacional de mercancías. A raíz de ello, comienza todo un proceso de influencia en la actividad de reglamentación estatal que, a día de hoy, podemos sintetizar en los aspectos que se desarrollarán en los siguientes epígrafes.

2. Cambio en el sistema de fuentes: la fuente primaria de la mayor parte y las más relevantes de esas normas es el Derecho de la Unión

Más allá de las leyes a las que antes hicimos referencia, la verdadera norma de cabecera de la legislación alimentaria es el Reglamento (CE) nº 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (RSA). Por su parte, en el ámbito farmacéutico, esa norma de cabecera es la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código

de autorizaciones con condiciones. Por ej., el art. 24 del Reglamento Nuevo Alimentos establece que "la Comisión podrá, por motivos de seguridad alimentaria y teniendo en cuenta el dictamen de la Autoridad, imponer requisitos de seguimiento postcomercialización. Dichos requisitos podrán incluir, en función de las circunstancias de cada caso, la identificación de los correspondientes explotadores de empresas alimentarias."

comunitario sobre medicamentos para uso humano (CCMUH). A partir de ahí, existe una vasta legislación de la Unión que regula los aspectos más diversos sobre los alimentos, los medicamentos y las actividades y otros productos que tienen trascendencia en esos sectores. A día de hoy, la mayor parte y, en cualquier caso, las más relevantes de las normas jurídicas que regulan nuestro objeto de estudio son Derecho de la Unión, aunque aún quedan ámbitos no armonizados o con una armonización parcial (por ej., los alimentos irradiados).

En cuanto al instrumento jurídico empleado, tanto en el ámbito alimentario como en el farmacéutico, se ha producido una evolución desde una inicial utilización de las Directivas a la progresiva utilización del Reglamento[74]. El resultado final es una drástica pérdida del poder regulador por parte de los Estados miembros y ello, lógicamente, sin perjuicio de su participación a través de los procedimientos de elaboración normativa en el seno de la Unión Europea. Además, esa pérdida de poder regulador, al menos en España, es fundamentalmente una pérdida en la capacidad de aprobar normas por parte de las Administraciones públicas (el Gobierno), pues era éste la fuente principal de esa producción normativa.

Por otro lado, también debe destacarse que esa regulación de la Unión está muy influenciada por las normas que se aprueban en las organizaciones internacionales de carácter mundial a las que antes nos hemos referido. Con carácter general, el art. 5.3 RSA dispone:

74 El Libro Verde de la Comisión sobre Principios Generales de la Legislación Alimentaria de la Unión Europea [COM (97)176 final, de 30 abril de 1997] tenía un epígrafe que llevaba un significativo título -"Los reglamentos como alternativa a las Directivas"-, donde se recogía una serie de ventajas que tendría el uso de los reglamentos. Por su parte, en el ámbito farmacéutico, obsérvese la justificación que se incluye en el considerando quinto del Reglamento (UE) nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/CE: "por lo que respecta a la Directiva 2001/20/CE, la experiencia adquirida también indica que la forma jurídica de Reglamento podría presentar ventajas para los promotores e investigadores, por ejemplo, en el contexto de los ensayos clínicos que se realicen en más de un Estado miembro, dado que les permitirá invocar directamente sus disposiciones, pero asimismo en el contexto de las notificaciones de seguridad y el etiquetado de los medicamentos en investigación. Las diferencias de planteamiento entre los distintos Estados miembros se reducirán, por tanto, al mínimo".

> "Cuando existan normas internacionales, o su formulación sea inminente, se tendrán en cuenta a la hora de elaborar o adaptar la legislación alimentaria, salvo que esas normas, o partes importantes de las mismas, constituyan un medio ineficaz o inadecuado de cumplir los objetivos legítimos de la legislación alimentaria, o que exista una justificación científica, o que el nivel de protección que ofrezcan sea diferente al determinado como apropiado en la Comunidad".

Esto es, el punto de partida es que la legislación alimentaria de la Unión debe tener en cuenta las normas internacionales existentes[75] o de formulación inminente. Ciertamente, es habitual que en los compromisos asumidos por la Unión Europea como miembro de esas organizaciones internacionales se encuentra la de tener en cuenta tales normas. Sin embargo, aquí se da un relevante paso pues lo que es una obligación internacional se transforma en un deber en el propio Derecho interno, facilitando así su exigencia por parte de terceros y su propio control por los tribunales de justicia. En otras ocasiones, incluso las normas de la Unión Europea incluyen remisiones directas a esas normas internacionales, transformándolas así de meras directrices a normas de obligado cumplimiento en el ámbito que se defina[76].

---

75 En esta línea, en los considerandos del Reglamento (UE) 2015/2285 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2015, se puede leer lo siguiente:

"(6) El criterio del Codex Alimentarius para E. coli en los productos comercializados difiere del contemplado en la legislación de la Unión Europea. El Codex Alimentarius establece como criterio un plan de tres clases (n = 5, c = 1, m = 230 y M = 700 E. coli NPM/100 g de carne y líquido intravalvar), mientras que el criterio de la Unión Europea es un plan de dos clases (n = 1, c = 0, M = 230 E. coli NPM/100 g de carne y líquido intravalvar). Esta divergencia repercute en el comercio internacional...

(7) El planteamiento de tres clases del Codex Alimentarius tiene más probabilidades de detectar los lotes no conformes, en particular cuando los niveles de contaminación se aproximan a los límites de la normativa. El planteamiento del Codex Alimentarius para los ensayos con el producto final se considera científicamente más preciso y ofrece, por término medio, una protección de la salud equivalente en líneas generales.

(8) El Reglamento (CE) nº 2073/2005 y el Reglamento (CE) nº 854/2004 deben adaptarse al Codex Alimentarius en lo que respecta a este criterio y deben, por tanto, ser modificados en consecuencia."

76 Por ej., el art. 7.2 de la Directiva 1999/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de febrero de 1999, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre alimentos e ingredientes alimentarios tratados con radiaciones ionizantes, dispone que las instalaciones de irradiación de alimentos deberán cumplir "los requisitos del Código de conducta

Dentro de esta legislación, especial mención merecen los numerosísimos supuestos donde se prevé la existencia de una lista positiva, de tal manera que sólo los productos (u otras circunstancias) incluidos en las mismas son los listos o aptos a los efectos de que se trate (listado de los alimentos que se pueden irradiar; listado de vitaminas y minerales que se pueden adicionar a los alimentos; listados de sustancias que se pueden adicionar a los alimentos destinados a la alimentación infantil o especial; listado de sustancias que se pueden emplear para la fabricación de plásticos en contacto con los alimentos; lista positiva de aditivos; lista de nuevos alimentos autorizados; etc.)[77].

La naturaleza jurídica de estas listas es diversa. En unos casos, tienen un puro carácter normativo, como catálogo tasado que impide la utilización de lo que no se incluya en ella[78]; pero en otros, su naturaleza se encuentra íntimamente conectada con supuestos sometidos a la necesidad de autorización administrativa, mezclándose su carácter normativo con la propia formalización de la autorización otorgada, pues, en ocasiones, la legislación otorga a dicha autorización unos efectos *erga omnes*[79]. Esa mezcla entre autorización y lista positiva origina algunas

internacional para la explotación de instalaciones de irradiación de productos alimenticios recomendado por el Comité conjunto FAO/OMS del Código alimentario (ref. FAO/OMS/CAC/Vol. XV, edición 1)…". Otro ejemplo en el art. 5.7 del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2469 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por el que se establecen los requisitos administrativos y científicos que deben cumplir las solicitudes mencionadas en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los nuevos alimentos, dispone que "Los estudios toxicológicos se llevarán a cabo en instalaciones que cumplan los requisitos de la Directiva 2004/10/CE o, si se llevan a cabo fuera del territorio de la Unión, se ajustarán a los «Principios para las Buenas Prácticas de Laboratorio de la OCDE»."

77 En otros casos, también se prevé la existencia de listas aunque éstas no tienen esa característica de "positivas". Por ej., la lista de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de éstos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas. El art. 16 séptimo CCMUH establece que "Si una solicitud de registro para uso tradicional hace referencia a una sustancia o preparado vegetal o a una combinación de éstos que figure en la lista a que se refiere el apartado 1, no será necesario presentar la información especificada en las letras b), c) y d) del apartado 1 del artículo 16 *quater*…". Esto es, no impide la utilización de otros productos, pero simplifica los controles administrativos sobre aquellos que se incluyen en la lista.

78 Así se reconoce expresamente, por ej., en "la lista comunitaria de los productos alimenticios que podrán tratarse con radiaciones ionizantes, *con exclusión de todos los demás*, así como las dosis máximas de radiación autorizadas" (la cursiva es nuestra) prevista en el art. 4 de la Directiva 1999/2/CE y que debe aprobarse también mediante Directiva.

79 El art. 5 del Reglamento (CE) nº 1935/2004 (materiales en contacto con alimentos) prevé que

situaciones llamativas. Así, el art. 27 del Reglamento Nuevos Alimentos prevé que cuando la autorización de un nuevo alimento e inclusión en la lista de la Unión se base en pruebas científicas o datos científicos protegidos por derechos de propiedad, en la lista se incluirá además de los datos de identificación del solicitante, "el hecho de que durante el período de protección de los datos se autoriza la comercialización del nuevo alimento en la Unión únicamente al solicitante" y la fecha final de protección. Además, también debe tenerse en cuenta que la base normativa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de esta actuación de la Comisión también es distinta según se trate de un acto normativo (art. 290) o de un mero acto de ejecución (art. 291.2).

En la misma línea, la legislación farmacéutica de la Unión también está influenciada por ese Derecho transnacional[80], potencia esa

la Comisión, mediante una medida específica, establecerá la lista de las sustancias autorizadas para su uso en la fabricación de materiales y objetos. El art. 8 añade que quien desee utilizar una sustancia no incluida en la lista debe solicitar una autorización. Finalmente, el art. 11 dispone que la autorización "deberá realizarse mediante la adopción de una medida específica" y que "tras la autorización de una sustancia de conformidad con el presente Reglamento, todos los operadores de empresas que utilicen la sustancia autorizada, o materiales u objetos que contengan la sustancia autorizada, deberán cumplir todas las condiciones o restricciones adjuntas a dicha autorización." En cualquier caso, la Comisión también puede modificar la lista sin necesidad de la existencia de una previa solicitud de autorización. Por ej., vid. el Reglamento 10/2001 que establece la lista de sustancias autorizadas de la Unión en la fabricación de capas plásticas de materiales y objetos plásticos y las numerosas modificaciones a las que ha sido sometido.

Sobre el carácter normativo de las clásicas listas positivas de aditivos, vid. REBOLLO PUIG (Potestad …., pp. 225-ss.), donde también da cuenta de una inicial confusión entre, por un lado, la técnica de la autorización e inscripción de un aditivo -en la práctica, parece ser, la inscripción en el registro adquiría el valor de una autorización genérica para cualquier fabricante que en el futuro se propusiera la utilización del aditivo, más allá de una autorización concreta para el solicitante- y, por otro, la de las listas positivas.

80 Por ej., el considerando 12º del Reglamento (UE) nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativo a los ensayos clínicos de medicamentos para uso humano, pone de manifiesto que "la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) relativa a la gobernanza de los ensayos clínicos, de 10 de diciembre de 2012, estableció diferentes categorías de riesgo para los ensayos clínicos. Esas categorías son compatibles con las categorías de ensayo clínico definidas en el presente Reglamento, pues las categorías A y B(1) de la OCDE se corresponden con la definición de ensayo clínico de bajo nivel de intervención establecida en el presente Reglamento, y las categorías B(2) y C de la OCDE se corresponden con la definición de ensayo clínico establecida en el presente Reglamento."

relación[81] o se remite directamente al mismo[82].

3. Cambio en el enfoque regulador: menor densidad normativa pública a cambio de una mayor responsabilidad del operador económico y en aras a la facilitación de la integración europea

Pero no sólo ha cambiado la fuente de ese marco normativo, sino que también se ha transformado su enfoque o planteamiento. En los siguientes términos se expresaba el mencionado Libro verde sobre Principios generales de la legislación alimentaria en la UE:

"Ese marco reglamentario debe diseñarse y establecerse de forma que tenga totalmente en cuenta el hecho de que la responsabilidad principal de la producción de alimentos seguros y salubres recae sobre todo en los productores y la industria. Así pues, siempre que sea posible, se debe permitir a la industria elaborar y aplicar procedimientos internos de control adecuados, en la medida en que éstos estén respaldados por sistemas oficiales de control eficaces.

En determinados casos, puede resultar necesaria una legislación específica detallada, ….

81 Por ej., el art. 101 CCMUH establece que "La Comisión podrá pedir a los Estados miembros que participen, bajo la coordinación de la Agencia, en la armonización y normalización internacionales de medidas técnicas en materia de farmacovigilancia".

82 Por ej., el art. 47 del Reglamento (UE) nº 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativo a los ensayos clínicos de medicamentos para uso humano, dispone que "Sin perjuicio de otras disposiciones del Derecho de la Unión o las directrices de la Comisión, el promotor y el investigador, al elaborar el protocolo y aplicar el presente Reglamento y el protocolo, tendrán asimismo debidamente en cuenta las normas de calidad y las directrices de la ICH sobre buena práctica clínica. La Comisión hará accesible públicamente estas directrices detalladas de la ICH sobre buena práctica clínica." Y en sus Anexos también contiene numerosas remisiones al formato en el que se tiene que facilitar la información según el Documento Técnico Común de la ICH. O la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que dispone que se estará a la Denominación Común Internacional recomendada por la OMS, o en su Anexo, ap. 3.2. establece que "Las monografías de la Farmacopea Europea deberán ser aplicables a todas las sustancias, preparados y formas farmacéuticas que figuren en ella. Con respecto a otras substancias, cada Estado Miembro podría solicitar el cumplimiento con su farmacopea nacional".

En otros casos, basta con que las exigencias reglamentarias estén redactadas de forma que queden claros el objetivo buscado y el resultado esperado sin que sea necesario prescribir la manera de lograr los objetivos fijados. Una vez establecido un marco legal claro y definidos sus objetivos, puede dejarse a los agentes económicos la aplicación de la legislación por medio de sistemas de tipo HACCP, de códigos de prácticas…"

Esto es, el punto de partida es una potenciación del compromiso y responsabilidad del operador económico en la garantía de la seguridad alimentaria. A este respecto, cuando sea necesario, las normas serán muy detalladas (por ej., aditivos, residuos, criterios microbiológicos o, en general, en el caso de tratamientos difíciles de detectar que pudieran utilizarse para disimular los efectos de métodos de producción poco higiénicos o inseguros). Pero en otros muchos supuestos (por ej., la mayor parte de la normativa sobre higiene alimentaria), la legislación se limitará a marcar los objetivos de seguridad que se pretenden alcanzar, dejando en manos del operador económico la forma de alcanzarlos. O, a medio camino, establecerá una regla, aunque admitirá que el operador se pueda separar de la misma si prueba ante la Administración que alcanza el mismo objetivo[83]. Todo ello se completa, al menos en teoría, con una adecuada supervisión de la Administración mediante sistemas oficiales de control eficaces. En definitiva, se trataría de un fenómeno equivalente y claramente inspirado en la política comunitaria de armonización técnica de los productos industriales que se ha dado en denominar el "nuevo enfoque"[84].

83 Por ej., el art. 6.4 del Real Decreto 3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas, establece lo siguiente: "La descongelación se realizará en refrigeración. No obstante, los responsables de los establecimientos podrán establecer otro método siempre y cuando exista evidencia científica y técnica de las garantías de seguridad y salubridad para cada tipo de producto y, en cualquier caso, haya sido verificado por la autoridad competente". Lo mismo en el ejemplo que se expone un poco más adelante en texto.

84 *Vid.* Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a un nuevo enfoque en materia de armonización técnica y normalización (JOCE, C 136, de 4 de junio de 1985). En general, sobre el "nuevo enfoque", vid. IZQUIERDO CARRASCO (2000: pp. 128-ss) y bibliografía que allí se cita. Vid. también CARRILLO DONAIRE (2000: pp. 236-ss.); CANALS I AMETLLER (2003: pp. 102-ss.); TARRÉS VIVES (2003: pp. 286-ss). Un nuevo paso en esta materia lo constituye la Resolución del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión Europea titulada «Reforzar la aplicación de las Directivas de nuevo enfoque» (2003/C 282/02). También resulta de interés lo previsto en la Decisión 768/2008/CE, del

Más intenso si cabe es este fenómeno de la responsabilidad del operador, en este caso del laboratorio farmacéutico, en la legislación sobre medicamentos. Es él quien debe analizar los riesgos; debe ofrecer a las autoridades competentes los datos necesarios que respalden la seguridad/eficacia del medicamento; debe supervisar de manera permanente su comercialización y efectos – algo de ello hay también en el ámbito alimentario, pero sin llegar a los niveles de exigencia de la farmacovigilancia –; debe, incluso, más allá de cualquier supuesto estatus jurídico consolidado, adaptarse a la mejor técnica disponible[85] o nuevos datos ofrecidos por la ciencia.

Este cambio de planteamiento tiene un origen transnacional, entre otros muchos motivos, por la sencilla razón de que simplifica la adopción de acuerdos en las esferas internacionales – siempre sometidos a procedimientos complejos –, pues relega muchas de esas cuestiones de detalle a otros procedimientos y mecanismos más flexibles (vid. siguiente epígrafe). Este cambio de planteamiento no sólo se aplica a las cuestiones relativas a los deberes de los operadores económicos intervinientes, sino también a la propia delimitación de las potestades de las Administraciones públicas[86]. En la primera vertiente,

Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465 del Consejo (en el Considerando 5º de esta Decisión se razona sobre la aplicación matizada de la misma tanto en el ámbito alimentario como en el de los medicamentos).

85 Una clara muestra se encuentra en el art. 23 CCMUH: "Tras la concesión de una autorización de comercialización, el titular de la autorización de comercialización deberá tener en cuenta, por lo que respecta a los métodos de fabricación y de control establecidos en el artículo 8, apartado 3, letras d) y h), los avances científicos y técnicos e introducir las modificaciones necesarias para que el medicamento sea fabricado y controlado por métodos científicos generalmente aceptados" (art. 17.9 del Real Decreto Legislativo 1/2015).

Un análisis del instrumento de la adaptación a la mejor técnica disponible a través del prisma del fenómeno de la autorregulación y de la teoría de los sistemas puede encontrarse en ESTEVE PARDO (2002: pp. 89-93). Afirma este autor que "el mundo de la técnica no se manifiesta, en suma, sobre la mejor tecnología disponible mediante una decisión formalizada, aunque es evidente que es la industria la que la produce y el mercado donde se oferta. No hay tampoco una remisión precisa y nominada de las normas jurídicas a la mejor tecnología en un sector y momento determinado. La remisión se agota en esa referencia genérica que no puede concretarse y que pone por ello en evidencia que no nos hallamos ante una mera relación de elementos, sino ante una relación de sistemas" (2002: p. 92).

86 Por ej., en el seno de los procedimientos de autorización de comercialización del medicamento, el art. 29 CCMUH prevé que los Estados se puedan oponer "debido a un riesgo potencial grave

como ha advertido CAPELLA HERNÁNDEZ, "la desregulación no supone ausencia de normas, sino que equivale a un desplazamiento de la capacidad normativa, de manera que son los operadores privados los que más contribuyen a su materialización" (2008: p. 268).

Una muestra de cuanto se acaba de decir puede verse si se comparan los contenidos sobre el mismo asunto de las siguientes dos normas: la primera, ya derogada, que respondía a un enfoque clásico; y la segunda, vigente, con el nuevo planteamiento.

- Real Decreto 147/1993, de 29 de enero, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción y comercialización de carnes frescas.

"Los establecimientos deberán estar provistos, como mínimo:

1. En los locales donde se procede a la obtención, al tratamiento y al almacenamiento de las carnes, así como en las zonas y pasillos en los que se transportan carnes frescas:

b) De paredes lisas, resistentes e impermeables, recubiertas de un revestimiento lavable y claro hasta una altura de, por lo menos, dos metros; siendo de, por lo menos, tres metros en los locales de sacrificio y de, por lo menos, la altura de almacenamiento en los locales de refrigeración y de almacenamiento. La línea de unión de las paredes con el suelo debe ser redondeada o dotada de un acabado similar salvo en las cámaras frigoríficas donde se almacenen carnes a una temperatura máxima de 12 ºC"

- Reglamento (CE) nº 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios:

para la salud pública". Y el precepto añade: "En las directrices que debe adoptar la Comisión se definirá el concepto de riesgo potencial grave para la salud pública". Esto es, la Directiva renuncia a concretar más esa noción -con lo que facilita su adopción- y lo remite a unas Directrices aprobadas por la Comisión.

"El diseño y disposición de las salas en las que se preparen, traten o transformen los productos alimenticios (…) deberán permitir unas prácticas correctas de higiene alimentaria, incluida la protección contra la contaminación entre y durante las operaciones. En particular: (…)

Las superficies de las paredes deberán conservarse en buen estado y ser fáciles de limpiar y, en caso necesario, de desinfectar, lo que requerirá el uso de materiales impermeables, no absorbentes, lavables y no tóxicos; su superficie deberá ser lisa hasta una altura adecuada para las operaciones que deban realizarse, a menos que los operadores de empresa alimentaria puedan convencer a la autoridad competente de la idoneidad de otros materiales utilizados".

Obsérvense los cambios:

- El reglamento lo que establece es un objetivo de seguridad: el diseño y disposición de las salas debe permitir una práctica correcta de higiene.
- Desaparecen las concreciones que antes se incluían sobre los metros que, nuevamente, se sustituye por un objetivo genérico: la altura adecuada.
- Por tanto, es el operador económico el responsable de establecer las medidas para alcanzar esos objetivos. Más aún, se permite que el operador "pueda convencer a la autoridad competente de la idoneidad de otros materiales utilizados". Por tanto, incluso la prescripción que se incluye -que la superficie sea lisa- se transforma en una mera recomendación que el operador puede no seguir si convence a la autoridad de que también alcanza los mismos objetivos de otra manera.

4. Consecuencias del cambio de enfoque: el fortalecimiento de la autorregulación y corregulación; y del soft law

El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (DOCE C 287, de 12 de octubre de 2001) se refiere a la "autorregulación"[87] y a la

87 Sobre la autorregulación, por todos, ESTEVE PARDO (2002: in totum) y DARNACULLETA I GARDELLA (2005: in totum).

"corregulación" como nuevas estrategias de regulación por parte de los poderes públicos. Al respecto, añade que "la corregulación combina medidas legislativas y reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados sobre la base de su experiencia práctica. El resultado es una mayor identificación con las políticas en cuestión, mediante la implicación de quienes resultan más afectados por la aplicación de las normas en su preparación y ejecución efectiva" (pp. 16-17). En la misma línea, en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Simplificación" se afirma que "la corregulación combina elementos propios de la legislación, en particular su carácter fiable y vinculante, con el régimen más flexible de la autorregulación"[88]. En el ámbito que nos ocupa, predomina esa corregulación.

Hemos expuesto que lo habitual es que la legislación, sin perjuicio de que cuando lo considere oportuno descienda al detalle, se limite a recoger objetivos de seguridad/salud, remitiendo de manera expresa o implícita a otros instrumentos más flexibles el desarrollo y concreción de esos objetivos o, más limitadamente, remitiendo a los mismos sólo algún concreto aspecto. Ese instrumento es fundamentalmente la autorregulación, que tiene su fuente en la cooperación de los operadores económicos interesados. A través de esa cooperación se consigue una mayor vinculación con la consecución de esos objetivos, se les hace más conscientes de sus responsabilidades y se les otorga una mayor seguridad jurídica, en particular, a las pequeñas y medianas empresas. Además, ello facilita también una adaptación más flexible a los cambios técnicos, a los avances científicos y a las necesidades y transformaciones del sector regulado.

Como se dijo, a diferencia de otros sectores, aquí esa autorregulación no tiene su fuente principal en la actividad de los organismos de normalización (ISO, CEN, AENOR…)[89], sino en las asociaciones u organizaciones empresariales afectadas. Por tanto, esta autorregulación no hay que buscarla tanto en normas técnicas (standard) -que las hay y muy relevantes-, sino en Guías de Buenas Prácticas y similares, que se

88 DOCE C 48, de 21 de febrero de 2002, p. 134.

89 El art. 8.2 del Reglamento Higiene Alimentos prevé que "las guías nacionales podrán elaborarse bajo los auspicios de un organismo nacional de normalización de los mencionados en el anexo II de la Directiva 98/34/CE". Sin embargo, en el caso de España, la regla general no ha sido esa.

configuran como un instrumento para la consecución de los objetivos de interés público fijados por la legislación. Más aún, en algunos supuestos, no es que esos documentos de autorregulación desarrollen previsiones normativas sino que casi puede considerarse que son sus precursores[90].

Otra peculiaridad de la autorregulación en este ámbito es la fuerte presencia de las Administraciones públicas, aunque también es cierto que las mismas también están presentes en la actividad de normalización[91]. Así, basta recordar que la ICH está integrada por representantes de las Administraciones públicas y de las asociaciones empresariales farmacéuticas. En el ámbito alimentario, destacan las denominadas "Guías de Prácticas Correctas de Higiene" que se regulan en los arts. 7-ss del Reglamento Higiene Alimentos y donde se prevé que las mismas se elaborarán por la industria alimentaria "en consulta con los representantes de otras partes cuyos intereses puedan verse afectados de manera sustancial, como por ejemplo las autoridades competentes y las asociaciones de consumidores"[92]. Pero además, tales guías están sometidas

90 Por ej., en Europa, la entonces European Pharmaceutical Industries Association (PIA) publicó en 1968 las primeras recomendaciones sobre Normas de Correcta Fabricación SARRATO MARTÍNEZ (2015: p. 426). Habría que esperar un tiempo para que el Derecho de la Unión regulara esa realidad.

91 Al respecto, la presencia de las Administraciones públicas en AENOR; o las particulares relaciones que se establecen entre la Comisión y el CEN/CENELEC cuando se pretende que sus normas adquieran la condición de "normas armonizadas". La Decisión nº 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008 , sobre un marco común para la comercialización de los productos y por la que se deroga la Decisión 93/465/CEE del Consejo, define la «norma armonizada» como la "norma adoptada por uno de los organismos europeos de normalización que figuran en el anexo I de la Directiva 98/34/CE, sobre la base de una solicitud presentada por la Comisión, de conformidad con el artículo 6 de dicha Directiva". Sobre el valor jurídico de este tipo de normas, vid. IZQUIERDO CARRASCO (2000: pp. 238-239).

92 En España, con alcance estatal, vid. la Guía de Buenas Prácticas de Higiene para la Elaboración de Ovoproductos (Huevo líquido pasteurizado refrigerado y huevo cocido), elaborada por la Asociación española de Industrias de Ovoproductos (INOVO), 2011; Guía de análisis de peligros y puntos de control crítico (APPCC) en leches UHT y pasterizadas, elaborada por la Federación Nacional de Industrias Lácteas (FENIL); la Guía de aplicación del sistema de análisis de peligros y puntos de control crítico en la industria de zumos de fruta, elaborada por la Asociación Española de Fabricantes de Zumos (ASOZUMOS); la Guía de buenas prácticas de higiene en las industrias de aguas de bebida envasadas, elaborada por la Asociación Nacional de Empresas de Agua de Bebidas Envasadas (ANEABE); o la Guía del sector de avicultura de carne en España para el cumplimiento del reglamento (UE) nº 1086/2011 que modifica los reglamentos (UE) nº 2160/2003 y (CE) nº 2073/2005, elaborada por la Organización Interprofesional de Avicultura de Carne de Pollo (PROPOLLO).

a una especie de visto bueno por parte de los Estados miembros, que deben garantizar que son idóneas para cumplir los objetivos en materia de higiene, que la aplicación de su contenido es viable para el sector y que en su elaboración han participado las partes interesadas[93]. Sólo a esas guías se les dará el valor y la eficacia jurídica que la normativa alimentaria establece (por ej., en materia de control oficial).

Pero ese cambio en el enfoque regulador también origina una mayor presencia del *soft law*[94] tanto de la Unión, aprobado por la Comisión[95] o las respectivas Agencias[96], como de los Estados miembros[97]: Códigos de Buenas Prácticas, Declaraciones, Directrices, Guías, etc. Estos documentos son aprobados sobre la base de habilitaciones normativas específicas[98]

93 Para facilitar estos trámites, se aprobó el 26 de mayo de 2010 en la Comisión Institucional de la entonces AESAN el "Procedimiento a seguir para el estudio y elaboración de guías nacionales de prácticas correctas de higiene y para la aplicación de los principios del sistema APPCC".

94 Sobre este instrumento, vid. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO (2008: in totum); ALONSO GARCÍA, (2001: pp. 63-ss).

95 Una muestra, entre muchas otras, en el art. 29 CCMUH: "En las directrices que debe adoptar la Comisión se definirá el concepto de riesgo potencial grave para la salud pública". O el art. 47 que, tras establecer que "Los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación para los medicamentos que se contemplan en el artículo 46, letra f), se adoptarán en forma de directiva", añade lo siguiente: "La Comisión publicará detalladamente las líneas directrices con arreglo a dichos principios y los revisará cuando sea necesario para tener en cuenta los progresos técnicos y científicos.".

96 Por ej., el a*rtículo 108* bis CCMUH establece que "Con el fin de facilitar la realización de las actividades de farmacovigilancia en la Unión, la Agencia, en cooperación con las autoridades competentes y otras partes interesadas, elaborará: a) directrices sobre buenas prácticas en materia de farmacovigilancia, tanto para las autoridades competentes como para los titulares de autorizaciones de comercialización;…"

O el art. 9.2 del Reglamento (CE) nº 1935/2004, de 27 de octubre de 2004, sobre los materiales y objetos destinados a entrar en contacto con alimentos, establece que "la Autoridad publicará unas directrices detalladas relativas a la preparación y la presentación de la solicitud (de autorización de una nueva sustancia)".

97 Por ej., la "Guía para la Aplicación del Sistema de Trazabilidad en la empresa Agroalimentaria" o la "Guía de aplicación de las exigencias de etiquetado y trazabilidad de alimentos y piensos modificados genéticamente" publicadas por AESA (en la actualidad, AECOSAN), fruto de la colaboración con el sector empresarial.

98 El art. 84 CCMUH: "La Comisión publicará directrices sobre prácticas correctas de distribución. Consultará a este respecto al Comité de medicamentos de uso humano y al Comité farmacéutico establecido por la Decisión 75/320/CEE del Consejo." O algunas de las recogidas en notas anteriores.

u otras de carácter más general[99]. En principio, los instrumentos de soft law en sentido estricto carecen formalmente de obligatoriedad, aunque, como advierte VIDA FERNÁNDEZ – para el sector de los medicamentos, pero plenamente trasladable al alimentario –, ello "no impide que cuenten con una fuerza vinculante de facto ya que reflejan la posición de las autoridades europeas asesoradas por expertos, lo que lleva a las autoridades nacionales a asumir lo decidido a nivel europeo y a los particulares a adaptarse a la seguridad que ofrecen las directrices que ofrecen una cobertura frente a eventuales responsabilidades" (2015: pp. 190-191). Incluso, el propio Tribunal de Justicia de la UE, aún rechazando su carácter vinculante, ha reconocido a algunos de estos instrumentos un valor interpretativo a la hora de aplicar los conceptos y definiciones contenidos en las normas[100]. No obstante, en algunos supuestos, la propia legislación alimentaria o farmacéutica reconoce una fuerza vinculante a estos instrumentos[101].

99 En el ámbito alimentario, en ocasiones, la aprobación de Guías y otros documentos similares por parte de la EFSA ha utilizado como base normativa su competencia genérica para la aprobación de dictámenes científicos (art. 29.1 del Reglamento de Seguridad Alimentaria). Por ej., esa ha sido la base para la aprobación de la Guidance on the preparation and presentation of an application for authorisation of a novel food in the context of Regulation (EU) 2015/2283. EFSA Journal 2016;14(11):4594, 24 pp. doi:10.2903/j.efsa.2016.4594. Se trata de un documento en el que se establece un formato común para la organización de la información que se debe presentar.

100 Por ej., la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 6 de septiembre de 2012, Chemische Fabrik Kreussler & Co. GmbH/Sunstar Deutschland GmbH, Asunto C-308/11, en una cuestión prejudicial, falla que "El artículo 1, punto 2, letra b), de la Directiva 2001/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano,… debe interpretarse en el sentido de que para definir el concepto de «acción farmacológica» de conformidad con esta disposición *es posible tomar en consideración* la definición de ese concepto que figura en el Documento de orientación elaborado conjuntamente por los servicios de la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros para la delimitación entre la Directiva 76/768 sobre los productos cosméticos y la Directiva 2001/83 sobre los medicamentos" (la cursiva es nuestra).

101 Por ej., el artículo 64 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establece que los laboratorios farmacéuticos deberán cumplir las normas de correcta fabricación publicadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, conforme a las directrices detalladas sobre prácticas de correcta fabricación de medicamentos establecidas en el marco comunitario y que los fabricantes de sustancias activas utilizadas en la fabricación de medicamentos deben cumplir las Normas de Correcta Fabricación de sustancias activas. A este respecto, el art. 3.2 de la Directiva 2003/94/CE de la Comisión, de 8 de octubre de 2003, por la que se establecen los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación de los medicamentos de uso humano y de los medicamentos en investigación de uso

La justificación del recurso a esta técnica puede encontrarse en la necesidad de "una regulación uniforme, pormenorizada y ajustada a la evolución tecnológica que parece no poder reconducirse exclusivamente a la normativa tradicional (directivas, reglamentos y decisiones) cuyos procedimientos se presentan a estos efectos lentos y refractarios a incorporar conocimientos técnicos hiperespecializados" [VIDA FERNÁNDEZ (2015: p. 191)]. En cualquier caso, a nuestro juicio, en muchos supuestos no es tanto un problema de lentitud en el procedimiento o de dificultad para incorporar esos conocimientos técnicos, sino que esta técnica permite otras dinámicas de trabajo y de toma de decisiones más flexibles y eficientes.

5. Límites materiales y formales de la hipotética normativa estatal

En el ámbito que nos ocupa, en muchos supuestos, la normativa de la Unión agota la materia. Esto es, no cabe un desarrollo normativo propio por parte de los Estados miembros, más allá, en su caso, de la necesidad de transposición si se trata de Directivas. Y aún en el supuesto de Directivas, la regla es que son de máximos, por lo que no cabe que un Estado mantenga o apruebe una legislación con unos niveles de seguridad más elevados con el argumento de una mayor protección a los consumidores. No obstante, en ocasiones, el principio de subsidiariedad y la existencia de una limitada relevancia para el funcionamiento del mercado interior o la propia incapacidad política o la dificultad para avanzar en una mayor armonización, originan que haya aspectos – más en el ámbito alimentario que en el de los medicamentos – en los que esa normativa de la Unión no entra[102], lo hace de manera incompleta[103] o,

humano, dispone que "Para la interpretación de los principios y directrices de las prácticas correctas de fabricación, los fabricantes y las autoridades competentes tendrán en cuenta las directrices detalladas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 47 de la Directiva 2001/83/CE, publicadas por la Comisión en la «Guía de normas de correcta fabricación de medicamentos y de medicamentos en investigación»". Igualmente, el art. 54.d) CMUH remite directamente una concreta exigencia a lo que establezcan las directrices de la Comisión previstas en el art. 65 de la misma norma.

102 Por ej., el Real Decreto 3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas, no es transposición de ninguna norma de la Unión, aunque en la actualidad se encuentra muy afectado por los Reglamentos de la Unión del paquete higiene.

103 Una buena muestra de ello puede verse en la que durante años ha sido una insuficiente armonización en el campo de los aditivos, ahora mucho más acabada; o en la situación que

incluso aunque se trate de un Reglamento, deja elementos expresamente en manos de los Estados miembros[104]. En esos supuestos, que también debe reconocerse que se han ido reduciendo con el paso de los años y la mayor integración y perfeccionamiento de la política de armonización legislativa en la Unión Europea, los Estados miembros conservan la potestad de decidir el nivel de protección de la salud y de la vida de las personas.

Pero incluso con ese carácter limitado, tanto el procedimiento de elaboración de esas normas como su hipotético contenido está también condicionado por el Derecho transnacional:

- En cuanto al procedimiento de elaboración, debe tenerse en cuenta lo prescrito en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de

todavía se mantiene con los alimentos irradiados. Con respecto a estos, el segundo párrafo del art. 4.3 de la Directiva 1999/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de febrero de 1999, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre alimentos e ingredientes alimentarios tratados con radiaciones ionizantes, establece que "no más tarde del 31 de diciembre de 2000, la Comisión, de conformidad con el artículo 100 A del Tratado, presentará una propuesta para completar la lista positiva contemplada en el apartado 1". En el 2001, la Comunicación de la Comisión relativa a los alimentos e ingredientes alimentarios autorizados para el tratamiento con radiación ionizante en la Comunidad (2001/C 241/03) concluyó: "Dada la complejidad del asunto, la Comisión considera oportuno mantener un debate más amplio con todas las partes interesadas antes de presentar la propuesta de ampliación de la lista positiva." Así se mantiene la situación en la actualidad, con una lista europea de alimentos autorizados para la irradiación limitada a las hierbas aromáticas secas, especias y condimentos vegetales, y con una variada legislación estatal que amplía o no esa lista a otros alimentos.

104 Por ej., el art. 1.3 del Reglamento (CE) nº 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal, establece que no se aplicará al suministro directo por parte del productor de pequeñas cantidades de productos primarios, de carne procedente de aves de corral y lagomorfos sacrificados en la explotación o de carne de caza silvestre al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor que suministran directamente al consumidor final, siempre que los Estados miembros establezcan normas que regulen estas actividades y tales normas garanticen la realización de los objetivos del Reglamento. A este respecto, por ej., el Decreto andaluz 163/2016, de 18 de octubre, por el que se regula el régimen administrativo y el sistema de información de venta directa de los productos primarios desde las explotaciones agrarias y forestales a las personas consumidoras finales y establecimientos de comercio al por menor. O el art. 6 del Reglamento nº 10/2011 de la Comisión, de 14 de enero de 2011, sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos, que prevé que "No obstante lo dispuesto en el artículo 5, podrán usarse colorantes y disolventes en la fabricación de capas plásticas de materiales y objetos plásticos conforme a la normativa nacional."

julio, por el que se regula la remisión de información a la Comisión Europea en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información, que da cumplimiento a lo dispuesto por la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio. A prescripciones similares a esta obliga también la OMC.

- En cuanto a los condicionantes sobre el contenido material de esas hipotéticas normas, los Estados deberán respetar una serie de principios o reglas generales establecidos tanto por la OMC como por el Derecho de la Unión: principio de no discriminación, principio de proporcionalidad, exigencia de fundamentación científica, el deber de tener en cuenta las normas internacionales existentes, etc. En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión ha sostenido que "en defecto de armonización y en la medida que subsista incertidumbre en el estado actual de la investigación científica, compete a los Estados miembros determinar el nivel de protección de la salud pública que deseen fijar; teniendo siempre en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías como objetivo fundamental del mercado común"… "Los Estados miembros deberán tener siempre presente que las medidas que adopten inciden directamente en la libre circulación de mercancías en el seno de la Comunidad, por ello deberán adoptar las medidas estrictamente necesarias y proporcionadas para la consecución del fin perseguido: la protección de la salud pública"[105].

Finalmente, debe insistirse que esta pérdida de competencia normativa por parte de los Estados miembros, al menos en España,

105 *Sandoz BV v. Países Bajos, as. 174/82, de* 14 de julio de 1983; *Van Bennekom v. Países Bajos, as. 227/82, de* 30 de noviembre de 1983; y *Comisión v. Alemania* «Ley de la pureza de la cerveza alemana», as. 178/84, de 12 marzo de 1987. En la misma línea, la STJCE Brandsma v. Bélgica, as. C-293/94, de 27 de junio de 1996, afirma: "a falta de normas de armonización, los Estados miembros tienen la facultad de decidir el nivel de protección de la salud y de la vida de las personas que pretenden garantizar… no obstante, (los Estados están) obligados a contribuir a una reducción de los controles en el comercio intracomunitario y a tomar en consideración los análisis técnicos o químicos o las pruebas de laboratorio ya efectuados en otro Estado miembro" *(FJ 11 y 12).*

se ha traducido en una pérdida de poder reglamentador por parte de las Administraciones públicas, pues eran estas – fundamentalmente, el Gobierno – la mayor fuente normativa en este ámbito, pues las prescripciones legales tenían un alcance muy limitado.

6. Para crear obstáculos a la libre circulación de mercancías no es necesario aprobar normas, basta con poder interpretarlas: la respuesta de la Unión

Debe reconocerse que, en la actualidad y en el seno de la Unión Europea, el nivel de armonización legislativa en los sectores que nos ocupan es muy elevado y que los mecanismos de cooperación entre las autoridades de los distintos Estados con las autoridades de la Unión así como el *soft law* que en muchas ocasiones surge de esos mecanismos fortalece esa integración. Como afirma el considerando nº 11 del Código europeo de los medicamentos de uso humano "La adopción de idénticas normas y protocolos por los Estados miembros permitirá a las autoridades competentes pronunciarse sobre la base de pruebas uniformes y en función de criterios comunes, contribuyendo consecuentemente a evitar posibles divergencias en la apreciación".

No obstante, también es cierto que ello no impide el surgimiento de obstáculos a la libre circulación de mercancías cuando son los Estados los que tienen que aplicar e interpretar ese conjunto normativo, en particular, cuando son éstos los que tienen que otorgar las autorizaciones a las que quedan sometidas los medicamentos, alimentos o actividades o productos vinculados. En esta línea, muy significativas son las siguientes palabras de BOMBILLAR SÁENZ: "Aunque se había alcanzado una gran armonización en este ámbito, lo cierto es que los Estados contaban aún con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de autorizar o no un medicamento, … Existían grandes diferencias entre los Estados miembros a la hora de entender cuál debía ser el balance entre seguridad y eficacia, a la hora de valorar la relación coste-beneficio. No todos ellos eran partidarios de correr ciertos riesgos con el fin de obtener unos determinados efectos terapéuticos" (2010: p. 356). Y más adelante añade: "Es por ello que, en relación al procedimiento descentralizado o de reconocimiento mutuo, se produce un fenómeno

que se ha dado en llamar la *scelta del dirito*, esto es, la búsqueda por los laboratorios farmacéuticos de los Estados miembros con una regulación más favorable de cara a solicitar una posible autorización de comercialización de sus productos" (p. 357) – aunque aquí el término "regulación" que emplea el autor debe entenderse en un sentido amplio, referido no tanto a conjunto de normas, sino, más bien, a la posición interpretativa adoptada por sus autoridades –.

En la misma línea, en el ámbito alimentario, el primer considerando del nuevo Reglamento de Nuevos Alimentos (2015) afirma que "las diferencias entre los Derechos nacionales en relación con la evaluación de la seguridad y la autorización de nuevos alimentos pueden obstaculizar la libre circulación de esos alimentos y dar lugar a inseguridad jurídica y a una competencia desleal." Obsérvese nuevamente que no es tanto un problema de armonización legislativa sino de diferencias en la evaluación de la seguridad.

Estas situaciones han originado una tendencia a residenciar la toma de las decisiones más relevantes en las instituciones de la Unión (la autorización sobre los Nuevos Alimentos es una buena muestra de ello), bien directamente o bien en caso de conflicto entre las posiciones estatales.

VI. La influencia del derecho de la unión en los controles administrativos previos a la fabricación, puesta en el mercado o inicio de la actividad

Los controles administrativos previos se pueden definir como aquellos instrumentos de intervención administrativa en la actividad de los administrados con la finalidad de verificar o controlar que los alimentos, medicamentos u otros productos o actividades con trascendencia en tales ámbitos cumplen con los requisitos normativos – o, más exactamente, no suponen un riesgo inadmisible para la salud y seguridad –, antes de su fabricación, comercialización, utilización o inicio de la actividad.

1. Situación en el ámbito alimentario

En el ámbito alimentario, la regla general es que son los establecimientos en los que se producen, transforman, distribuyen o manipulan los alimentos los que están sometidos a ciertos trámites de carácter previo a su puesta en marcha. Sólo excepcionalmente algunos tipos de alimentos o de productos con relevancia para la seguridad alimentaria (por ej., material en contacto con los alimentos) están sometidos a procedimientos de control administrativo previo o instrumentos similares. La justificación de unas y otras autorizaciones es bien distinta. En las primeras, el riesgo de esas actividades es habitualmente bien conocido, pero la Administración quiere mantener un control previo sobre la actividad para una mayor protección de los intereses públicos en juego – entre otras cosas, ello le permite efectuar una inspección in situ previa al inicio de la actividad –; en las segundas, lo que se pretende mediante esos instrumentos es precisamente posibilitar una evaluación del riesgo por parte de la Administración, dadas las incertidumbres existentes. Veamos todo ello con algo más detenimiento.

A) Trámites previos a la puesta en marcha de los establecimientos

Dos son los tipos de instrumentos jurídicos existentes en este ámbito: la comunicación (inscripción en registro) y la autorización.

La regla general, conforme a lo previsto en el art. 6 del Reglamento (CE) nº 852/2004 (Higiene alimentos) es que "los operadores de empresa alimentaria notificarán a la autoridad competente apropiada todos los establecimientos que estén bajo su control en los que se realice cualquiera de las operaciones de producción, transformación y distribución de alimentos de la forma requerida por la autoridad competente, con el fin de proceder a su registro".

En el caso español, esto se ha traducido en la presentación de una comunicación previa y subsiguiente inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos o, en ciertos supuestos, en un Registro autonómico (ex Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas

Alimentarias y Alimentos). A este respecto, el art. 6 del mencionado Real Decreto dispone que "la presentación de una comunicación previa a las autoridades competentes será condición única y suficiente para que se tramite la inscripción de las empresas y establecimientos en el Registro y simultáneamente se pueda iniciar la actividad, sin perjuicio de los controles que posteriormente puedan llevarse a cabo". Esto es, basta la presentación de esa comunicación para que se pueda iniciar la actividad. A pesar de la contundencia de esa proclamación, ha de advertirse que ello debe interpretarse en el sentido de que lo que impide es que la Administración autonómica o la local puedan establecer algún tipo de trámite complementario con esta misma finalidad de protección de la salud (por ej., que la Comunidad Autónoma vinculara ese inicio de la actividad a la realización previa de una visita de inspección), pero no imposibilita que pueda haber otros con finalidad distinta y que también deban ser llevados a cabo antes de iniciar la actividad.

Ciertamente, con ese planteamiento, esta comunicación previa pierde cualquier virtualidad como un efectivo instrumento de control previo, porque es imposible que la Administración pueda verificar si la instalación cumple o no con la normativa antes de su puesta en marcha ya que la misma puede ponerse en marcha en cuanto se presenta la comunicación. Por tanto, se trata de un mecanismo que facilita controles posteriores y otras actuaciones de las Administraciones públicas.

Por otro lado, además del mecanismo de la comunicación, el mencionado art. 6 Reglamento (CE) nº 852/2004 (Higiene alimentos) añade que los establecimientos estarán sometidos a una autorización administrativa, "tras haber efectuado al menos una visita in situ", cuando así se prevea expresamente. Esto es, la regla general es la comunicación, salvo aquellos supuestos que se prevea expresamente que están sometidos a autorización administrativa. En esta línea, debe destacarse, por su alcance, lo previsto en el art. 4 del Reglamento 853/2004 (Higiene alimentos origen animal), que, con algunas excepciones, dispone que quedan sometidos a autorización administrativa aquellos establecimientos que manipulen los productos de origen animal para los que el anexo III del presente Reglamento establece requisitos[106].

106 Los productos de origen animal incluidos en dicho Anexo son los siguientes: carne de

B) Controles administrativos previos sobre los alimentos y otros productos con relevancia para la seguridad alimentaria.

Como se ha dicho, en principio, los alimentos no están sometidos a un control administrativo previo (por ej., una autorización) antes de su puesta en el mercado. Esto es, para poner en el mercado una mermelada o unas galletas, ni el producto efectivamente fabricado, ni un hipotético prototipo o muestra del mismo están sometidos a ningún tipo de control administrativo previo. El productor, debiendo cumplir la normativa aplicable, los fabrica y los pone libremente en el mercado. Pero este escenario general tiene algunas matizaciones:

- Hay categorías de alimentos (en particular, los productos de origen animal sometidos a marcado sanitario colocado por veterinario oficial o bajo su responsabilidad; los que constituyan Organismos Modificados Genéticamente; los que respondan a la definición de "Nuevos Alimentos"; y los aditivos, enzimas o aromas alimentarios[107] – recuérdese que entran en el concepto de alimento –) que, como tales alimentos, sí están sometidos a un procedimiento administrativo de control previo a su puesta en el mercado o utilización. Esto se debe a que o bien consta el mayor riesgo para la salud y seguridad que suponen tales productos (por ej., los mencionados de origen animal); o bien por la incertidumbre y los riesgos tecnológicos que conllevan. Esta distinta justificación tiene consecuencias

ungulados domésticos; carne de aves de corral y lagomorfos; carne de caza de cría; carne de caza silvestre; carne picada, preparados de carne y carne separada mecánicamente (CSM); productos cárnicos; moluscos bivalvos vivos; productos de la pesca; leche cruda, calostro, productos lácteos y productos a base de calostro; huevos y ovoproductos; ancas de rana y caracoles; grasas animales fundidas y chicharrones; estómagos, vejigas e intestinos tratados; gelatina; y colágeno. Los establecimientos a los que dicho Anexo exige requisitos son variados: mataderos, salas de despiece, establecimientos de recogida o transformación de materias primas, buques de pesca congeladores, etc.

107 En este supuesto, el mecanismo establecido por el Reglamento (CE) nº 1331/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se establece un procedimiento de autorización común para los aditivos, las enzimas y los aromas alimentarios, tiene una naturaleza ambivalente, por cuanto puede iniciarse a instancia de la Comisión o a solicitud de un Estado miembro o persona interesada -que, a su vez, puede representar a varias personas interesadas- (art. 3). Ello se explica por la conexión que se establece con el instrumento de las listas comunitarias (vid. supra).

sobre los márgenes de decisión que la normativa atribuye a la Administración. Así, los primeros supuestos son básicamente autorizaciones regladas; por el contrario, en los segundos, ese margen de decisión se amplía al conectarse con la evaluación de riesgos y el uso de conceptos jurídicos indeterminados ("condiciones normales o previsibles de empleo", "probables efectos inmediatos y a corto y largo plazo de ese alimento, no sólo para la salud de la persona que lo consume, sino también para la de sus descendientes", "representar un peligro para la salud humana", "provocar una modificación inaceptable de la composición de los alimentos"…), llegando en algunos casos a configurarse prácticamente como autorizaciones discrecionales (por ej., recuérdese la famosa moratoria en los OMG o algunas previsiones de la legislación sobre aditivos[108]).

C) Controles administrativos previos sobre otras actividades

Finalmente, hay ciertas actuaciones de contenido muy variado que también se someten a controles administrativos previos, tanto a la necesidad de autorización (por ej., poder efectuar una declaración de propiedad saludable en un alimento), como de comunicación previa (por ej., la puesta en el mercado de un complemento alimenticio[109]).

En otras ocasiones, aunque se utiliza el término autorización se trata de instrumentos jurídicos que responden a otros planteamientos y que tienen una naturaleza bien distinta de las autorizaciones propias

108 El art. 11 del Reglamento (CE) nº 1935/2004 (Materiales en contacto con alimentos), que regula la autorización administrativa de sustancias, prevé que "si la Comisión no tuviera intención de preparar un proyecto de medida específica tras un dictamen positivo de la Autoridad, informará al solicitante sin demora y le facilitará una explicación". Esto es, la EFSA ha podido informar que la sustancia no representa un peligro para la salud humana, no provoca una modificación inaceptable de la composición de los alimentos ni una alteración de sus características organolépticas y, a pesar de ello, la Comisión decide que no lo autoriza. Ciertamente, se puede afirmar que no se trata de discrecionalidad sino simplemente de que la Comisión puede tener en cuenta otros dictámenes científicos con conclusiones distintas, pero, aún así, el supuesto es muy llamativo.

109 Art. 10 Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios.

de la actividad administrativa de limitación, aproximándose a la figura de la concesión[110] o de la dispensa.

2. Situación en el ámbito de los medicamentos

El punto de partida es bien distinto en el ámbito de los medicamentos. La regla general es que tanto los medicamentos en sí mismos, como la mayor parte de las actividades vinculadas con la vida del medicamento (investigación – ensayos clínicos –, fabricación, distribución al por mayor, farmacias…), como ciertas concretas actuaciones (por ej., la adición de sustancias radiactivas en la fabricación de medicamentos) están sometidas a la necesidad de una previa autorización administrativa.

La autorización del medicamento es la que se denomina autorización de comercialización. El art. 6 CCMUH establece que "no podrá comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro sin que la autoridad competente de dicho Estado miembro haya concedido una autorización de comercialización con arreglo a la presente Directiva o se haya concedido una autorización de conformidad con el Reglamento…(autorizaciones que competen a la Comisión)". Más aún, el propio precepto añade que "toda dosificación, forma farmacéutica, vía de administración y presentación adicionales, así como cualesquiera modificaciones y ampliaciones

110 Por ej., el artículo 23 del Reglamento (CE) nº 882/2004 (Control oficial alimentos) establece la posibilidad de autorizar -esa es la expresión que utiliza el precepto- a terceros países la realización de controles específicos en piensos y alimentos inmediatamente antes de su exportación a la Unión Europea para verificar que los productos exportados cumplan los requisitos de la Unión. Dicha autorización solo puede concederse a un tercer país si ha quedado demostrado, mediante una auditoría de la Unión Europea, que los piensos o alimentos exportados a la UE cumplen los requisitos de la Unión, o exigencias equivalentes, y que los controles llevados a cabo en el tercer país con anterioridad a la expedición se consideran lo suficientemente eficaces y efectivos como para poder sustituir o reducir los controles documentales, de identidad y físicos establecidos en la legislación de la Unión. Una aplicación de esta previsión puede encontrarse en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/949 de la Comisión, de 19 de junio de 2015, por el que se autorizan los controles previos a la exportación efectuados por determinados terceros países a algunos alimentos para detectar la presencia de ciertas micotoxinas.
Una institución similar se regula en el art. 111 ter CCMUH donde, sin embargo, no se habla de autorización sino de que "Si la evaluación confirma tal equivalencia, la Comisión adoptará una decisión a fin de incluir en una lista al tercer país".

que se introduzcan deberán también obtener una autorización con arreglo al párrafo primero o incluirse en la autorización de comercialización inicial". A pesar de esta amplitud en la delimitación del ámbito de la autorización, la normativa prevé algunas pequeñas excepciones a esta regla general[111]. Lo que sí es más frecuente es que ciertas categorías de medicamentos se sometan a procedimientos de autorización más simplificados. A este respecto, se pueden distinguir dos supuestos: aquellos en los que la normativa sigue exigiendo la autorización, aunque simplifica algunas de sus exigencias (por ej., los medicamentos genéricos no tienen que aportar cierto tipo de documentación acreditativa); o aquellos en los que la normativa ya no habla de autorización sino de registro (por ej., medicamentos homeopáticos que no vayan acompañados de indicación terapéutica particular o medicamentos a base de plantas). Ciertamente ese registro también tiene naturaleza autorizatoria, aunque su procedimiento, la documentación que debe presentarse y lo que la Administración debe verificar tiene menos alcance y es más simple.

Se trata de una autorización en la que el margen para la decisión administrativa es amplísimo pues se construye en esencia sobre los siguientes conceptos jurídicos indeterminados: que la relación beneficio-riesgo sea favorable y que la eficacia terapéutica esté suficientemente justificada (art. 26 CCMUH, *sensu contrario*).

En segundo lugar, la otra autorización más relevante es la de fabricación, que es la necesaria para la fabricación del medicamento o su importación de terceros países. En estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito alimentario, el objeto no es tanto el establecimiento donde se vaya a fabricar el medicamento – que también – como la actividad en su conjunto, estableciéndose una conexión con el medicamento autorizado que se quiera fabricar así como exigiendo la existencia de una persona cualificada con unas concretas funciones.

111 Por ej., el art. 7 CCMUH prevé que "no se exigirá autorización para un radiofármaco preparado en el momento de su uso por una persona o una institución que según la legislación nacional estén autorizadas a utilizar estos medicamentos, en un centro asistencial autorizado, exclusivamente a partir de generadores de radionucleidos, los equipos o precursores de radionucleidos autorizados, con arreglo a las instrucciones del fabricante".

3. El alcance de la armonización en la Unión Europea. La cooperación horizontal y vertical

En los sectores que nos ocupan, el nivel de armonización normativa y de integración en el seno de la Unión Europea es muy elevado y se extiende, en lo que ahora nos interesa, sobre las siguientes cuestiones:

A) Las actividades o supuestos en los que se pueden exigir estas autorizaciones o controles previos. Por tanto, los Estados no pueden exigir otros instrumentos de control previo adicionales, salvo en ámbitos no armonizados o allí donde la legislación de la Unión les haya abierto esa posibilidad[112], pero incluso en esos supuestos con limitaciones (piénsese, por ej., en las exigencias derivadas de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior).

B) Las condiciones para la obtención de las autorizaciones expuestas, a veces, incluso aunque dicha autorización sólo vaya a desplegar efectos en un Estado.

C) Es habitual que también descienda a aspectos procedimentales, tanto en supuestos en los que la tramitación corresponde a las instituciones de la Unión – aquí con más detalle – como en otros que corresponde a los Estados miembros. A este respecto, se establecen lo que representa una serie de concreciones del principio de buena administración recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: fijación de un plazo máximo para resolver o de plazos intermedios, regulación de la ampliación de plazos establecidos[113], consecuencias de la no resolución en plazo[114], audiencia

112 Por ej., el mencionado Decreto andaluz 163/2016 establece que "para acogerse al régimen de venta directa de productos primarios regulada en el presente Decreto será obligatoria la presentación por parte de las personas productoras y recolectoras de una comunicación previa al inicio de la actividad…".

113 Por ej., art. 22 del Reglamento de Nuevos Alimentos.

114 El art. 11.4 del Reglamento alimentos OMG establece que "Si, por razones que escapan al control del titular de la autorización, no se toma ninguna decisión con respecto a su renovación antes de la fecha de expiración, la autorización del producto se prorrogará automáticamente hasta que se adopte una decisión".

previa[115], trámites de información pública[116], emisión de informes – fundamentalmente por la EMA o EFSA –, posibilidad de recurso[117], protección de datos y confidencialidad[118], etc. No obstante, en ocasiones, las previsiones que se contienen son insuficientes con arreglo a los estándares habituales en los ordenamientos estatales[119]. En

115 En muchas ocasiones, sólo se menciona al solicitante de la autorización o destinatario de la medida. En otros supuestos, la legislación amplía su ámbito. Por ej., el art. 3.3 del Reglamento (CE) nº 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos, prevé que "antes de introducir dichas modificaciones (en la lista de vitaminas, minerales y sustancias que pueden adicionarse a los alimentos), la Comisión consultará a las partes interesadas, en particular a los operadores del sector alimentario y a los grupos de consumidores."

116 Por ej., el art. 6.7 del Reglamento (CE) nº 1829/2003 (Alimentos OMG), en el seno del procedimiento de autorización de un alimento modificado genéticamente, prevé lo siguiente: "La Autoridad, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 38 del Reglamento (CE) nº 178/2002, hará público su dictamen tras haber eliminado cualquier dato que se considere confidencial de conformidad con el artículo 30 del presente Reglamento. *Cualquier persona* podrá remitir sus comentarios a la Comisión en los 30 días siguientes a la publicación del dictamen." (la cursiva es nuestra). Una posición crítica con la habitual falta de apertura de estos procedimientos a terceros, en MENDES (2011: 340-ss).

117 Particular interés tienen aquellos supuestos en los que la legislación atribuye a alguna de las dos Agencias que actúan en este ámbito funciones que exceden el asesoramiento científico y se encuadran sin duda alguna en actuaciones típicas de gestión. Y dada esa naturaleza es lógico que el legislador establezca puros recursos administrativos de sus decisiones ante la Comisión. Por ej., el artículo 14 del Reglamento (CE) nº 1935/2004 (Materiales en contacto con alimentos), que tiene por título "Revisión administrativa", establece: "La Comisión, por iniciativa propia o a petición de un Estado miembro o de cualquier persona directa y personalmente afectada, podrá revisar los actos adoptados por la Autoridad en virtud de las competencias que le confiere el presente Reglamento, al igual que sus omisiones. A tal fin se presentará una solicitud a la Comisión en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que la parte afectada tenga conocimiento de la acción u omisión de que se trate. La Comisión adoptará una decisión en el plazo de dos meses exigiendo a la Autoridad, si procediera, que anule su acto, o actúe si se abstuvo."

118 En estos ámbitos se trata de una cuestión especialmente sensible dada la inversión económica en investigación que conllevan algunas de estas autorizaciones (medicamentos, OMG, Nuevos Alimentos…) y la existencia de derechos de propiedad. Así, por ej., el art. 23 del Reglamento Nuevos Alimentos prevé que "los solicitantes podrán pedir el tratamiento confidencial de determinada información presentada en virtud del presente Reglamento cuando su divulgación pueda perjudicar su posición competitiva".

119 Por ej., el art. 22 bis CCMUH prevé que las autoridades nacionales, con posterioridad a la concesión de la autorización de comercialización, puedan imponer inaudita parte al titular de la autorización de comercialización deberes tan relevantes como la realización de estudios de seguridad o de eficacia postautorización. Aunque, a renglón seguido, el precepto prevé esa posibilidad de audiencia a través de un mecanismo ciertamente extraño: "Si así lo solicita el titular de la autorización de comercialización en los 30 días siguientes a la notificación por

cualquier caso, se trata de regulaciones parciales y un tanto caprichosas que varían de una norma a otra, generando una gran heterogeneidad y que evidencian la necesidad de una regulación general del Derecho Administrativo Europeo que sirviera de base[120]. Además, los complejos procedimientos multinivel que se establecen presentan lagunas de regulación que parecen querer dejarse más al albur de las relaciones político-institucionales que al Derecho121. En definitiva, se echa en falta una mayor densidad normativa en este aspecto, que incluso genera complejos conflictos entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno. A propósito de este fenómeno de la cooperación vertical y horizontal en el seno de la Unión Europea, SCHMIDT-ASSMANN advierte que "Es precisamente en los puntos de contacto en los que se encuentran las actuaciones de las Administraciones implicadas de los Estados miembros y de los órganos administrativos de la Comunidad Europea donde surgen institutos y problemas jurídicos específicos, porque, en el marco de la cooperación, el auxilio y la asistencia de cada una de las partes nunca debe ser observada de forma completamente aislada. Este *carácter integrador* de la cooperación da lugar a problemas jurídicos específicos, sobre los que debe llamar la atención el Derecho de la cooperación." (2003: p. 398).

Por otra parte, la legislación de la Unión y sus procedimientos en la toma de decisiones (la comitología) ha potenciado una gran tecnificación de las decisiones. Esto tiene elementos positivos – reduce

escrito de la obligación, la autoridad nacional competente le dará la oportunidad de presentar sus observaciones por escrito, en un plazo que especificará, en respuesta a la imposición de la obligación."

120 Una síntesis de las posiciones doctrinales sobre la adopción de una norma general de procedimiento administrativo europea, en NIETO GARRIDO y MARTÍN DELGADO (2010: pp. 167-168).

121 Una muestra de ello puede verse en el art. 28.4 CCMUH, cuyo análisis plantea las siguientes hipótesis que carecen de una respuesta expresa: ¿qué ocurre si un Estado no manifiesta su posición en el plazo de 90 días?; ¿qué valor jurídico tiene esta dación de fe del Estado miembro de referencia?; ¿qué ocurre si un Estado considera que su posición no ha sido escuchada y que ese cierre del procedimiento por el Estado de referencia es incorrecto?, ¿puede recurrir algo?, ¿ante quién?; imaginemos que el procedimiento se ha dado por cerrado, pero que un Estado replantea su decisión y, finalmente, rechaza la autorización, ¿qué ocurre entonces?. Se podrá objetar que eso son meras hipótesis y que algunas de ellas son muy improbables que concurran, pero eso es también un papel muy importante del Derecho Administrativo: ofrecer respuestas para cuando las autoridades no actúan correctamente.

la carga política y la arbitrariedad-, pero también plantea algunas lagunas que han sido criticadas – por ej., la falta de participación de los pacientes y otras partes interesadas-.

D) Sobre la base del principio de subsidiariedad y otros que rigen la gobernanza en la UE, también se fija el reparto de competencias en la toma de decisiones entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión. Las posibilidades son diversas y combinan instrumentos de ejecución indirecta del Derecho de la Unión con otros de ejecución directa:

- Decisión en manos de los Estados que sólo produce efectos en su territorio (por ej., cuando la solicitud de autorización del medicamento se presenta sólo en un Estado – se trata de una figura que apenas se usa en la actualidad –).
- Decisión en manos de los Estados que produce efectos en todo el territorio de la Unión. Se trata de actos jurídicos nacionales. Aquí se pueden encontrar dos variantes. En primer lugar, aquellos supuestos en los que el efecto extraterritorial de la decisión administrativa viene directamente impuesto por el Derecho de la Unión, sin que las autoridades del resto de Estados miembros tengan que realizar ningún acto de ejecución o recepción[122]. Como advierte CHINCHILLA PEINADO, "solo impone el respeto a la situación jurídica ya creada por resolución de otra Administración nacional" (2015: p. 153). Supuesto particular es el relativo a la autorización de los establecimientos alimentarios o a la autorización para la fabricación de los medicamentos. Es cierto que los efectos directos de esas autorizaciones se refieren exclusivamente a esos concretos establecimientos que pueden iniciar su actividad, pero hay otro importante efecto indirecto y

122 Por ej., una carne fresca con marcado sanitario puede comercializarse en todo el territorio de la Unión. Lo mismo ocurre con la decisión administrativa de la declaración de un agua como agua mineral natural o agua de manantial, aunque la misma no puede considerarse en puridad como una autorización administrativa. Vid. el art. 3 del Real Decreto 1798/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula la explotación y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano; y el art. 1 de la Directiva 2009/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 , sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales.

es que el producto fabricado en esos establecimientos va a poder comercializarse por toda la Unión Europea.

En segundo lugar, aquellos supuestos en los que esa decisión estatal sí necesita de algún acto de recepción por parte del resto de autoridades estatales donde se quiera hacer valer. Es lo que en el ámbito de la autorización de la comercialización de los medicamentos se llama el procedimiento de reconocimiento mutuo. Este procedimiento permite que una autorización de comercialización aprobada en un primer Estado miembro de la Unión Europea puede ser reconocida por las autoridades competentes de otros Estados miembros sin que éstos tengan que volver a evaluar la calidad, seguridad y eficacia del medicamento. Se parte de un mandato hacia los Estados miembros -bien es cierto que permite excepciones-: "Si el medicamento hubiera ya recibido una autorización de comercialización en el momento de la solicitud, los Estados miembros afectados reconocerán la autorización de comercialización concedida por el Estado miembro de referencia" (art. 28.2 CCMUH).

Estos efectos extraterritoriales parten de un principio de confianza mutua entre las distintas autoridades estatales, sobre la base de una intensa armonización legislativa y un alto nivel de protección de la salud y seguridad, y van acompañados del establecimiento de mecanismos de cooperación entre dichas autoridades (en particular, de información y comunicación) en las actividades de control y que también se prevean instrumentos de reacción ante controles estatales deficientes, que pueden originar una suspensión provisional de la eficacia extraterritorial de la decisión de la autoridad nacional (la conocida como cláusula de salvaguardia[123]).

- Decisión que debe adoptarse a través de procedimientos horizontales de cooperación entre los distintos Estados miembros, aunque con un Estado de referencia.

123 Vid., el art. 56 Reglamento 882/2004, que se refiere a fallos en los sistemas de control de un Estado miembro, pero que también puede incluir los controles que realizan para dar las autorizaciones.

Se trata de supuestos en los que se necesita una resolución en cada uno de los Estados miembros, pero donde la solicitud se examina por un Estado miembro – el Estado de referencia – que, a través de unos complejos procedimientos armonizados que instrumentalizan la colaboración, coordinación y diálogo con el resto de Estados miembros – y, llegado el caso, con la Comisión y las Agencias –, concluirá con una propuesta de resolución que debe ser adoptada por cada uno de los Estados miembros como propia[124]. Esto es, el resultado final también son actos jurídicos nacionales, aunque algunos autores han propuesto el establecimiento de una nueva categoría: el acto administrativo transnacional[125]. Como afirma TAVARES DA SILVA, "É um modelo que colhe as vantagens de coordenaçao e equivalência do modelo de decisao individual, evitando o nivelamento do modelo transnacional, menos compatível com o princípio da subsidiariedade e, por outro lado, neutraliza a falta de coordenaçao e coerência do primeiro modelo ao permitir identificar uma *decisao-standard,* que serve de base às decisoes dos restantes Estados-membros" (2010: p. 73).

Particular interés jurídico tienen aquellos supuestos en los que la propuesta inicial del Estado de referencia es rechazada por algún Estado. En cualquier caso, debe advertirse que en ocasiones la legislación armonizada acota los motivos por los que se puede oponer un Estado[126]. Esta oposición o desacuerdo inicial origina la puesta en

124 Por ej., el procedimiento descentralizado de autorización de comercialización de medicamentos.

125 Entre nosotros, BOCANEGRA SIERRA y GARCÍA LUENGO han defendido esta nueva categoría y lo han definido como el "acto administrativo con eficacia plena en Estados (y Ordenamientos) diferentes de aquel que lo dicta" (2008: p. 12). Estos autores señalan que esta denominación posiblemente se deba a SCHMIDT-ASSMANN. Pero este autor, al hilo de la cooperación horizontal entre las Administraciones de los Estados miembros, sostiene lo siguiente: "Las *concretas* actuaciones de cooperación pueden apoyarse en Derecho administrativo comunitario directamente aplicable, en Derecho nacional uniformado por el Derecho comunitario o en otras reglas del Derecho nacional. Con independencia de su base normativa, estas actuaciones concretas de las distintas Administraciones de los Estados miembros siguen siendo, como en el caso anterior, actividad de Derecho nacional. No se trata de actos jurídicos supranacionales, tampoco cuando se fundamentan en Derecho comunitario europeo, ni cuando afectan a relaciones jurídicas en otros Estados miembros." (2003: p. 397).

126 El Código europeo de medicamentos de uso humano prevé que los Estados sólo podrán oponerse cuando concurra "un riesgo potencial grave para la salud pública". Esto es, se otorga un valor cualificado al informe del Estado de referencia.

marcha de unos trámites con la finalidad de consensuar posiciones, donde es habitual que intervengan órganos de coordinación[127]. Si aún así no se alcanza un acuerdo, el expediente se somete al "arbitraje" de la Comisión, con la participación de la Agencia. Pero la decisión de la Comisión no produce efectos jurídicos directos frente a la solicitud, sino que obliga a los Estados miembros afectados a conceder o revocar la autorización o a introducir en las mismas las modificaciones que sean necesarias[128].

- Decisión centralizada en las instituciones de la Unión. En estos supuestos, cada vez más frecuentes[129], la competencia para resolver la solicitud se residencia en la Comisión, que contará para ello con el asesoramiento científico de las Agencias – EFSA o EMA – y en cuyo procedimiento también participarán los Estados a través de los Comités correspondientes (comitología). Se trata de un supuesto de ejecución directa del Derecho de la Unión y, a diferencia de lo que ocurría en los anteriores, se está ante un acto jurídico de la Unión Europea que produce efectos jurídicos en todos los Estados miembros[130]. Fruto de esa

127 Por ej., el grupo de coordinación del art. 27 CCMUH.

128 Art. 34.3 CCMUH. Resulta curioso que puede darse el caso de que la empresa farmacéutica tuviera una autorización de comercialización en un Estado miembro y que al intentar comercializarlo en otros Estados, incluso acabe perdiendo esa autorización inicial porque el Estado deba revocarla. Además, cabe plantearse la posibilidad de recurso frente a la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE; y la existencia de otros hipotéticos recursos judiciales frente a las decisiones nacionales en los distintos Estados miembros.

129 Por ej., la autorización de alimentos OMG regulada en el Reglamento 1829/2003; la autorización de comercialización de medicamentos sometidos al procedimiento centralizado (el Reglamento (CE) nº 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, enumera una serie de categorías de medicamentos que somete a este procedimiento, pero además el art. 3.2 del mencionado Reglamento recoge una serie de circunstancias que en caso de concurrir permiten que el medicamento se someta a este procedimiento si así lo solicita el interesado); o la autorización de comercialización de un Nuevo Alimento en la Unión y la autorización simplificada de comercialización de un Nuevo Alimento que tenga la consideración de alimento tradicional de un tercer país reguladas en el Reglamento (UE) nº 2015/2283.

130 En esta línea, el art. 7.5 del Reglamento 1829/2003 (Alimentos OMG) dispone que "La autorización concedida conforme al procedimiento establecido en el presente Reglamento será válida en toda la Comunidad…". No obstante, dada la especial sensibilidad que precisamente esta materia de los OMG despierta, la Comisión ha realizado una propuesta de Reglamento a fin de permitir que los Estados miembros adopten decisiones nacionales por las que se restrinja

caprichosa diversidad en la regulación armonizada de los procedimientos administrativos es que, a pesar de que la resolución corresponda a la Comisión, las solicitudes en unos casos deben presentarse ante las autoridades nacionales[131] y en otros ante las Agencias europeas[132].

E) Las actuaciones en manos de las instituciones de la Unión -las que se han analizado en este apartado y también las que se expondrán en los siguientes- ha originado el surgimiento de un aparato organizativo que no sólo consiste en la creación de las dos mencionadas Agencias (EFSA y EMA) – que, como se ha expuesto, no sólo asumen funciones de asesoramiento científico, sino también, en ocasiones, de pura gestión administrativa[133] – y los órganos de la comitología, sino también en otros numerosos y diversos instrumentos, como por ej., la creación de Registros administrativos, redes de comunicación o información, bases de datos... Todo ello sometido a un disperso y variado Derecho Administrativo Europeo.

4. Otras influencias del Derecho transnacional: autocontrol y reconocimiento de controles efectuados por instancias internacionales

De forma congruente a la potenciación de la responsabilidad y participación de los operadores económicos en la reglamentación de

o prohíba el uso de OMG en alimentos o piensos, una vez que han sido autorizados a nivel de la UE (medidas de exclusión voluntaria). Los Estados miembros deberán justificar que sus medidas de exclusión voluntaria son compatibles con el Derecho de la UE y los principios de proporcionalidad y no discriminación entre productos nacionales y no nacionales. Sin embargo, no están autorizados a utilizar justificaciones que entren en conflicto con la evaluación de los riesgos para la salud humana y animal y el medio ambiente llevada a cabo por la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) [Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1829/2003 en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el uso de alimentos y piensos modificados genéticamente en su territorio. COM(2015) 177 final, de 22 de abril. 2015/0093 (COD)].

131 Por ej., en la autorización de alimentos modificados genéticamente -Reglamento 1829/2003-. En estos supuestos es habitual que las autoridades nacionales deban colaborar con las autoridades europeas y realizar una previa verificación de los requisitos formales de la solicitud e incluso en algún caso se prevé que sean las interlocutoras con el solicitante.

132 Por ej., en la autorización centralizada de medicamentos -Reglamento 726/2004-.

133 Además, la creación de estas Agencias ha desplegado otro efecto más sútil en las organizaciones administrativas estatales que ha sido la imitación del modelo en los Estados miembros.

la actividad a la que antes nos referimos, la legislación de la Unión también prevé mecanismos que tienen una íntima conexión con los procedimientos administrativos de control previo, surgiendo algunos de ellos casi como una alternativa menos restrictiva a la libertad de empresa. Se trata de instrumentos que responden al fenómeno de la autocertificación[134]. En esta línea, la normativa sobre materiales en contacto con los alimentos regula las declaraciones de conformidad de los operadores como requisito para la puesta en el mercado[135]. Con otro planteamiento, aunque también próximo a este fenómeno del autocontrol, en otras ocasiones, incluso se prevé que personal del propio sujeto sobre el que se realiza la actividad administrativa de control previo pueda colaborar en la misma[136].

Conectado con el instituto de la certificación, aunque ahora por tercera parte, el Derecho de la Unión también otorga valor jurídico, en ocasiones, a ciertas actuaciones de control realizadas por otras organizaciones internacionales. Por ej., al hilo de la regulación del expediente normalizado de autorización de comercialización de un medicamente, el Código Comunitario de Medicamentos para Uso Humano prevé lo siguiente:

"En caso de que el principio activo y/o material de partida, materia prima o los excipientes sean objeto de una monografía de la Farmacopea Europea, el solicitante podrá hacer referencia a un certificado de idoneidad, que, cuando haya sido expedido por la Dirección Europea para la Calidad del Medicamento (EDQM), se presentará en el apartado que corresponda del presente Módulo. Se considerará que dichos certificados de idoneidad de la monografía de la

134 Sobre la autocertificación, vid. IZQUIERDO CARRASCO (2000: pp.316-ss).

135 Vid. art. 16 Reglamento (CE) nº 1935/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre los materiales y objetos destinados a entrar en contacto con alimentos, y unas de sus concreciones en el art. 15 del Reglamento (UE) nº 10/2011 de la Comisión, de 14 de enero de 2011, sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos.

136 El art. 5.6.a) del Reglamento 854/2004 (control oficial alimentos origen animal) prevé que "Los Estados miembros podrán permitir que miembros del personal del matadero presten asistencia en los controles oficiales mediante la realización de determinadas funciones específicas en relación con la producción de carne de aves de corral y lagomorfos, bajo la supervisión del veterinario oficial…".

Farmacopea europea sustituyen los datos pertinentes de los apartados correspondientes descritos en este módulo."

VII. La influencia del derecho de la unión en los controles administrativos sobe las actividades y en el mercado

No basta con tener infinidad de normas donde se establezcan los deberes de toda índole a los que están sometidos los sujetos que realizan actividades con trascendencia para garantizar la salud y seguridad en el ámbito alimentario y farmacéutico; tampoco es suficiente con someter, en su caso, esas actividades a una serie de controles de carácter previo a su puesta en marcha; para garantizar de manera efectiva y real esa salud y seguridad es necesario que las Administraciones públicas desarrollen una intensa labor de control y supervisión sobre la marcha de esas actividades y los propios alimentos y medicamentos puestos en el mercado[137]. Además, ese control se hace especialmente necesario en ámbitos donde, como se ha expuesto, se apuesta por los sistemas de autocontrol y la responsabilidad del propio operador económico.

La ejecución de estos controles corresponde a las autoridades estatales[138], aunque el marco normativo al que se someten está muy

137 El art. 2 del Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos, define la "Vigilancia del mercado" como todas aquellas "actividades llevadas a cabo y medidas tomadas por las autoridades públicas para velar por que los productos cumplan los requisitos legales establecidos por la legislación comunitaria de armonización pertinente o no entrañen un riesgo para la salud y la seguridad o para otros asuntos relacionados con la protección del interés público". Como puede observarse, la noción va más allá de lo que son actividades administrativas de control en sentido estricto, para incluir también otras actuaciones, como la adopción de medidas de retirada del mercado de un producto inseguro. El art. 15.4 de ese Reglamento excluye expresamente a los alimentos, pero, en cuanto a los medicamentos, el considerando 5º sostiene su aplicación supletoria.

138 Singular es el supuesto previsto en el art. 111.1 sexies CCMUH, que establece que "Con el fin de verificar que los datos presentados a efectos de la obtención de un certificado de conformidad con las monografías de la Farmacopea europea, el órgano de normalización de las nomenclaturas y normas de calidad en el sentido del Convenio sobre la elaboración de una Farmacopea europea (Dirección Europea de Calidad del Medicamento y Asistencia Sanitaria) podrá dirigirse a la Comisión o a la Agencia para solicitar una inspección de estas características si la materia prima de que se trate es objeto de una monografía de la Farmacopea europea."

mediatizado por el Derecho de la Unión. Debe recordarse que el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías pivota sobre la mutua confianza entre los Estados miembros. Con ese presupuesto, se entiende que sea necesario que la legislación de la Unión también armonice esta actividad de control. Esa armonización se extiende sobre numerosos aspectos:

- Mandatos genéricos a los Estados miembros de disponer de los medios humanos y materiales suficientes para poder llevar a cabo esas actividades de control de manera adecuada.
- La tipología y manifestaciones de esa actividad de control: controles in situ, presencia permanente en establecimientos (por ej., el veterinario oficial en los mataderos), análisis de información y documentación,…
- Delimitación del ámbito[139], objeto, la forma[140], tiempo, tipología[141] y otras consideraciones con arreglo a los que se deben realizar dichos controles[142] o deben formalizarse sus

A nuestro juicio, no estamos aquí ante una actividad de vigilancia de mercado de las que nos ocupan ahora, sino que esa inspección a la que se refiere el precepto y que se solicita a las autoridades de la Unión se inserta en un procedimiento de control previo -de los que nos ocupamos más atrás-, como es ese certificado de conformidad con las monografías de la Farmacopea europea; aunque ciertamente el precepto está en el Título XI relativo a "Vigilancia y Sanciones".

139 El art. 3.3 del Reglamento 882/2004 (control oficial alimentos) establece que "Los controles oficiales se llevarán a cabo en cualquiera de las fases de la producción, la transformación y la distribución de los piensos o alimentos y de los animales y productos de origen animal. Incluirán controles de las empresas alimentarias y de piensos, del uso de piensos y alimentos, del almacenamiento de piensos y alimentos, de cualquier proceso, material, sustancia, actividad u operación, incluido el transporte, aplicados a piensos o alimentos y de animales vivos, requeridos para alcanzar los objetivos del presente Reglamento."

140 El art. 3.2 del Reglamento 882/2004 (control oficial alimentos) establece que "los controles oficiales se efectuarán sin previo aviso, salvo en casos tales como las auditorías, en las que será necesaria la notificación del explotador de la empresa alimentaria o de piensos." Menos contundente es la legislación farmacéutica: "…mediante inspecciones, *en su caso*, sin previo aviso…" (la cursiva es nuestra) (art. 111 CCMUH).

141 Por ej., el artículo 107 *quinquies* CCMUH establece que "Las autoridades nacionales competentes evaluarán los informes periódicos actualizados en materia de seguridad para determinar si existen riesgos nuevos o cambios en los riesgos existentes o si hay modificaciones de la relación beneficio-riesgo de los medicamentos." A partir de ahí, prevé, según los casos, un procedimiento de carácter horizontal entre las autoridades nacionales con una autoridad de referencia o un procedimiento centralizado.

142 Numerosas previsiones con este contenido se pueden encontrar en los Reglamentos sobre

resultados[143].

- Establecimiento de una formación mínima o titulación por parte de los sujetos que realizan esos controles[144].
- Mandato a los Estados miembros para que introduzcan en sus respectivos ordenamientos los cambios que sean necesarios con el objetivo de garantizar que el personal responsable de dichos controles esté investido de determinadas potestades[145].

control oficial de alimentos y control oficial de alimentos de origen animal (por ej., la regulación de las inspecciones *ante mortem* y *post morten* que debe realizar el veterinario oficial; el art. 43 Reglamento 882/2004 (Control oficial alimentos) dispone que "Los planes nacionales de control plurianuales… tendrán en cuenta las directrices que elaborará la Comisión", que fijarán las prioridades; los procedimientos de control más eficaces; las fases de los procesos de producción, transformación y distribución de alimentos y piensos, incluida la utilización de los piensos, que proporcionarán la información más fiable; etc.).

En la misma línea esta última previsión, el artículo 111 bis CCMUH dispone: "La Comisión adoptará directrices detalladas que establezcan los principios aplicables a las inspecciones mencionadas en el artículo 111".

143 El art. 111.3 CCMUH establece lo siguiente: "Al término de cada una de las inspecciones a que se refiere el apartado 1, la autoridad competente redactará un informe sobre el cumplimiento por la entidad inspeccionada de los principios y directrices de prácticas correctas de fabricación y de prácticas correctas de distribución mencionadas en los artículos 47 y 84, si procede, o sobre si el titular de una autorización de comercialización cumple los requisitos establecidos en el título IX.

La autoridad competente que haya realizado la inspección comunicará el contenido de estos informes a la entidad inspeccionada.

Antes de adoptar el informe, la autoridad competente dará a la entidad inspeccionada correspondiente la oportunidad de presentar comentarios".

144 Por ej., el art. 5 Reglamento 854/2004 (Control alimentos origen animal) dispone que "El *veterinario oficial* efectuará las tareas de inspección de los mataderos, establecimientos de manipulación de caza y salas de despiece que comercialicen carne fresca…" (la cursiva es nuestra). O el art. 6 del Reglamento 882/2004 que dirige un mandato a los Estados Miembros de que "La autoridad competente garantizará que todo su personal encargado de efectuar los controles oficiales: a) recibe la formación adecuada a su ámbito de actuación que le capacite para cumplir su función de manera competente y efectuar los controles oficiales de manera coherente. Esta formación abarcará, según proceda, los ámbitos (temáticos) considerados en el capítulo I del anexo II;…".

145 Por ej., el Art.111.1 *octies* CCMUH establece que "Las inspecciones serán efectuadas por agentes de la autoridad competente que deberán estar facultados para:

a) inspeccionar los establecimientos de fabricación o de comercialización de los fabricantes de medicamentos, principios activos o excipientes, así como los laboratorios encargados por el titular de la autorización de fabricación de efectuar controles, en virtud del artículo 20;

b) tomar muestras incluso con vistas a un análisis independiente en un laboratorio oficial de control de medicamentos o en un laboratorio designado al efecto por un Estado miembro;

c) examinar todos los documentos relacionados con el objeto de las inspecciones, a reserva de las disposiciones vigentes en los Estados miembros el 21 de mayo de 1975, que limitan esta

- La utilización de entidades privadas colaboradoras en las tareas de control, con sus requisitos y funciones[146].
- Deberes de información a las autoridades de la Unión, bien de oficio o a requerimiento de tales autoridades: de los medios humanos y materiales que se poseen para realizar estos controles; de las autoridades responsables; de los controles que se realizan y sus resultados[147]; de la detección de incumplimientos[148]…

Finalmente, incluso se prevé que las autoridades de la Unión realicen auditorías sobre los sistemas estatales de control con visitas *in situ*. Así, el art. 45 Reglamento 882/2004 (control oficial alimentos) prevé que "Expertos de la Comisión efectuarán auditorías generales y específicas en los Estados miembros. La Comisión podrá designar expertos de los Estados miembros para asistir a sus propios expertos. Se organizarán auditorías generales y específicas en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros. Las auditorías se efectuarán de forma periódica. Su principal finalidad será verificar que el conjunto de los controles oficiales que se efectúan en los Estados miembros sea acorde con los planes nacionales de control plurianuales contemplados en el artículo 41 y cumpla la legislación comunitaria."[149] Por su parte, el

facultad en lo relativo a la descripción del modo de fabricación;

d) inspeccionar las instalaciones, archivos, documentos y el fichero principal del sistema de farmacovigilancia del titular de una autorización de comercialización o de cualquier empresa encargada por el titular de la autorización de comercialización de realizar las actividades descritas en el título IX." En relación con este precepto, vid. el art. 122. Una previsión similar se contiene en el Reglamento sobre Control oficial de alimentos.

146 Por ej., art. 5 Reglamento 882/2004 (Control oficial alimentos).

147 Por ej, art. 44 Reglamento 882/2004, que regula los informes anuales que cada Estado Miembro debe remitir a la Comisión con el resultado de los controles y auditorías efectuadas en el ámbito alimentario; o el art. 111.1 CCMUH, relativo a la información sobre las inspecciones planificadas y las realizadas.

148 Por ej., el art. 111.8 CCMUH establece que "Si la inspección… llega a la conclusión de que el titular de la autorización de comercialización no ha respetado el sistema de farmacovigilancia descrito en el archivo maestro del sistema de farmacovigilancia ni lo dispuesto en el título IX,… el Estado miembro afectado deberá informar a los demás Estados miembros, a la Agencia y a la Comisión".

149 Con este presupuesto, el art. 22 Ley Seguridad Alimentaria y Nutrición, con el título "Coordinación de los controles comunitarios", regula diversas cuestiones conexas como la comunicación por parte de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas del calendario del programa de control anual de la Comisión o el seguimiento de las recomendaciones que la Comisión Europea efectúa a raíz de dichos controles. Los

Código comunitario de medicamentos para uso humano no establece una figura similar y lo que dispone es que los Estados miembros llevarán a cabo una auditoría regular de su sistema de farmacovigilancia e informarán de sus resultados a la Comisión (art. 101.2).

Por otro lado, debe recordarse que entre los deberes que la legislación impone a los sujetos que intervienen en el ámbito alimentario y farmacéutico hay muchos que suponen instrumentos de autocontrol, que cumplen un papel auxiliar y complementario del control oficial: por ej., el art. 5 del Reglamento de Higiene Alimentaria impone a los operadores de empresas alimentarias la creación, aplicación y mantenimiento de procedimientos basados en los principios del Análisis de Peligros y Puntos de Control Crítico (APPCC) que, entre otras cosas, conlleva el deber de "establecer y aplicar procedimientos de vigilancia efectivos en los puntos de control crítico"[150]; el art. 104 CCMUH impone al titular de una autorización de comercialización la implantación de un sistema de farmacovigilancia; los estudios de seguridad postautorización que desarrolle el titular de la autorización de comercialización de forma voluntaria u obligatoria (Art. 107 *septdecies* CCMUH); el art. 14, titulado "autoinspecciones", de la Directiva

informes de estas auditorías pueden consultarse en http://ec.europa.eu/food/audits-analysis/audit_reports/index.cfm.

A diferencia de otros supuestos internos de auditoría sobre el funcionamiento de las Administraciones públicas, generalmente tendentes a la autocomplacencia, es habitual que estas auditorías pongan de manifiesto deficiencias, incluso graves, en el sistema de control oficial de alimentos. A este respecto, vid., por ej., el Informe final de una auditoría efectuada en España del 26 de enero de 2015 al 6 de febrero de 2015 con objeto de: evaluar el funcionamiento de los controles oficiales relativos a la trazabilidad de la carne después del sacrificio, de los productos de la carne y las preparaciones a base de carne y de los productos compuestos [DG(SANTE) 2015-7370 – MR] donde en las conclusiones generales se afirma "los controles llevados a cabo por las autoridades competentes no incluían controles sistemáticos sobre trazabilidad cuantitativa (cantidades de carne, productos derivados de la carne y otros ingredientes, recibidas, utilizadas, expedidas y en existencia). El control de la utilización de los aditivos, las enzimas y los aromas era deficiente y no se prestó suficiente atención a los lotes reelaborados. Si bien en los controles rutinarios realizados por las autoridades competentes se observaron algunos incumplimientos en cuanto a la trazabilidad, el etiquetado y el uso de aditivos, hubo una serie de deficiencias sistémicas más graves que no se detectaron." Y en otras partes del informe se pueden leer otras afirmaciones como que la formación del personal encargado del control oficial en alguna Comunidad Autónoma era insuficiente (p. 8).

150 En el art. 1 de la misma norma se destaca que de esta manera se pretende reforzar la responsabilidad – esto es, autorresponsabilidad – de los operadores de empresa alimentaria.

2003/94/CE de la Comisión (prácticas correctas de fabricación de los medicamentos), que impone a los fabricantes efectuar autoinspecciones repetidas que formarán parte del sistema de garantía de la calidad para el control de la aplicación y el respeto de las prácticas correctas de fabricación; el art. 9 Reglamento alimentos OMG (plan de seguimiento postcomercialización); etc.

VIII. La influencia del derecho de la unión en las medidas administrativas de reacción ante situaciones de riesgo inaceptable para la salud o seguridad

Como se ha dicho más arriba, las Constituciones políticas atribuyen a los Estados claros mandatos de actuación para la protección de la salud pública y protección de los consumidores. En este sentido, los Estados Miembros de la Unión Europea siempre se han reservado la potestad de adoptar medidas de reacción (tales como la retirada de un alimento o medicamento del mercado, o la suspensión de su comercialización) ante de indicios de la existencia de un riesgo inaceptable para la salud pública o la seguridad. En estas medidas confluyen dos circunstancias que justifican que también haya sido objeto de una armonización por parte de la legislación de la Unión[151]:

- En primer lugar, supondrán habitualmente un obstáculo a la libre circulación de mercancías. No tendría sentido que se hubieran armonizado las condiciones sustantivas de alimentos y medicamentos y actividades vinculadas; los instrumentos de control administrativo previo; el control sobre las actividades y en el mercado; y que, sin embargo, la adopción de este tipo de medidas quedara en manos de los Estados sin ningún tipo de armonización o control.
- En segundo lugar, la necesidad de colaboración entre los Estados para alcanzar los objetivos de protección a la salud y la seguridad. Sería inadmisible que siendo las autoridades de un Estado conocedoras de una serie de indicios que pudieran

151 Nos centraremos en este aspecto, aunque también podrían entrar en juego algunas de las exigencias previstas en los Tratados de la OMC.

suponer la existencia de un riesgo inadmisible en un alimento o medicamento -y que justifican a la adopción de una de estas medidas en su territorio-, las mismas no comunicaran dicha información inmediatamente al resto de autoridades para que estas pudieran ofrecer la correspondiente protección a su población; o que las distintas autoridades estatales, en un mercado globalizado, no se prestaran el auxilio y la ayuda mutua necesaria; o que las actuaciones fueran contradictorias. Además, en virtud de compromisos internacionales, ese deber va más allá de la propia estructura de la Unión[152].

Con estos fundamentos, la legislación de la Unión, tanto en el ámbito alimentario como en el farmacéutico, armoniza las medidas de este tipo que pueden adoptar los Estados y las propias instituciones de la Unión[153]. A este respecto:

- Se establecen mecanismos de intercambio rápido de información, coordinados por las autoridades europeas, sobre los alimentos o medicamentos que generen estos riesgos y las medidas que algún Estado haya podido adoptar. Son las conocidas como redes de alerta, existentes tanto para alimentos como para medicamentos. Estas redes plantean relevantes cuestiones jurídicas tales como la responsabilidad administrativa derivada de su funcionamiento, tanto la exigible a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros[154], o el alcance de la función de coordinación que

152 Por ej., el art. 123.3 CCMUH establece que "los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que se comunique sin demora a la Organización Mundial de la Salud una adecuada información relativa a las acciones emprendidas de conformidad con los apartados 1 y 2 que pudieren afectar a la protección de la salud pública en países terceros, remitiendo una copia de ello a la Agencia."

153 Vid., en particular, los arts. 107 *decies* y ss. CCMUH; y los arts. 53-ss. del Reglamento de Seguridad Alimentaria. Y otras normas que desarrollan estas previsiones: por ej., el Reglamento (UE) n ° 16/2011 de la Comisión, de 10 de enero de 2011 , por el que se establecen medidas de ejecución del Sistema de Alerta Rápida para los Productos Alimenticios y los Alimentos para Animales.

154 La Sentencia del TPI de 10 de marzo de 2004, as. T-177/02, declaró que el control de la Comisión en la Red de alerta Alimentaria (RASFF) consiste en verificar si la información remitida por un Estado miembro está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Red,

tiene asignada la Comisión[155].

- Se delimitan los presupuestos de hecho y se tipifican, de manera abierta, las medidas más congruentes y proporcionadas a los mismos.
- Como regla general, se establecen procedimientos de carácter horizontal entre los Estados miembros para intentar consensuar el contenido de estas medidas. En caso de que esto no ocurra, se somete al arbitraje de la Comisión.
- En casos excepcionales, la competencia para la adopción de la medida se atribuye directamente a la Comisión, a través de los procedimientos de comitología.
- Se establecen una serie de garantías formales. Entre las más destacadas y usuales: la audiencia previa, si es posible; la información de las vías de recurso, incluidas las judiciales; y la necesidad de motivación y su fundamentación científica.

sin que deban comprobarse las constataciones y la exactitud del análisis que hayan realizado las autoridades estatales, pues son estas las responsables de ello. En la misma línea, la Sentencia del TPI de 29 de octubre de 2009, as. T212/06, Bowland Dairy Products Ltd v. Comisión, afirma: "Ciertamente, no se puede excluir que, incluso en un ámbito que está incluido en la competencia de las autoridades nacional (las notificaciones previstas en el artículo 50, apartado 3, del Reglamento nº 178/2002), la Comisión pueda expresar su opinión, que, sin embargo, carece de efectos jurídicos y no vincula a estas autoridades (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1980, Sucrimex y Westzucker/Comisión, 133/79, Rec. p. 1299, apartado 16, y auto del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 1989, Italia/Comisión, 151/88, Rec. p. 1255, apartado 22; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de enero de 2002, Van Parys y Pacific Fruit Company/Comisión, T160/98, Rec. p. II233, apartado 65). Por consiguiente, son inadmisibles las pretensiones de indemnización basadas en el hecho de que la Comisión expresó tal opinión (auto del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2006, Lademporiki y Parousis & Sia/Comisión, T92/06, no publicado en la Recopilación, apartado 26; véase igualmente, en este sentido, la sentencia Sucrimex y Westzucker/Comisión, antes citada, apartados 22 y 25)".

155 Aunque como se acaba de exponer en la nota anterior, la función de la Comisión es el control formal de las notificaciones, CHINCHILLA PEINADO pone de manifiesto que "la prevalencia política y científica que ostenta la Comisión, sobre la base del asesoramiento de EFSA, determina que no se exterioricen tales comunicaciones contradictorias, sino que de facto se reconozca a la Comisión la facultad de rechazar la transmisión de notificaciones también por cuestiones materiales cuando considere que las mismas no resultan consistentes (la información es insuficiente o no existe un riesgo real), o de retirar notificaciones ya realizadas si comprueba que las imputaciones de riesgo no son ciertas" (2015: p. 168).

IX. La influencia del derecho de la unión en el régimen sancionador

En cuanto al régimen sancionador aplicable a las infracciones por parte de los operadores económicos de la legislación alimentaria y farmacéutica que tiene su origen en el Derecho de la Unión, la situación es la siguiente:

a) En algún supuesto muy minoritario, el legislador de la Unión ha establecido su propio régimen sancionador. Esto es, las competencias sancionadoras se han atribuido a la Comisión y la tipificación de infracciones y sanciones, y la regulación del procedimiento sancionador, se encuentra en legislación de la Unión. Se trata de supuestos en los que la ejecución de la legislación sustantiva, de la que el régimen sancionador no es más que un instrumento de respaldo, también está centralizada. No obstante, debe advertirse que no siempre que esa ejecución corresponde a las autoridades de la Unión la misma se acompaña de un régimen sancionador en manos de la Comisión.

Ello ocurre fundamentalmente en el ámbito farmacéutico. Una buena muestra, se encuentra en el Reglamento (CE) nº 658/2007 de la Comisión, de 14 de junio de 2007, relativo a las sanciones financieras por incumplimiento de determinadas obligaciones en el marco de las autorizaciones de comercialización concedidas en virtud del Reglamento (CE) nº 726/2004[156].

156 En la misma línea, el art. 49.3 del Reglamento (CE) nº 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre medicamentos para uso pediátrico, después de dirigir un mandato a los Estados miembros de que establezcan sanciones para las infracciones de sus prescripciones, añade lo siguiente: "A petición de la Agencia, la Comisión podrá imponer sanciones financieras en caso de incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento, o de las medidas de aplicación adoptadas en virtud de éste, por lo que se refiere a los medicamentos autorizados según el procedimiento previsto por el Reglamento (CE) nº 726/2004. Las medidas destinadas a modificar los elementos no esenciales del presente Reglamento, y a completarlo, relativas a los importes máximos así como a las condiciones y modalidades de cobro de estas sanciones, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control previsto en el artículo 51, apartado 2." . Con esta base, vid. el Reglamento (CE) no 658/2007 de la Comisión, de 14 de junio de 2007, relativo a las sanciones financieras en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones fijadas en el marco de las autorizaciones de comercialización concedidas con arreglo al Reglamento (CE) no 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Dada la trascendencia que tiene en estos supuestos, debe advertirse que el Tribunal de Justicia de la UE no ha reconocido la exigencia del principio de reserva de ley en materia sancionadora (sí el de taxatividad) en el ordenamiento de la Unión[157].

b) No obstante, la regla general es que tanto la regulación del régimen sancionador como su ejercicio está en manos de los Estados miembros. A este respecto y dado el objeto de nuestro estudio, debe advertirse de que incluso podría ocurrir que en un Estado miembro ese régimen se insertara dentro del Derecho Penal y no del Derecho Administrativo Sancionador, pues ello dependerá de cada sistema constitucional y de lo que dispongan los legisladores nacionales.

En este supuesto, las distintas Directivas y Reglamentos reguladores de los más diversos aspectos en el ámbito alimentario o farmacéutico contienen un mandato a los Estados miembros que suele ser del siguiente tenor:

"Los Estados miembros regularán asimismo las medidas y las sanciones aplicables a las infracciones de la legislación alimentaria y de la legislación relativa a los piensos. Esas medidas y sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias" [158].

c) Una situación intermedia es la dibujada en el Código Comunitario de medicamentos para uso humano que, incluso partiendo de la fórmula habitual antes transcrita, avanza mucho más en el acotamiento de esa potestad que se atribuye a los Estados miembros para delimitar el marco sancionador. Lo hace por tres vías:

- En primer lugar, el art. 118 bis, tras reproducir la fórmula habitual antes transcrita, añade: "Estas sanciones no serán inferiores a las

157 Al respecto, vid. BUENO ARMIJO (2012: pp. 542-545).

158 Art. 17.2 del Reglamento de Seguridad Alimentaria. El alcance general con el que se expresa este precepto, que se refiere sin mayor precisión a la legislación alimentaria, explica que algunos Reglamentos específicos no incluyan mención alguna al respecto (por ej., el Reglamento Higiene, el Reglamento de alimentos destinados a lactantes y regímenes especiales o el Reglamento de criterios microbiológicos). Sí la contiene, por ej., el art. 29 del nuevo Reglamento sobre Nuevos alimentos.

aplicables a las infracciones de la legislación nacional de naturaleza e importancia similares." Esto es, la libertad que se otorga a los Estados miembros se acota algo más. No basta que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias, sino que también deben ser equivalentes a las previstas en supuestos próximos.

- En segundo lugar, el mismo precepto, aunque no tipifica, sí delimita en términos generales las conductas antijurídicas que deben ser objeto de tipificación. En esta línea, establece lo siguiente:

"2. Las normas a que se refiere el apartado 1 (las sancionadoras que establezca cada Estado) cubrirán, entre otros, los aspectos siguientes:

a) la fabricación, distribución, intermediación, importación y exportación de medicamentos falsificados, así como la venta a distancia al público de medicamentos falsificados mediante servicios de la sociedad de la información;
b) el incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en materia de fabricación, distribución, importación y exportación de principios activos;
c) el incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en materia de excipientes."

- Y finalmente incluso se establece un criterio orientador para la determinación de la sanción proporcionada: "Si procede, las sanciones tendrán en cuenta el riesgo que representa para la salud pública la falsificación de medicamentos."

X. Bibliografía

AA.VV. (2011). *Derecho Administrativo Global: organización, procedimiento, control judicial*, PONCE SOLÉ (coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid.

AA.VV. (2012). *Nutrición, salud y alimentos funcionales*, UNED.

ALLÍ ARANGUREN, J. C. (2004). *Derecho administrativo y globalización,* Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra-

Civitas, Madrid.
ALONSO GARCÍA, R (2001). "El soft law comunitario", Revista de Administración Pública, nº 154.
ALVAREZ GARCÍA, Vicente (1999). *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano (1982). *Productos alimentarios. Regulación jurídico-pública*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid.
BALLBÉ, Manuel (2007). "El futuro del Derecho Administrativo en la globalización", Revista de Administración Pública, nº 174.
BAÑARES VILELLA, Silvia (2006). *Los alimentos funcionales y las alegaciones alimentarias: una aproximación jurídica*, Atelier, Barcelona.
BARNES VÁZQUEZ, Javier (2016). "Nota introductoria", en *KINGSBURY, Benedict* y *STEWART*, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Global Law Press, Sevilla.
BASSOLS COMA (1987). "La ordenación farmacéutica en el Derecho comunitario europeo", Revista de Estudios e Investigación de las Comunidades Europeas, nº 1.
BOCANEGRA SIERRA y GARCÍA LUENGO (2008). "Los actos administrativos transnacionales", RAP nº 177.
BOMBILLAR SÁENZ, Francisco (2010). *Intervención administrativa y régimen del medicamento en la Unión Europea*, Universidad de Granada, Granada.
BUENO ARMIJO, Antonio (2012). "La potestad sancionadora del Banco Central Europeo y el respeto al principio de legalidad sancionadora", en *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, REBOLLO PUIG (dir.), Iustel, Madrid.
CANALS I AMETLLER, Dolors (2003). *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación,* Comares, Granada.
CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (2008). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado*, Trotta Editorial, Madrid.
CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2000). *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial,* Marcial Pons, Madrid.
CASSESE, Sabino (2006). *La globalización jurídica*, INAP, Madrid.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2015). "Las redes administrativas de la seguridad alimentaria en el derecho de la Unión Europea: procedimientos y estructuras", en *Estudios jurídicos sobre seguridad alimentaria*, MENENDEZ REXACH (dir.), Marcial Pons, Madrid.

COLAS, B. (1990). "Accords économiques internationales. Répertoire des accord et des institutions", La Documentation Française, Paris.

CÔTÉ, Charles-Emmanuel (2007). *La participation des personnes privées au réglement des différends internationaux* économiques*: l`élargissement du droit de portes plainte á l'OMC*, Editions Yvon Elais, Bruylant, Bruxelles.

DARNACULLETA GARDELLA, M. Mercè (2005). *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.

- (2016). "El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?", Revista de Administración Pública, nº 199.

DÍAZ PERALTA, Pedro (2016). *Régimen jurídico de las plantas medicinales. Medicamentos, complementos alimenticios y otros productos frontera*, Editorial Reus, Madrid.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel (2009). *El r*égimen jurídico de la *farmacovigilancia*, Civitas, Navarra.

ESTEVE PARDO, José (1999). *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona.

- (2002). *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor.

- (2003 a). "Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión", Documentación Administrativa, nº 265-266.

- (2003 b). "De la policía administrativa a la gestión de riesgos", REDA, nº 119.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2004). *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 12 ª ed.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2004) "Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación", *Revista de Administración Pública,* nº 164.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2008). "La sentencia Comisión/ Alemania, de 15 de noviembre de 2007: el TJCE precisa los límites entre las definiciones de alimento y medicamento", *GJUE*, nº 1.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000). *La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico administrativo y protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid.

- (2011). "Protección de la salud y seguridad", en *La defensa de los consumidores y usuarios*, REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO (dir.), Iustel, Madrid.
- (2012). "La Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición: de cómo el afán de innovar y crear pretendidos nuevos derechos nubla al legislador", Revista General de Derecho Administrativo, nº 30.

LOSADA MANOSALVAS, Samuel (2001). *La gestión de la seguridad alimentaria*, Ariel, Barcelona.

LUPIEN, J. R. (2002). "Implications for food regulations of novel food: safety and labeling". *Asia Pacific Journal of Clinical Nutrition, 11 (S6).*

MEILÁN GIL, José Luis (2013). *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Sevilla.

MENDES, Joana (2011). *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, Oxford Scholarship Online, Oxford University Press.

MERKL, Adolf (2004). *Teoría general del Derecho Administrativo*, Comares, Granada (no consta traducción ni edición original).

MIR PUIGPELAT, Oriol (2004). *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo,* Civitas, Madrid.

MONCADA LORENZO, A. (1959). "Significado y técnica jurídica de la policía administrativa", RAP, nº 28.

NIETO GARRIDO, Eva, y MARTÍN DELGADO, Isaac (2010). *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen (2006). *El comercio internacional de medicamentos*, Dykinson, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón (2017). *Derecho Administrativo II. Régimen jurídico de la actividad administrativa*, Ediciones Académicas, Madrid, 1ª ed.

PARDO LEAL, J. (2008). "La jurisprudencia *del Tribunal* de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a las definiciones de *medicamento* y *complemento alimenticio*". Revista de Derecho Alimentario, nº 38.

REBOLLO PUIG, Manuel (1989). Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, MAP, Madrid.

- (2017). "Actividad administrativa de limitación", en *Derecho Administrativo*, Tomo III: modos y medios de la actividad administrativa, LÓPEZ BENÍTEZ e IZQUIERDO CARRASCO (coord.), Tecnos, Madrid.

REBOLLO PUIG, Manuel e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (1998). *Manual de la Inspección de Consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Ministerio de Sanidad y Consumo/Instituto Nacional del Consumo, Madrid.

- (2003). "El principio de precaución y la defensa de los consumidores", Documentación Administrativa, nº 265-266.

RECUERDA GIRELA, M. A. (2006). *Seguridad Alimentaria y nuevos alimentos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

- (2010). "Derecho farmacéutico vs Derecho Alimentario en la regulación de productos frontera", en *El acceso al medicamento: retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, BARRANCO VELA y BOMBILLAR SÁENZ (coord.), Editorial Comares, Granada.

- (2011). "Introducción al Derecho Alimentario", en *Tratado de Derecho Alimentario*, RECUERDA GIRELA (dir.), Thomson Reuter, Cizur Menor, Navarra.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca y PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan (2015). "La seguridad alimentaria en el ordenamiento jurídico europeo e interno español. Evolución, regulación y perspectivas ante la PAC 2014-2020", en *Estudios jurídicos sobre seguridad alimentaria*, MENÉNDEZ REXACH (dir.), Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2007). *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO (2008). *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid.

SARRATO MARTÍNEZ, Luis (2015). *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, La Ley, Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción*

sistemática, Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, (de la edición en alemán de 1998).

TARRÉS VIVES, Marc (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico,* Tirant lo Blanch, Valencia.

TAVARES DA SILVA, Suzana (2010). *Direito Administrativo Europeu*, Universidad de Coimbra, Coimbra.

VIDA FERNÁNDEZ, José (2015). *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, Tirant lo Blanch, Valencia.

AS ACTIVIDADES DE RISCO OU DE PERIGO, EM ESPECIAL, O REGIME JURÍDICO DOS MEDICAMENTOS E DOS ALIMENTOS [1]

Suzana Tavares da Silva
Professora de la Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra
Investigadora do Instituto Jurídico

Antes de adentrar no tema das *"actividades de risco ou de perigo"* impõem-se algumas referências ao enquadramento geral do tema das jornadas: o *direito administrativo transnacional*.

O conceito de *direito transnacional não constitui uma novidade. Jessup já* utilizava esta expressão na década de 50' do século passado para designar os regimes jurídicos cujos efeitos se produziam para além das fronteiras estaduais ou que regulavam actos ou efeitos normativos que transcendiam as jurisdições nacionais, mas que, no seu entender, não deviam reconduzir-se ao conceito de direito internacional, por não se tratar especificamente de relações entre Estados ou sujeitos do direito internacional, mas sim de relações entre indivíduos, pessoas jurídicas, colectividades ou grupos e até entre organizações de Estados[2].

1 O texto corresponde ao registo escrito da comunicação apresentada no XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo, que teve lugar nos dias 25 e 26 de Novembro, na Universidade Lusíada de Lisboa, dedicado ao tema: *O Direito Administrativo transnacional (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e as suas implicações no Direito Administrativo de Espanha e de Portugal*.

2 Cf. Philip JESSUP, Transnational Law, Yale University Press, 1956.

Podemos dizer que, inicialmente, a expressão *direito transnacional* surge associada ao problema da aplicação pelas jurisdições nacionais de normas extra-estaduais às quais se reconhece valor normativo, deixando de ser consideradas, como era usual, como meros "factos", ou seja, que o direito transnacional surge em estreita ligação com os problemas do "direito internacional privado". Porém, o *direito transnacional* acaba por se distinguir deste na medida em que não se limita a um direito da escolha do ordenamento jurídico aplicável a factos com conexões com diferentes ordenamentos jurídicos, antes correspondendo à designação dada a regimes jurídicos nacionais com eficácia extraterritorial, ou regimes jurídicos instituídos por entidades intergovernamentais ou supraestaduais aos quais se reconhece eficácia directa nos ordenamentos jurídicos estaduais.

Na verdade, o *direito europeu* acabaria por "banalizar" entre nós o *direito transnacional*, ao instituir diversas regras de produção de efeitos transnacionais nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros dentro do espaço da União, por força da *generalização do princípio do mútuo reconhecimento*. Importa lembrar que estes regimes jurídicos sectoriais, baseados no mútuo reconhecimento de efeitos, foram, no início, muito contestados. Referimo-nos, entre outros, à Directiva Bolkestein (proposta inicial da directiva sobre serviços no mercado interno - Directiva 2006/123/CE), ao regime jurídico de libertação deliberada no ambiente de OGM (Directiva n.º 2001/18/CE) e ao transporte europeu de resíduos, para citar apenas alguns dos exemplos que suscitaram maior polémica.

Em termos gerais podemos dizer que o *direito transnacional* é fruto de uma evolução na compreensão do direito como produção normativa estadual, que radica, essencialmente, na passagem do paradigma do direito estadual e da dicotomia entre direito estadual e direito internacional para um modelo de *pluralismo normativo*[3], onde, como já dissemos, a União Europeia e o direito europeu assumem um lugar de destaque, pelo desenvolvimento e maturidade do modelo[4].

3 V. Nico KRISCH, Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law, Oxford University Press, 2010.

4 Sobre diversas questões ligadas ao tema v. Miguel POIARES MADURO, Kaarlo TUORI, Suvi

Ora, foi precisamente a *europeização dos regimes jurídicos* dos medicamentos e dos alimentos que levou a uma regulação transnacional destes sectores, a qual acarreta alguns problemas novos, como iremos ver, embora o ponto central da nossa análise acabe depois por não incidir directamente sobre os regimes jurídicos europeus e nacionais e sim nas novas dinâmicas desreguladas da *governance* global – em especial em matéria de alimentos – que ameaçam, já não o direito de produção estadual, mas sim o próprio direito como produção de normas jurídicas por entidades publicas dotadas de legitimação democrática directa ou indirecta.

Na sua maioria, quer os *medicamentos*, quer os *alimentos são* ainda hoje regulados por diversas estruturas e entidades supraestaduais, cuja legitimação normativa tem base estadual. Referimo-nos, *no caso dos medicamentos*, às orientações da Organização Mundial da Saúde, às avaliações da Agência Europeia de Medicamentos (EMA) e aos regulamentos e directivas europeias, todos com repercussão na actividade reguladora do INFARMED. Já no *caso dos alimentos,* destacamos a regulação por entidades supraestaduais que podemos igualmente considerar que gozam de uma legitimação de base estadual – onde se inclui a Organização Mundial do Comércio, a *Food and Agriculture Organization of the United Nations*, o *Codex Alimentarius* e os regulamentos e directivas europeias.

A novidade que nos preocupa e que pretendemos transmitir nesta breve comunicação é a *nova regulação* do mercado dos alimentos, onde vêm ganhando relevância os denominados *"sistemas de garantia extraestaduais de base privada"*, nos quais se incluem a GlobalGAP, a IFOAM – Organics International, Marine Stewardship Council e a Aquaculture Certification Council. Comecemos, no entanto, pelas realidades já conhecidas.

SANKARI, Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking, Cambridge University Press, 2014.

1. Questões já debatidas e questões novas em matéria de medicamentos

A regulação jurídica dos *medicamentos* tem sido abundantemente discutida na literatura nacional e estrangeira, razão pela qual nos limitamos a enunciar topicamente as questões.

Um primeiro problema que convoca a *regulação transnacional* é o regime jurídico da *autorização para introdução no mercado* (AIM) de medicamentos. À luz do regime jurídico vigente – que é, como dissemos, um *regime jurídico europeizado*, ou seja, cujas regras são maioritariamente determinadas pelo direito europeu – podemos distinguir quatro tipos principais de procedimentos:

i) o *procedimento centralizado*, que é gerido pela *European Medicines Agency* (EMA), e cujo acto final – a AIM – é um *acto administrativo europeu* (uma decisão da Comissão Europeia baseada no parecer emitido pelo Comité dos Medicamentos para Uso Humano da referida Agência), o que significa que produz efeitos em todos os Estados-membros[5];

ii) o *procedimento de reconhecimento mútuo*, no qual os pedidos são apresentados perante o INFARMED com vista ao *reconhecimento noutro Estado membro de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento concedida em Portugal* (quando Portugal é o Estado-membro de referência), bem como ao *reconhecimento em Portugal de uma autorização de introdução no mercado de um medicamento concedida noutro Estado membro*[6], sendo neste caso o acto administrativo nacional, embora com efeitos transnacionais;

iii) procedimento descentralizado, segundo o qual o pedido de AIM é apresentado perante o INFARMED quando ainda não existe qualquer AIM, embora exista a indicação de que

5 Cf. artigo 13.º do Regulamento n.º 726/2004 de 31 de Março e artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto (Estatuto do Medicamento), que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano.

6 Cf. artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 176/2006.

o mesmo pedido será apresentado perante as autoridades de outros Estados-membros, valendo o acto praticado pelo Estado-membro de referência como *decisão com efeito transnacional*, ou seja, vinculativa para os restantes Estados-membros, os quais se podem manifestar quanto ao seu conteúdo durante o procedimento[7];

iv) procedimento nacional, quando se pretende obter uma AIM apenas para colocação do medicamento em Portugal, caso em que o acto de autorização se reconduz a um típico e tradicional acto administrativo, que apenas produz efeitos no território nacional[8].

Os diferendos que surgem no âmbito dos procedimentos transnacionais – procedimento de reconhecimento mútuo e procedimento descentralizado – são dirimidos de acordo com as regras dos Regimes de Arbitragem, cabendo a decisão final ao Comité dos Medicamentos para Uso Humano da Agência (CHMP), integrado por representantes de todos os Estados-membros.

Podemos afirmar que nesta matéria já não existe novidade, pois o tema dos *actos administrativos com efeitos transnacionais* tem sido amplamente debatido e discutido pela literatura e as suas "falhas" tendem a ser supridas pelas Instituições Europeias através do aprofundamento da europeização dos regimes jurídicos, ou seja, substituindo o mecanismo do mútuo reconhecimento por procedimentos europeus que culminam com decisões da Comissão (actos administrativos europeus).

Talvez menos debatido e analisado no domínio dos medicamentos seja o *regime jurídico da farmacovigilância*. A *farmacovigilância* consiste, nas palavras do legislador, num sistema utilizado pelo titular de uma autorização de introdução no mercado e pelos Estados membros, que, para cumprir as obrigações que essa autorização pressupõe, promove o acompanhamento da segurança dos medicamentos autorizados e a

7 Cf. artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 176/2006.
8 Cf. artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 176/2006.

detecção de alterações na respectiva *relação benefício-risco*[9].

Em termos muito simplificados – como se impõe no âmbito da presente comunicação – podemos dizer que cada Estado-membro institui um Sistema Nacional de Farmacovigilância de Medicamentos para Uso Humano (entre nós este sistema está a cargo do INFARMED) e que estes sistemas interagem entre si para trocar informações nesta matéria e permitir a adopção de medidas rápidas que interferem com o mercado dos medicamentos e que podem mesmo afectar a eficácia ou até a validade do acto de autorização de introdução no mercado, seja qual for a sua fonte (europeia, estadual com eficácia transnacional ou meramente estadual). O sistema geral repousa sobre os sistemas nacionais de notificação electrónica de RAM (Reacções Adversas a Medicamentos) e a avaliação de sinais de segurança assenta, principalmente, sobre os seguintes instrumentos: informações espontâneas, informações de clínicos, estudos clínicos de segurança e informações obtidas nos estudos de eficácia pós-autorização.

Aos resultados obtidos a partir dos sistemas nacionais somam-se ainda os relatórios periódicos de segurança que reúnem a informação mundial sobre a segurança referente aos princípios activos.

Ora, uma vez mais, encontramos um esquema de *europeização*, uma vez que o PRAC (*Pharmacovigilance Risk Assessment Committee*) – que é um comité constituído por membros nomeados pelos Estados Membros da União Europeia, peritos nomeados pela Comissão Europeia e ainda por representantes de Profissionais de Saúde e de Associações de Doentes – tem o poder de *emitir recomendações* em matéria de avaliações

9 O conceito e o regime jurídico da farmacovigilância constam do já mencionado Decreto-Lei n.º 176/2006 (Estatuto do Medicamento), que, neste particular, transpõe para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2010/84/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 2010, que altera, no que diz respeito à farmacovigilância, a Directiva n.º 2001/83/CE, que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano e a Directiva n.º 2012/26/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, que altera a Directiva 2001/83/CE no que diz respeito à farmacovigilância. O regime jurídico da farmacovigilância consta ainda do Regulamento (EU), n.º 1235/2010, de 15 de Dezembro (com as alterações entretanto introduzidas pelo Regulamento (EU), n.º 1027/2012, de 25 de Outubro), que altera, no que diz respeito à farmacovigilância dos medicamentos para uso humano, o Regulamento (CE) n.º 726/2004.

pós-autorização e de sistemas de gestão de riscos para monitorização da eficácia de fármacos, que estão na base de muitos *actos adoptados pelas autoridades nacionais ou pela Comissão Europeia*, entre os quais se incluem: ordens de suspensão e recolha de medicamentos, normas de prescrição e normas de segurança.

Neste caso não se trata de *actos administrativos com efeitos transnacionais*, mas sim de uma *instrução administrativa de um procedimento em rede*, ou seja, um procedimento que recebe *inputs* dos sistemas de todos os Estados-membros, do qual resulta ou pode resultar uma decisão onerosa (obrigação de adopção de medidas de monitorização mais rigorosas) ou prejudicial (ordem de suspensão ou recolha de medicamentos) para os interesses do titular de uma AIM, independentemente de a mesma ter resultado de um procedimento centralizado, descentralizado ou baseado no mútuo reconhecimento.

Esta é, claramente, uma questão menos estudada pela doutrina e que pode suscitar questões jurídicas novas e interessantes como a de saber se nestes procedimentos se aplica subsidiariamente a lei do procedimento administrativo do Estado-membro que oferece o *input* ou a possibilidade de um Estado-membro ou uma empresa afectada poderem ou não questionar a fiabilidade do Sistema do Estado do qual resultam os alertas de risco.

Um último ponto sobre o *direito dos medicamentos* prende-se com o problema da *análise fármaco-económica dos medicamentos* e os seus efeitos no contexto dos regimes jurídicos reguladores do direito à saúde (seja no âmbito da gestão dos sistemas nacionais de saúde – nos países onde eles existem –, seja no âmbito dos regimes de seguros, seja ainda no que respeita à determinação do montante das comparticipações, públicas ou de companhias de seguros, na aquisição de medicamentos).

Não constitui novidade o facto de o Formulário Nacional de Medicamentos[10], ao considerar as alternativas terapêuticas, definir as

10 O Formulário Nacional de Medicamentos é um documento elaborado pela Comissão Nacional de Farmácia e Terapêutica (comissão especializada do INFARMED criada pelo Despacho n.º 2061 -C/2013, de 1 de Fevereiro, cuja redacção foi entretanto actualizada por diversas vezes) e

condições de troca (*"switch"*) entre elas durante o curso do tratamento de cada doente – trata-se, neste caso, de uma *alteração de terapêutica por motivos clínicos*.

A novidade surge com a possibilidade de o INFARMED publicar *"recomendações de custo-efectividade"* dos medicamentos, onde apresenta soluções de *alteração de terapêutica por motivos económicos*. Sublinhe-se que na literatura especializada existe uma distinção clara entre a *análise custo-efectividade*, que se centra apenas na comparação entre custos de diversas alternativas para a obtenção de certos resultados (ou seja, *"estabelecimento de uma* ratio *entre os custos de um recurso e a sua efectividade em termos de terapêutica, comparada com recursos alternativos e os respectivos custos"*) e a *análise custo-benefício*, que se traduz numa relação entre os custos e os benefícios gerados por essa intervenção, envolvendo outro tipo de juízos, que abrangem factores como a qualidade de vida do doente ou a sua longevidade.

Neste caso a questão não se coloca (ainda) no plano da produção transnacional de efeitos jurídicos de actos administrativos, mas antes na conformidade jurídica deste tipo de recomendações com as orientações em matéria de investigação científica nesta área e com o modelo de financiamento dessa investigação. Com efeito, as *"recomendações de custo-efectividade"* dos medicamentos têm um impacto directo nas opções do SNS em matéria de terapêutica (foram instituídas com esse objectivo) e se, por um lado, são essenciais à boa gestão dos recursos financeiros afectos à saúde, por outro, o impacto que têm nas escolhas dos estabelecimentos de saúde no momento da aquisição de medicamentos pode acabar por afectar a investigação, na vertente do respectivo financiamento (em regra os medicamentos mais recentes são mais caros para suportar os custos da investigação), e até por distorcer a concorrência, ao consubstanciarem uma indicação para a aquisição de certos produtos em vez de outros.

A questão que deixamos em aberto é a de saber se estas recomendações podem ser *neutralizadas pela Agência Europeia* ou se, pelo contrário,

tem como principal objectivo garantir igualdade de acesso aos medicamentos a todos os utentes do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

podemos esperar que no futuro também elas venham a ser reguladas por um sistema europeu (procedimento em rede) equivalente ao da farmacovigilância.

2. Questões já debatidas e questões novas em matéria de alimentos

No caso do *direito dos alimentos* iremos igualmente distinguir entre as questões mais estudadas e os novos problemas que emergem neste sector.

Dentro dos temas mais estudados, a primeira referência é para a tensão constante entre a *governação global do mercado de alimentos* e a *segurança alimentar*. É bem verdade que existe consenso quanto à prevalência das questões da segurança alimentar relativamente ao princípio do livre comércio, mas o problema é encontrar consensos em relação aos *parâmetros de segurança que devem ser exigidos*.

Um dos casos mais emblemáticos nesta matéria foi o diferendo surgido na Organização Mundial do Comércio entre a União Europeia e os EUA a propósito do nível de hormonas na carne de vaca[11], que culminou com um acordo (memorando de entendimento) entre as partes sobre a regulação do uso das hormonas de crescimento por parte dos EUA. O outro exemplo igualmente representativo da importância desta temática é o caso dos limites máximos de resíduos de medicamentos veterinários nos alimentos de origem animal, decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia[12]. Segundo esta decisão, a limitação da admissão da administração de progesterona animal por via endovaginal não consubstanciava uma *limitação desproporcionada* no contexto do regime jurídico do processo comunitário para o estabelecimento de limites máximos de resíduos de medicamentos veterinários nos alimentos de origem animal (Regulamento (CEE) n.º 2377/90).

11 Cf. European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (DS26).

12 Cf. caso cp-Pharma, Proc. C-448/06.

As *"normas" do Codex Alimentarius* – normas alimentares, orientações e códigos de conduta internacionais e harmonizados, com o objectivo de proteger a saúde dos consumidores e garantir práticas leais no comércio de alimentos – procuram, a seu modo, auxiliar nesta tarefa de identificação de *standards regulatórios* para a ponderação entre o livre comércio e a segurança alimentar. Todavia deparamo-nos com algumas dificuldades em relação à regulação levada a cabo por este sistema intergovernamental, quer quanto à legitimidade, quer quanto à qualificação da actividade desenvolvida pela Comissão do Codex: devem os *standards* ser qualificados como *soft law*, normas técnicas ou como meros parâmetros de densificação científica e técnica de questões controvertidas? E podemos atribuir alguma eficácia a estes *standards* sem a sua recepção (ou antes da mesma) por normas jurídicas internacionais, nacionais ou europeias? A resposta parece ser negativa, não obstante o relevante papel que é reconhecido a esta entidade e à regulação por ela produzida nos planos internacional, europeu e nacional.

Já se centrarmos a nossa análise no *direito europeu,* veremos que, paradoxalmente, embora não se verifiquem problemas de legitimidade nem de autoridade quanto à aplicação das regras, regista-se, em contrapartida, um *elevado nível de incerteza e insegurança jurídica no contexto da hiper-regulação multinível do tema dos alimentos*, que procuraremos ilustrar com a referência a alguns exemplos.

Em primeiro lugar, ao entendimento que o Tribunal de Justiça da União Europeia firmou em matéria de *princípio da precaução na gestão de riscos em matéria de alimentos*. A questão do reconhecimento e dos efeitos normativos do *princípio da precaução já vem sendo debatida na doutrina há muito tempo e par*ece ter alcançado um *nível de efectividade* no direito europeu com a Comunicação da Comissão Europeia[13] e, posteriormente, com a *decisão Pfizer*[14]. No caso dos alimentos, este novo princípio europeu encontra consagração expressa no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 178/2002 e o Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que "decorre deste artigo que em casos específicos nos quais, na sequência de uma avaliação das informações

13 COM(2000) 1final.

14 Cf. Caso Pfizer, Proc. C-198/03.

disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adoptadas as medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de protecção da saúde por que se optou na União, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos"[15].

Porém, as medidas adoptadas ao abrigo do princípio da precaução podem e devem ser ponderadas à luz do *princípio da proporcionalidade*, o que "exige que os actos das instituições da União não ultrapassem os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objectivos legítimos prosseguidos pela regulamentação, sendo que, quando se proporcione uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva, e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos prosseguidos"[16].

Mas esta *metodologia de decisão nem sempre conduz a soluções expectáveis*, sobretudo quando afecta drasticamente o rendimento dos produtores, como sucedeu no caso da Decisão de Execução (UE) 2015/789 da Comissão, de 18 de Maio de 2015, relativa às medidas para impedir a introdução e a propagação na União da *Xylella fastidiosa*, que determinou o arranque de todas as plantas, incluindo daquelas que não apresentavam sinais de contaminação, mas que o Tribunal considerou ser uma medida proporcional à luz das exigências do princípio da precaução[17].

Em segundo lugar, registamos igualmente um elevado nível de incerteza no âmbito da aplicação do *regime jurídico da qualificação dos alimentos e do processo de controlo para a sua introdução no mercado*[18]. Referimo-nos, fundamentalmente, à qualificação dos novos alimentos e dos alimentos considerados substancialmente equivalentes a alimentos existentes. Veja-se o caso do milho geneticamente modificado, em

15 *Cf. Caso Queisser Pharma, Proc.* C-282/15, §54.

16 *Cf.* Caso Schaible, Proc. C-101/12, §29.

17 Cf. Caso Giovanni Pesce e o., Proc. C-78/16.

18 Cf. Regulamento (CE) n.º 258/97 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 1997, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 596/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Junho de 2009.

que o Tribunal de Justiça considerou que a circunstância de um alimento revelar um certo nível de resíduos de proteína transgénica não era suficiente para neutralizar a sua qualificação como alimento substancialmente equivalente. Esse facto, porém, em nada contendia com a circunstância de o Estado pretender impedir a comercialização daquele alimento com base no princípio da precaução, sempre que o mesmo realizasse uma avaliação dos riscos tão completa quanto possível, tendo em conta as circunstâncias especiais do caso, e dela resultasse que a aplicação das medidas de proibição da comercialização era necessária para garantir, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, primeiro travessão, do Regulamento n.º 258/97, que os novos alimentos não apresentavam perigo para o consumidor[19].

Outro exemplo da incerteza associada à aplicação do regime jurídico da qualificação dos alimentos e do processo de controlo para a sua introdução no mercado é o caso da comercialização do De Tox Forte (um produto alimentar que tem como único ingrediente a clinoptilolite, uma substância mineral de origem vulcânica), que foi qualificado pelos serviços alemães de segurança alimentar como «novo ingrediente alimentar» e, nessa medida, dependente de autorização para colocação no mercado, na medida em que não havia prova de um consumo significativo do mesmo na União antes de 15 de Maio de 1997[20]. O litígio colocava o problema de saber se um novo alimento para efeitos da legislação deve ser aquele que, na sua estrutura molecular primária específica, não tenha sido utilizado como alimento antes de 15 de Maio de 1997, ou se é antes necessário que este produto seja obtido através de um processo de fabrico que conduza a uma estrutura molecular primária nova ou intencionalmente alterada, ou seja, que se trate de uma substância que não exista anteriormente sob essa forma na natureza. O Tribunal adoptou o primeiro critério – basta que sejam produtos que não foram objecto de consumo humano no território da União Europeia antes de 15 de Maio de 1997 – o que suscita diversas questões (e incertezas) quanto à prova ou não do respectivo consumo.

19 Cf. Caso Monsanto, Proc. C-236/01.
20 Cf. Caso Davitas, Proc. C-448/14.

Em terceiro lugar, não podemos igualmente deixar de fazer alusão à medida em que os *regimes de valorização dos alimentos* – denominações de origem protegida (DOP), denominações de origem controlada (DOC) e indicação geográfica protegida (IGP)[21] – suscitam novas questões jurídicas relacionadas com os respectivos âmbitos de aplicação e protecção. Um dos últimos exemplos que podemos referir para ilustrar esta fonte de incerteza é o caso da proibição da bebida espirituosa de "Verlados", produzida na Finlândia, em razão da IGP francesa de "Calvados"[22]. O regime jurídico europeu proíbe "a utilização abusiva, imitação ou evocação, ainda que a verdadeira origem do produto seja indicada ou que a indicação geográfica seja traduzida ou acompanhada por termos como 'género', 'tipo', 'estilo', 'processo', 'aroma' ou quaisquer outros termos similares".

De acordo com o Tribunal de Justiça, a verificação da violação ou não daquela proibição tem de referir-se "à percepção de um consumidor médio normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, devendo este último conceito ser entendido como abrangendo um consumidor europeu e não apenas um consumidor do Estado-Membro onde é produzido o produto que dá origem à evocação da indicação geográfica protegida". Acrescenta ainda o tribunal que "para apreciar se a denominação «Verlados» constitui uma «evocação» da indicação geográfica protegida «Calvados», o órgão jurisdicional de reenvio deve tomar em consideração o parentesco fonético e visual entre essas denominações, e eventuais elementos que possam indicar que esse parentesco não é fruto de circunstâncias fortuitas, de maneira a verificar que o consumidor europeu médio, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, perante o nome de um produto, é levado a ter em mente, como imagem de referência, o produto que beneficia da indicação geográfica protegida". Ora, neste caso, a decisão considera que a mera terminação em "dos" e a utilização do mesmo número de sílabas, é, entre outros elementos, indiciadora de violação da denominação protegida. Critérios que, em nosso entender, estão igualmente distantes

21 Cf. Regulamento (UE) n.º 1151/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Novembro de 2012, relativo aos regimes de qualidade dos produtos agrícolas e dos géneros alimentícios.

22 *Cf. Caso Viiniverla Oy, Proc. C*-75/15.

de parâmetros que permitam aos produtores criar expectativas quanto ao sentido das proibições e ao conteúdo futuro das decisões de apreciação de validade das mesmas.

Por último, uma nota breve para registar que a *aplicação da metodologia Hazard Analysis and Critical Control Point – HACCP* (princípios da análise dos perigos e do controlo dos pontos críticos) é igualmente geradora de muitas fontes de incerteza.

Já em jeito de balanço sobre a *regulação institucional* – de base estadual, supra-estadual e com ou sem efeitos transnacionais – *em matéria de alimentos* cumpre mencionar que este é, como vimos, um domínio onde as respostas jurídicas *ex post facto*, sem eficácia adequada e com elevados custos "concorrem" com medidas preventivas e precaucionais *ex ante*, que, por vezes, se revelam excessivas ou demasiadamente "castradoras" das liberdades pessoais e económicas, o que obriga a um exercício rigoroso de *ponderação casuística*. A história recente mostra também que neste sector é patente a incapacidade de gerir riscos globais de forma solidária, o que resultou claro na recente experiência da denominada "crise dos pepinos", em que a Alemanha lançou uma suspeita sobre os produtos espanhóis, que depois se revelou totalmente infundada, mas que causou prejuízos financeiros elevadíssimos aos produtores espanhóis.

Uma última nota sobre a *regulação dos alimentos* para sublinhar os respectivos custos e as opções políticas quanto à respectiva repercussão jurídica e económico-financeira. Em Portugal o problema pode ser ilustrado a partir da referência a três casos concretos:

i) a *taxa SIRCA*[23], ou seja, a taxa instituída por ocasião da criação do sistema de recolha de cadáveres (SIRCA) de animais que morram na exploração como forma de combate à BSE ("doença das vacas loucas"), que começou por ser exigida aos proprietários dos animais, depois aos proprietários das instalações de abate,

23 Cf. A taxa SIRCA foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 244/2003, de 7 de Outubro, e posteriormente alterada pelo Decreto-Lei n.º 19/2011, de 7 de Fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 38/2012, de 16 de Fevereiro.

o que suscitou enorme contestação no plano nacional, e cujo problema só foi resolvido com a aprovação do recente Decreto-Lei n.º 33/2017, de 23 de Março, que volta a estabelecer que este encargo é do detentor dos animais;

ii) o *"´cartão de aplicador",* que integra o regime de distribuição, venda e aplicação de produtos fitossanitários, e cuja emissão em massa (uma vez que qualquer agricultor aplicador precisa de ser titular do mesmo) gerou um aumento exponencial de receita das entidades emissoras[24];

iii) a "Taxa de Segurança Alimentar Mais"[25], uma *contribuição financeira*[26] incidente sobre estabelecimentos de comércio alimentar de produtos de origem animal e vegetal, frescos ou congelados, transformados ou crus, a granel ou pré-embalados com uma área de venda igual ou superior a 2.000m^2, que se destina ao financiamento da garantia de segurança e qualidade alimentar daqueles produtos e que foi muito contestada pelos respectivos sujeitos passivos.

3. Questões da *nova regulação* em matéria de alimentos

Tal como sublinhámos no início, o que mais nos preocupa e que aqui queríamos destacar são, porém, as "respostas ajurídicas" que vêm sendo instituídas com base em *esquemas voluntários de auto-regulação, certificação e rotulagem – global food governance arrangements*.

Um primeiro problema que estes esquemas da *nova governance* suscitam prende-se com a *legitimidade* das soluções idealizadas e as garantias dos "regulados", ou, talvez melhor, a falta de garantias dos "regulados" ou potenciais regulados em decorrência do carácter voluntário e desregulado dos modelos. Por exemplo, quando as cadeias de supermercados aderem ao parâmetros do Global GAP[27], os produtores são obrigados a ajustarem-

24 Cf. Tabela II do Despacho n.º 11/DG/2012.

25 *Cf. Decreto-Lei n.º 119/2012, de 15 de Junho e Portaria 215/2012, de 17 de Julho.*

26 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 539/2015.

27 O Global GAP é um esquema de auto-regulação criado por supermercados britânicos que procura responder a preocupações dos consumidores em matéria de segurança alimentar, sustentabilidade ambiental e bem-estar animal – v. http://www.globalgap.org/uk_en/.

se a esses parâmetros e todos aqueles que o não consigam fazer passam a ficar excluídos destes canais de distribuições dos produtos, mesmo que a sua produção cumpra todos os parâmetros legalmente exigidos. Se um elevado números de estabelecimentos comerciais aderir a este programa, os produtores que não possam ou não consigam adaptar-se a estas regras ficaram excluídos de um vasto número de canais de venda dos respectivos produtos, produzidos de acordo com as regras legais em vigor, o que afecta a sua capacidade económica, para não referir sequer a sua liberdade de escolha do regime legal de produção agrícola. Serão estes regimes de auto-regulação compatíveis com os princípios que informam um Estado de Direito?

Um segundo problema que associamos a estes *esquemas de auto-regulação é o facto de eles se transmutarem – pelas razões que antes assinalámos – em instrumentos extra-estaduais de compliance* e concorrentes com os regimes legais de produção de alimentos. No fundo, o que questionamos é a admissibilidade legal de esquemas coactivos, mesmo que de adesão voluntária, baseados na conjugação de *standards mais elevados de protecção ambiental e de bem estar animal* com alegadas *preferências dos consumidores responsáveis* que podem conduzir à exclusão de certos produtores dos canais de distribuição de bens publicamente regulados.

Com efeito, existem *riscos* importantes associados a estes esquemas regulatórios como a exclusão dos pequenos produtores ou até a criação de corporações transnacionais com poderes que se sobrepõem aos poderes estaduais. Imaginemos que um país admite e regulamenta o cultivo e a produção de milho transgénico – como é o caso de Portugal –, mas que posteriormente a indústria transformadora e distribuidora se nega a adquirir e a comercializar estes produtos com fundamento na sua concentração exclusiva em produtos que sejam produzidos a partir de um modo de produção biológico e os pequenos produtores do milho transgénico, que não têm capacidade de exportação, ficam incapacitados de escoar a sua produção. É isto legítimo? Poder-se-á dizer que esta é uma nova forma de determinação do interesse público a partir de *inputs* sociais e de mercado? É isto compatível com os princípios do Estado democrático?

As perguntas que acabamos de formular têm todo o sentido se analisarmos a evolução normativa recente, da qual resulta patente uma tendencial juridicização destes *standards mais elevados de protecção ambiental e de bem estar animal* por efeito da sua incorporação nas normas de execução das políticas. Referimo-nos ao caso da Global GAP, cujos parâmetros terão influenciado a criação do regime jurídico da *produção integrada na agricultura*; e à actividade do IFOAM, que influenciou o sistema de subvenções da PAC através da determinação dos critérios para a limitação (quase proibição) do cultivo de OGM na Europa. Estaremos perante uma actividade *lobista*? E se assim é não deveria estar regulada?

Apesar da tendencial *força normativizadora* desta auto-regulação privada – que questionamos – o que se nos afigura, contudo, como maior ameaça é o grau de eficácia e efectividade que os mencionados esquemas de regulação privada conseguem alcançar quando comparados com os esquemas de regulação pública – veja-se *o caso Marine Stewardship Council.*

Em resposta à ineficácia das recomendações mundiais da FAO relativamente à sobreexploração dos recursos haliêuticos, a cadeia de distribuição alimentar UNILEVER associou-se à ONG *World Wide Fund for Nature* (WWF) e criaram o *Marine Stewardship Council*, que é uma organização internacional sem fins lucrativos, responsável pela emissão do certificado de "peixe capturado de forma sustentável", ou seja, que respeita o programa definido por esta entidade de promoção de pesca sustentável. Trata-se, pois, de um *esquema de rotulagem voluntária*, o que o torna, aparentemente, inócuo, na medida em que não é vinculativo nem coactivo, mas cujos resultados nos devem fazer reflectir. Em 2014, 237 empresas de pesca (as maiores e mais relevantes dos países da OCDE) já tinham aderido ao programa, o que significa que a sua eficácia supera o regime europeu de quotas de pesca.

Não estamos com isto a dizer que a *auto-regulação* é má, estamos apenas a querer destacar que a *sustentabilidade* tem diversas concretizações – ambiental, social e económico-financeira – e que por essa razão a determinação do interesse público a partir da regulação pública, baseada

e legitimada pelas formas tradicionais do princípio democrático, se nos afigura ainda como o melhor esquema de balanceamento entre todas estas dimensões da sustentabilidade. Os esquemas de auto-regulação que acabamos de referir são permeáveis a determinados interesses de forma não democrática ou mesmo a critérios que não obedecem àquela regra de balanceamento – quando for comer uma maçã pergunte-se não só se é um produto de qualidade por ter sido produzido com respeito pela natureza e pelo ambiente, mas também se é de qualidade por ter chegado até si respeitando regras justas de comercialização, que não afastaram do direito a um rendimento da produção agrícola os pequenos produtores!

CONCLUSÕES

Prof. Doutor António Cordeiro
Professora da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada
Co-Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Prefessores
de Direito Adminisrativo

Prof.ª Doutora Matilde carlón Ruiz
Profesora Titular de Derecho Administrativo
(acreditada al Cuerpo de Catedráticos) de la
Universidad Complutense de Madrid

O DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL (DIREITO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL, EUROPEU E GLOBAL) E AS SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO ADMINISTRATIVO DE ESPANHA E DE PORTUGAL: CONCLUSÕES

António Cordeiro
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada

Como logo introdutoriamente foi referido pelo Prof. Freitas do Amaral, os Colóquios Luso-Espanhóis de professores de Direito Administrativo têm sempre enfrentado temas desafiantes.

Também um tema difícil foi escolhido para este XII Colóquio, tão difícil quanto o é o fenómeno geral da globalização, aparentemente imparável e incontrolável.

Na perspectiva do direito administrativo, arrimado a uma base territorial de aplicação, inevitável era a repercussão da existência de novos espaços, a nível regional, salientando-se no caso dos dois países o espaço europeu, a nível internacional, e mesmo a nível mundial, interferindo com o espaço da soberania nacional.

Desse vertiginoso alargamento se falou na 1ª sessão, com o tema

genérico do impacto do direito administrativo transnacional nos direitos estaduais, nomeadamente nos direitos português e espanhol.

Pelo Prof. Ricardo Rivera Ortega foi desenhado o quadro de múltiplas interferências, partindo das fontes europeias, exemplificando com a relevância da Directiva Serviços, mas inventariando depois os muitos domínios em que o direito administrativo já é transnacional, lembrando quer o que se encontra em franca institucionalização, como no caso da O.M.C., quer, noutros exemplos, aquilo que se quereria já efectivamente implementado, desejando-se ainda maior regulação, como no que se refere aos acordos sobre as alterações climáticas e à protecção do meio ambiente – as questões em que afinal se joga a sobrevivência do planeta e da espécie.

Mas sublinhou-se também, o que é menos lembrado, a influência que direitos administrativos estaduais, como o espanhol e o português, poderão positivamente ter na definição de normas de âmbito regional, em espaços em que a influência cultural de um e outro país é susceptível de se exercer.

A mesma temática foi depois enquadrada de forma abrangente pelo Prof. Vasco Pereira da Silva, falando do direito administrativo "sem fronteiras", recordando de qualquer modo que o direito administrativo de cada país sempre espreitou para as soluções dos seus vizinhos, mas sublinhando a situação muito diferente a que se chegou com a mistura, a mescla, a "mestiçagem" dos direitos, direitos de diversos níveis, a aplicar por diversas Administrações. E sinalizou-se como tarefa essencial a de determinar o nível adequado para a disciplina de cada questão, sem reticências se, em alguns casos – também regidos pelo direito administrativo – forem entidades particulares chamadas a exercer poderes públicos.

As várias comunicações curtas no âmbito desta 1ª sessão permitiram outros apontamentos preciosos: o de que também houve consequências benéficas, como seja a da estabilização jurídica das disciplinas nacionais por força dos tratados, em especial no caso europeu (Prof. López-Muñiz), ou o de que, em domínios sectoriais, como seja o da aviação

civil, os níveis nacional, europeu e internacional se têm casado na perfeição (Prof. Nuno Albuquerque de Sousa), embora a sensação predominante seja a da transitoriedade das actuais soluções (Prof.ª Juliana Ferraz Coutinho).

E não deixou igualmente de ficar lembrado que, sem umas reforçadas Nações Unidas, não se conseguirá a "boa globalização" (Prof.ª Mercedes Ortiz Garcia).

Na 2ª sessão, considerou-se a problemática que envolve as novas directivas europeias sobre contratação pública, de 2014, quer quanto às suas regras inovadoras, quer quanto à situação dos dois países, em que a respectiva transposição continua por fazer.

Pelo Prof. Luis Miguez Macho e pelo Prof. Rui Medeiros, foram analisadas as relações entre as Directivas e o Acordo sobre contratação pública da O.M.C., assinalaram-se as principais novidades do regime comunitário e recordou-se que os direitos nacionais mantêm espaços de regulação própria que devem ser conexionados com essas novas regras.

Considerando o confronto entre os princípios da eficiência e celeridade, de um lado, e o princípio da concorrência, de outro, apontou-se como teste fundamental de uma correcta transposição o do tratamento que vier a ser dado ao procedimento de ajuste directo.

Mas sublinhou-se que, em qualquer caso, deve ser incrementada a transparência dos procedimentos, sendo essencial a monitorização da concreta aplicação dos regimes.

Na análise da Directiva 2014/24/UE foi ainda, em comunicação breve, focado o seu problemático posicionamento sobre a aparente insindicabilidade das opções administrativas de divisão em lotes para efeito de facilitar a participação das PME (Prof. Miguel Assis Raimundo).

A cooperação transfronteiriça – tema da 3ª sessão – revelou-se um tema com duplo enfoque.

O primeiro, até há pouco o único, remetia para as relações entre vizinhos, naturalmente se pensando no caso dos dois países ibéricos e nos convénios que foram regulando a cooperação entre as suas entidades infra-estaduais.

E parecia um domínio em que se estava quase "em casa", justamente entre casas de vizinhos – falou-se de um tema "simples e amável" (Prof. López Menudo).

Mas foi lembrado, pelo Prof. Sanz Rubiales, que também aí a União Europeia veio a interferir, criando em 2006 a figura do agrupamento europeu de cooperação territorial – por sinal não exigindo contiguidade territorial –, mas tendo tido até agora o seu principal domínio de actuação, no caso da península ibérica, nas regiões fronteiriças entre os dois países.

Num enfoque diverso, o Prof. Nuno Piçarra fez-nos atentar porém em que outras fronteiras passaram a existir: as fronteiras externas dos Estados-Membros e, aí, onde opera uma Agência Europeia, agora rebaptizada de Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira, foi-se de novo confrontado com problemas globais – todos os que advêm do dramático caso dos refugiados.

Mesmo neste domínio, continua contudo a ser possível a cooperação bilateral, que, no caso ibérico, como foi lembrado (Prof. José Fontes), tem efectivamente existido e se considera ser essencial incrementar.

Numa outra intervenção, do Prof. Sanz Larruga, foi ainda recortado um diferente domínio, exclusivamente bilateral, decorrente da óbvia continuidade ecológica, também objecto de convénios: relativamente a estes defendeu-se a necessidade de se passar da colaboração para a planificação conjunta, mais participada e descentralizada, domínio que justamente se diferencia do abrangido pelos convénios trans-fronteiriços por exigir antes uma cooperação entre os Estados, não tanto entre regiões.

Na 4ª sessão as comunicações do Prof. Manuel Izquierdo Carrasco e da Prof.ª Suzana Tavares da Silva sobre o impacto do direito

administrativo transnacional em duas particulares disciplinas jurídicas, as que tentam estabelecer o regime jurídico dos medicamentos e o regime jurídico dos alimentos, traduziram-se, permita-se a expressão, em verdadeiras comunicações *ad terrorem*. É que se revelou existir uma situação em que, além de coexistirem diversos níveis de regulamentação, se defrontam largas zonas em que mais se não dispõe do que de uma auto-regulação, face à qual os controles possíveis são limitados.

E esta limitação é de tal ordem que se aceitam como boas as iniciativas de entidades não públicas que concretizem formas de aferição dessas auto-disciplinas, não recuando perante a "autoridade científica" muitas vezes invocada como seu pressuposto. Mas, para os actores no âmbito do direito administrativo, tais iniciativas podem suscitar idênticos problemas quanto à verificação da fiabilidade científica dos resultados que apresentam.

A estimulante discussão propiciada pelas duas comunicações ilustrou impressivamente o caudal de núcleos problemáticos implicados nesses regime jurídicos, chamando diversos princípios jurídicos a terreiro: seja o princípio da subsidiariedade, sempre que é possível a escolha entre dois ou mais níveis de Administração; sejam os princípios da precaução ou da prevenção, quando por exemplo se pensa em novos medicamentos – cuja utilização, com risco embora, é em teoria defensável, encontrando-se a incerteza justamente no procedimento de controle das concretas decisões sobre a sua utilização –, ou quando por exemplo se defronta a controversa questão da produção e consumo de alimentos transgénicos.

Uma pergunta – formulada em intervenção da Prof.ª Maria da Glória Garcia – sintetizou o problema geral que as duas comunicações revelaram: que segurança nos consegue afinal dar o direito?

A conclusão talvez seja a de que, neste momento, os administrativistas não lhe sabem em larga medida responder, podendo porém do mesmo passo afirmar-se que lhes cabe continuar a usar as ferramentas de que dispõem para lograr diverso resultado – e confiando-se em que seja atingido.

Para tanto será igualmente necessário, como foi dito na mesma intervenção, "retomar o político" e assumir as tarefas que a construção de uma efectiva democracia impõe aos seus actores.

Uma última nota merece contudo ser destacada, esta da intervenção do Prof. López Ramón: a terrível sociedade de risco que enfrentamos não tem apenas esses grandes problemas, de difícil resolução: muitos pequenos dramas do dia a dia, muitas pequenas injustiças e arbitrariedades podem e devem continuar a ser objeto de atenção, e persistente intervenção, de todos os que, de uma ou outra forma, constroem o direito administrativo.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL (DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL, EUROPEO Y GLOBAL) Y SUS IMPLICACIONES EN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESPAÑA Y PORTUGAL: CONCLUSIONES

Matilde Carlón Ruiz
Profesora Titular de Derecho Administrativo
(acreditada al Cuerpo de Catedráticos)
de la Universidad Complutense de Madrid

Para intentar bosquejar una síntesis cabal de las complejas y muy interesantes cuestiones tratadas a lo largo de las sesiones que integraron el programa del XII Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo[1], parece oportuno empezar, simple y llanamente, por el principio. Es decir, partir del propio título del Coloquio: "El Derecho administrativo transnacional (Derecho Administrativo internacional, europeo y global) y sus implicaciones en el Derecho administrativo de España y Portugal".

Poner la atención en el que se ha venido en llamar "Derecho transnacional" supone enfrentarse a unos fenómenos de transformación de los ordenamientos jurídicos que, en su actual manifestación, están

1 Se ha procurado, deliberadamente, ser fiel a la intervención en el propio Coloquio. De ahí que no se incluyan, salvo excepciones, citas o referencias bibliográficas.

sometidos a tensiones respecto de su tradicional configuración en clave – casi – exclusivamente nacional. En la actualidad, responden más propiamente a una caracterización multinivel, donde no es único, sino múltiple, el origen de la producción normativa, estando los ordenamientos nacionales sometidos a condicionantes e influencias que operan desde instancias internacionales o vienen determinadas por organizaciones supranacionales, no necesariamente formalizadas como organismos internacionales. Se ha llegado así, durante las sesiones del Coloquio, a hablar de "Derecho mestizo" y a calificar, incluso, nuestros ordenamientos como una "*fondue* de queso gruyere". Las múltiples manifestaciones de estos fenómenos, que han quedado ilustradas en las sesiones, tanto en aspectos concretos como desde un punto de vista general, demuestran, en efecto, que nos encontramos ante un Derecho que en más de un aspecto, frente a la tradicional solidez de los ordenamientos nacionales, se presenta "líquido" – cuando no más propiamente "viscoso" –, lo que permite conectar las transformaciones que está experimentando el Derecho en los tiempos presentes con la caracterización que algunos de los teóricos más reputados de la globalización ha perfilado de las sociedades que nos toca vivir. De "modernidad líquida", habla precisamente Zygmunt Bauman[2].

Siendo evidentes tales fenómenos de transformación de los ordenamientos se hace imprescindible plantearse hasta qué punto los mismos afectan al Derecho administrativo nacional como tal. Tal reflexión obliga, de forma primaria, a una cierta labor de introspección para calibrar qué es lo que verdaderamente caracteriza al Derecho administrativo.

Una tal reflexión debe partir de un punto cero, de una apreciación preliminar. Y es que lo que viene caracterizándose como globalización, proyectada sobre el fenómeno jurídico, no deja de reconocerse como una intensificación de fenómenos de internacionalización ya conocidos. No en vano, el concepto de "Derecho administrativo internacional" fue ya acuñado por la doctrina alemana, encabezada por Von Stein, a principios del siglo XX para describir fenómenos en los que el Derecho administrativo superaba los esquemas nacionales toda vez

2 Vid. la más reciente Ceguera moral: la pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida, Paidós, 2015.

que las correspondientes realidades a regular habían adquirido cierta dimensión internacional.

Intensificando tales fenómenos, los profundos cambios tecnológicos experimentados en los últimos decenios han generado realidades que se sobreponen a las fronteras tradicionales. Y lo hacen de forma cada vez más acelerada. Esto se hace evidente en el ámbito de los transportes de personas y mercancías y, de forma indiscutible, en el ámbito de las telecomunicaciones, con su efecto instrumental respecto de cualesquiera ámbitos de la realidad. Si a ello se suman los avances científicos que han revelado realidades antes desconocidas, como las que se incardinan en la consideración misma, para su protección, del Medio Ambiente, podemos concluir que la realidad sobre la que opera actualmente el Derecho en general y el Derecho administrativo en particular es sustancialmente distinta a la que venían siendo su objeto tradicional. Una lectura en clave económica de los mencionados cambios implica asumir que resulta cada vez más difícil pensar en los mercados en su dimensión nacional, en un planteamiento en que las libertades económicas se imponen por encima de las fronteras. En clave jurídica, emergen nuevos retos que exigen una respuesta global: las migraciones, legales o ilegales, por definición, no pueden ser resueltas a escala nacional, en un contexto en el que los derechos fundamentales han sido, ellos mismos, aun con desfallecimientos y debilidades, objeto de un proceso de expansión a escala global, tal y como han sabido destacar tempranamente Casesse y Meilán.

Bajo estas nuevas coordenadas, ¿en qué términos se ha visto afectado el Derecho administrativo, decantado, tal y como lo conocemos en España y Portugal, en más de doscientos años de tradición? ¿Se ha transformado en su propia sustancia o los cambios que ha experimentado son más aparentes que sustanciales? Llevando la hipótesis al extremo, ¿sigue habiendo lugar, en este espacio multinivel, para un Derecho administrativo *nacional*?

La respuesta a estas preguntas requiere hacer una aproximación de principio sobre lo que podamos entender por Derecho administrativo. Y hacerlo desde los planteamientos más primarios, superando polémicas

dogmáticas para aprehender lo que está en la esencia misma de lo que podemos considerar como Derecho administrativo. Desde una tal aproximación, se puede afirmar que el Derecho Administrativo, en su construcción clásica sustentada en clave nacional, se apoya en la triada Estado-soberanía-territorio para manifestarse en una acción pública dirigida a la consecución de intereses generales a través de distintas formas de intervención que se reconducen, en todo caso, al ejercicio de potestades y prerrogativas por el que están sometidos a control y sujetos a responsabilidad. ¿Cuánto de tal concepción queda cuando el Derecho administrativo se ve sometido a los fenómenos de la globalización según han quedado descritos?

1. El Estado, con su atributo de soberanía, ¿queda *diluido* en el propio espacio global? No cabe duda de que los Estados han dejado de ser actores únicos en el espacio multinivel. Aparecen, junto a ellos, otros actores, algunos formalizados – la propia Unión Europea o los diferentes organismos internacionales –, otros no. Como se ha demostrado en las sesiones del Coloquio, los llamados – y difícilmente identificables – "mercados", las Organizaciones No Gubernamentales, distintos organismos de naturaleza privada – con las dificultades que ello supone, y que fueron puntualmente puestas de manifiesto –, como la ICANN, ISO o la IHC, surgen como actores, a veces protagonistas, en este nuevo escenario. Las relaciones de cooperación transfronteriza, tal y como se explicó certeramente, se articulan a través de formas peculiares que distorsionan los conceptos internos, como los "consorcios" o las Agencias europeas de cooperación, en las que los Estados han de estar presentes siquiera sea para autorizar los correspondientes convenios. Incluso, de forma más sutil, pero sin duda eficacísima, la expansión de determinadas fórmulas organizativas impuestas por el Derecho supranacional, particularmente europeo, logran sustituir la representación de los Estados miembros, como en el caso de las Administraciones independientes que, impuestas como fórmula organizativa por el Derecho europeo bajo exigencias crecientes de desvinculación del poder político, se integran a su vez en redes de reguladores que operan superponiéndose a la representación propiamente estatal[3].

3 Sobre el sentido y alcance de este fenómeno de expansión del modelo de Administración independiente, auspiciado particularmente como instrumento de las políticas liberalizadoras

La constatación de tales fenómenos, sin relativizar su importancia, no puede suponer negar que los Estados siguen cumpliendo un papel primario en el espacio global, a veces por sí mismos, a veces retranqueados en figuras que actúan como sus alter ego.

2. ¿Qué decir del elemento territorio? Partiendo de su elemento delimitador, las fronteras: ¿desaparecen en el nuevo orden globalizado? Hay evidencias de que en los tiempos que corren, y así lo hemos adelantado, las fronteras tienden a diluirse. Entre Estados por las razones tecnológicas y económicas más arriba apuntadas, lo que se pone de manifiesto en la ordenación de sectores concretos, como el comercio de alimentos y medicamentos, tan ilustrativamente descritos en el Coloquio. Y, particularmente dentro del ámbito europeo, máxime en el territorio Schengen, con cobertura jurídica expresa. Dicho lo cual, como varias de las ponencias y comunicaciones del Coloquio pusieron de manifiesto, en otro orden de consideraciones las fronteras permanecen, e incluso se refuerzan. Existen, sin duda, las fronteras extraeuropeas, que los fenómenos migratorios, tristemente, obligan a reforzar, como la explicación sobre el Programa Frontex II reveladoramente acreditó. Y siguen existiendo, también, las fronteras intraeuropeas, aunque a veces unan, más que separen, como en el caso de la frontera hispano-lusa, la Raya romana, que favorece las relaciones de vecindad a través de fórmulas organizativas *ad hoc* en las que los Estados participan como tales, como tan elocuentemente nos fue explicado, sea autorizando los acuerdos de cooperación transfronteriza, sea participando en las correspondientes Agrupaciones de Cooperación.

3. Bajo distintas formas organizativas, dentro o fuera de fronteras más o menos rígidas, resulta indudable que siguen siendo reconocibles múltiples intereses generales, algunos bien clásicos, para cuya consecución se ejercen prerrogativas y potestades públicas bien conocidas para el Derecho Administrativo.

para el ámbito de las llamadas "Autoridades Nacionales de Reglamentación", y que supera el tradicional principio de autonomía organizativa de los Estados, nos permitirnos remitir a nuestras reflexiones en "Las Administraciones independientes españolas a la luz del Derecho europeo", estudio publicado en el libro-homenaje al Prof. Dr. D. José Luis Martínez López-Muñiz.

En las sesiones del Coloquio hemos tenido ocasión de comprobar cómo, en relación con el régimen de los alimentos y los medicamentos, la necesidad de garantizar la salud pública, enfrentada a los riesgos que la producción en clave globalizada, está en la base de la intervención pública materializada en formas y técnicas largamente contrastadas: autorización, a veces bajo la fórmula de la homologación y la normalización; control, particularmente a través de la inspección y sanción, aunque en ocasiones se ejerzan por la Comisión Europea. Y ello sin perjuicio de la garantía de otros intereses públicos como la propiedad intelectual.

En el ámbito de la contratación pública, siendo ella misma instrumento para la consecución indirecta de múltiples finalidades públicas, se pone de manifiesto su virtualidad como medio para lograr, por sí misma, intereses generales cruciales, como la concurrencia y la eficiencia en el gasto público. Dimensión particularmente pronunciada en las reglas OMC de cuya incidencia en la propia normativa europea dio buena cuenta el ponente.

Y es que se hizo evidente, en uno y otro ámbitos materiales, que la ordenación de los mismos está hoy por hoy fuertemente condicionada en clave europea e internacional, tanto en la identificación y delimitación de los intereses generales en presencia, como en la fijación y activación de los instrumentos para su consecución. Ello no supone negar, sin embargo, su claro anclaje en clave estatal, lo que obliga a reflexionar sobre el alcance del elemento último, que en conexión con el ejercicio de potestades y prerrogativas, hace reconocible el núcleo duro del Derecho Administrativo: en definitiva, el sometimiento a control de su ejercicio y la exigencia de la consiguiente responsabilidad como garantía ineludible de la posición del ciudadano. Algo frente a lo que, con la referencia última del art. 103.1 CE –sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho- resulta insatisfactoria la mera exigencia de "accountability" que de forma extensiva parece querer suplir tales exigencias ante formas aparentemente "modernizadas" de actuación administrativa.

Así se puso de manifiesto en relación con la contratación pública, cuando se llegó a plantear, en el debate, si pudieran ser hábiles fórmulas

alternativas de resolución de conflictos alternativas a los recursos administrativos, lo que quedó descartado cuando hubiera ejercicio de prerrogativas públicas. Así se planteó también, ante pregunta del prof. Izquierdo en relación con la operativa del Frontex II, cuando oportunamente inquirió quién se haría responsable de los posibles daños derivados de sus actuaciones.

4. A la vista de todo lo cual, y a modo de conclusión personal a la vista de las muy ricas apreciaciones y reflexiones a las que dio lugar, en clave abstracta y concreta, el programa del Coloquio, puede afirmarse que no son pocos los cambios a los que está sometido el Derecho administrativo clásico tal y como lo hemos conocido, en España y Portugal, en su decantación de los últimos doscientos años. Pero también que en su lógica íntima y en sus puntos cardinales permanece. De ahí que para enfrentarse con cierta *seguridad* con los retos que plantea la nueva realidad multinivel, pueda resultar útil asumir, como perspectiva, el propio Derecho nacional, y analizarlo – ya de forma irrefutable – en clave del Derecho internacional y del Derecho europeo. Y ello en el bien entendido, respecto de este último, de que las instituciones europeas son por sí mismas actores en el escenario global. Lo que, dicho sea de paso, y como oportunamente apuntó el Prof. Martínez López-Muñiz en su comunicación, actúa como un factor de armonización y estabilidad para los ordenamientos de los Estados miembros que aporta un cierto grado de "solidez" en este escenario crecientemente "líquido" que nos ha tocado vivir. En este sentido, merece la pena destacar, aunque a veces parece olvidarse, que la posición de la Unión Europea se construye por los propios Estados miembros, que pueden determinar la posición de ese actor destacado en el escenario internacional. Y que la operación de transposición deja también no poco margen a los ordenamientos internos, aunque con frecuencia se desaprovecha. Sea como fuere, enfrentarse como Estado aislado al escenario "líquido" del mundo en que vivimos sería, seguramente, mucho más comprometido.

Bajo estas coordenadas, los retos a los que el Derecho administrativo se enfrenta están llenos de luces y sombras que, lejos de aproximaciones maximalistas, exigen abordar un análisis sutil y cuidadoso. Un análisis que pase por reivindicar, en todo caso, el papel crucial que el Derecho

administrativo ha de jugar en este maremágnum global, como Derecho de y para los intereses generales construido desde los Estados. Un Derecho sometido a control, que supere, en clave política, el déficit democrático al que abocan fórmulas de administración depositadas en estructuras globalizadas poco nítidas. Un Derecho que se concentre en la atención de las necesidades de los ciudadanos, de los vecinos, articulando soluciones que superen, cuando sea necesario, la existencia de fronteras. Para ello es imprescindible entablar mecanismos de comunicación – de diálogo, en definitiva – entre Estados, entre ordenamientos, de los que son ejemplo paradigmático los Coloquios hispano-luso que felizmente están por cumplir sus bodas de plata. Nuestra condición de universitarios, abocados por la etimología a lo universal, como bien nos recordó el Prof. Meilán en su discurso de investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad que nos acoge para el Coloquio, nos emplaza a ello.

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

Prof. Doutor Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores
de Direito Administrativo

Prof. Doutor Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis

Prof. Doutor José Luis Martínez López-Muñiz
Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito
da Universidade de Valladolid
Coordenador espanhol dos Colóquios Luso-Espanhóis

INTERVENÇÃO DO REITOR DA UNIVERSIDADE LUSÍADA

Na qualidade de Reitor da Universidade Lusíada, quero dirigir a todos os presentes umas breves palavras de despedida que servem desde logo para dar conta de que foi com enorme satisfação que esta Universidade aceitou e cumpriu o encargo de organizar, como universidade anfitriã, este XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo.

Tudo fizemos para que este colóquio estivesse ao nível das edições anteriores.

Espero termos conseguido realizar os objectivos que se associam a esta iniciativa, contribuindo para se dar mais um passo no sentido de um maior estreitamento de relações entre os professores de Direito Administrativo de Espanha e de Portugal. E espero também que todos os participantes possam ter tirado dela o máximo proveito científico .

Para isso concorreram os esforços de muitos e desde logo de todos os que tiveram um envolvimento mais directo nos trabalhos realizados neste dois dias de encontro, mediante intervenções que asseguraram a mais elevada qualidade deste evento científico. E devo uma palavra de especial gratidão ao Professor António Cordeiro, enquanto co-director deste nosso XII Colóquio, bem como a todos os demais colaboradores da Universidade por todo o seu empenho e dedicação.

A todos muito obrigado pelo valioso contributo dado.

Aproveito ainda esta oportunidade para lembrar que falta ainda cumprir um aspecto, que é o de promovermos a publicação das Actas deste Colóquio, sendo que tal é absolutamente fundamental para que fique deste evento um registo para memória futura e para que os resultados científicos aqui alcançados possam vir a ser partilhados a uma mais vasta escala. Para isso espero que todos os participantes que ainda não entregaram os textos das suas intervenções o possam fazer com alguma urgência.

Finalmente quero saudar a Universidade espanhola que vier a ser seleccionada para organizar o XIII Colóquio, estando certo de que irá ser um sucesso.

E a todos os Colegas que vieram de longe desejo um bom regresso.

Até breve...

Afonso d'Oliveira Martins
Reitor da Universidade Lusíada
Director do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo

INTERVENÇÃO DO COORDENADOR PORTUGUÊS DOS COLÓQUIOS LUSO-ESPANHOIS DE PROFESSORES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Apenas umas breves palavras no momento do encerramento deste Colóquio.

A primeira para nos regozijarmos todos com o elevado nível dos trabalhos levados a cabo ao longo destes dois dias. Parabéns aos Oradores pelas suas brilhantes exposições ou "ponencias" e aos participantes pelo elevado nível dos debates havidos. E uma palavra de agradecimento também aos Moderadores pela forma muito eficaz como conduziram os trabalhos. Agradeço de modo especial aos Oradores e Moderadores portugueses terem aceite o meu convite para abrilhantarem, com a sua participação ativa, este Colóquio.

Para este Colóquio, desde logo para a sua conceção, como já acontecera com os anteriores, contei com a empenhada colaboração científica do meu Colega e Amigo Professor José Luis Martinez Lopez-Muñiz, que aqui eu quero registar e agradecer. E, a nós os dois, foi, sem dúvida, muito útil o conselho dos dois Presidentes, os Professores José Luis Meilán Gile Diogo Freitas do Amaral.

Ficou provado que fomos felizes na escolha do tema para este Colóquio. O Direito Administrativo tem hoje três dimensões: a nacional, a internacional, e, mais recentemente, a global. Ficou aqui

demonstrado que os administrativistas não podem ignorar ou sequer subestimar hoje esta perspetiva do Direito Administrativo. Espero que as conclusões destes dois dias de trabalho tenham eco fora das paredes deste Auditório. Por isso, espero que seja possível a rápida publicação das Atas deste Colóquio.

É devida uma palavra de profundo agradecimento à Universidade Lusíada, e especialmente ao seu Reitor, o nosso Colega Professor Afonso D'Oliveira Martins, pela excelente organização deste Colóquio. Sou testemunha do grande empenho que ele pôs na realização e no sucesso do Colóquio. Muito obrigado, Professor Afonso d'Oliveira Martins, pela fidalga hospitalidade com que nos acolheu e pela muito eficiente organização dos trabalhos.

Nos termos da tradição cabe a uma Universidade espanhola organizar em 2018 o próximo Colóquio, o XIII Colóquio. O Professor Martinez Lopez-Muñiz dar-vos-á conta da escolha realizada.

Peço aos Oradores que respeitem os prazos que o Professor Afonso D'Oliveira Martins lhes fixar para o envio das exposições e "ponencias" para publicação.

Mais uma vez, muito obrigado a todos, boa viagem de regresso às vossas casas e até 2018 no XIII Colóquio.

Fausto de Quadros
Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Coordenador português dos Colóquios Luso-Espanhóis

INTERVENÇÃO DO COORDENADOR ESPANHOL DOS COLÓQUIOS LUSO-ESPANHOIS DE PROFESSORES DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Comienzo estas últimas palabras por donde casi han concluido las de mi colega y gran amigo Fausto de Quadros: expresando mi más sincero y profundo agradecimiento, en nombre propio y en el de todos los españoles que hemos participado en este Coloquio, por el eficaz esfuerzo organizativo desplegado por el profesor Alfonso d'Oliveira Martins y sus colaboradores para hacer posible este Coloquio, y por la muy amable acogida y tantos detalles con que nos ha obsequiado esta Universidad de la que él es Rector. Nos hemos encontrado muy bien. Estamos admirados por el buen hacer de esta aún joven Universidad. Todo ha estado perfectamente dispuesto. Mi única sombra de pesar es que, por diversas causas, no se haya beneficiado de todo esto un mayor número de profesores españoles, como, sin duda, lo merecía.

Expreso, sin alargarme en pormenores, mi gratitud a los Presidentes de estos Coloquios, profesores Freitas do Amaral – ruego se le transmita nuestro afectuoso saludo y el deseo de que lo que le ha impedido estar esta mañana con nosotros sea algo transitorio y sin consecuencias negativas – y Meilán Gil, al Coordinador portugués, Fausto de Quadros, y a todos los que han participado como ponentes y moderadores. Permítaseme agradecer en particular la presencia entre éstos del Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, profesor Fernando López Ramón, y también la de quien le precedió en el mismo cargo, profesor Francisco López Menudo. Hemos podido

disfrutar, como ya se ha dicho varias veces, de espléndidas ponencias, que podremos leer aún de modo completo y tenerlas a mano tras su próxima publicación. Gracias también a todos los participantes en el Coloquio. Sabemos bien que siempre comporta dificultades hacer hueco y poner el esfuerzo necesario para venir a compartir unos días de coloquio intenso, por interesantes que sean los temas y por atractiva que sea la ciudad de que se trate, pero cuantos lo hacen acreditan su aprecio por esta realidad, ya cuajada, tras este casi primer cuarto de siglo en que venimos llevando a cabo estos coloquios Luso-Españoles. Y tenemos la experiencia de salir enriquecidos intelectual y humanamente, contentos de estrechar vínculos con colegas de uno y otro país, convertidos en amigos. Gratísimo es, además, desde luego, poder volver, como en esta ocasión, a una ciudad tan atractiva como Lisboa, aunque la intensidad del Coloquio no deje mucho espacio para el esparcimiento por ella.

Me corresponde anunciar la seguridad de la continuidad de este magnífico proyecto, de esta empresa ya consolidada de cooperación y de amistad. Va a ser posible merced a la generosa disposición de los profesores Sanz Larruga, de la Universidad de A Coruña, y Míguez Macho, de la de Santiago de Compostela, que han aceptado el compromiso de organizar el XIII Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo en esa parte de España tan particularmente vinculada a Portugal, en la que aún no habíamos celebrado ninguno de nuestros Coloquios, que es Galicia, en las dos ciudades cercanas en que se encuentran sus respectivas Universidades. Pido que les expresemos nuestro agradecimiento con un aplauso.

Tras el cuarto de siglo transcurrido desde que los profesores López Rodó y Freitas do Amaral pusieran en marcha estos Coloquios, se hace evidente la necesidad de renovación. Algo que ya más que apuntaba en el Coloquio que estamos concluyendo, en el que una buena parte de sus ponentes pertenecen a la generación que ha de tomar el relevo de la que inició este Proyecto – en la parte española, el propio López Rodó, Garrido Falla, González Pérez, Tomás-Ramón Fernández, Entrena Cuesta y otros que también participaron en unos u otros Coloquios como Sebastián Martín-Retortillo o su hermano Lorenzo – y de la que hemos tratado de consolidarlo y darle continuidad en

los últimos años, pero ya estamos pasando a la situación de jubilados. Lo hecho en estos 24 años permitirá impulsos y desarrollos más ambiciosos, fundados en el conocimiento y amistad trabados entre colegas portugueses y españoles, con los nuevos bríos y las nuevas ideas de la generación que está tomando el testigo. Estamos lejos de lo que pudo ocurrir en el primer Coloquio, en Madrid, en 1992, en la sede del Instituto de España, en el viejo caserón de San Bernardo, sede primitiva de la Universidad "Central", tras su traslado desde Alcalá de Henares, cuando incluso me parece recordar que se instaló un equipo de traducción simultánea… Hoy nos conocemos y nos vinculan años de colaboración y amistad.

Gracias a todos y quedamos convocados a la vez por este empeño de renovación intensificadora de nuestra relación mutua, con la vista en 2018, en Galicia.

José Luis Martínez López-Muñiz
Profesor Catedrático Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid
Coordinador español de los Coloquios Hispano-Portugueses

ISBN 978-989-640-212-9

CEJEA
Centro de Estudos Jurídicos Económicos e Ambientais

FCT
Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projecto CEJEA - Ref.ª UID/DIR/04053/2016