

CAPÍTULO VII

A MODO DE RECAPITULACIÓN

La teoría U de Otto Scharmer (*Teoría U: Liderar desde el futuro a medida que emerge*, 2017), claramente vinculada al liderazgo institucional de transformaciones relevantes, pone en valor la idea de la calidad de los resultados como algo inherente al modelo de transformación social y que ha de servir para reforzar el talento. Los principios de esta teoría pueden servir para reflexionar sobre la gestión de pública en este nuevo contexto social y político, y la necesidad de una estrategia de liderazgo institucional a través de la misma. Y ello porque son claves de esta teoría los principios de descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar en el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigencias el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.

En un momento de superación de una larga crisis económica y, por desgracia, de desafección ciudadana y de excesiva polarización política, nos encontramos ante una ventana de oportunidad para reflexionar sobre el porqué y los cómo de la práctica de la gestión pública contractual, para poder discernir qué escenarios, dados por correctos bajo el principio de «siempre se ha hecho así», exigen una diferente valoración (lo que según la teoría U sería la «presenciación»), para que, desde una reflexión objetiva, puedan abrirse nuevas decisiones o formas de actuación o satisfacción del interés público.

En el siglo XXI la función del Derecho público, en su lucha por la buena administración¹, y de la contratación pública (cada vez más globalizada²),

¹ Por todos, J. PONCE SOLE, «La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

² A respecto es de especial interés las reflexiones contenidas en la obra colectiva dirigida por E. DÍAZ BRAVO y J.A. MORENO MOLINA, *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*,

vinculada en sus inicios al principio de libre competencia, debe reformularse como herramienta para implementar políticas públicas tan relevantes como la protección del medio ambiente (también la adecuada alineación con los objetivos de la Agenda 2030 de Naciones Unidas). La competencia, por tanto, debe analizarse desde esta perspectiva de vinculación del contrato a políticas públicas donde prevalece el valor y el resultado. Competencia que debe preservar (y nunca comprometer) la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos», que son también brújula ética del sector privado. La competencia, así, no es un fin en sí mismo, sino una herramienta al servicio de la transformación social mediante la contratación pública. Y otro tanto cabe predicar de la gestión presupuestaria que otra herramienta, y no un fin, de la decisión pública (donde interesa la eficaz utilización de los fondos asignados y no el mero ahorro de los mismos). Desde esta perspectiva debe interpretarse el principio de libre competencia, alejándose de la idea de priorizar el precio como elemento de decisión en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del «ahorro» sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración.

Y es que el principio de competencia, con ser importante, es instrumental, pues interesa, como primer objetivo, la mejor satisfacción del interés general, motivo por el que, como bien advierte la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, la finalidad última es conseguir una regulación eficiente³. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023), que regula como primer principio el de resultado⁴.

El contrato público se presenta, así, desde el adecuado equilibrio de calidad en la prestación (eficacia), eficiencia e integridad (que se vincula, insisto, al óptimo resultado) una herramienta principal, recordamos, para el derecho a la buena administración. Esto explica que la contratación pública -y su fundamento- haya cambiado de forma muy notable en los últimos años. De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas». Por ello, la contratación pública (que supone el 22 por 100 de los presupuestos públicos según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correc-

Tirant lo Blanch, 2020. Y en especial, como precursor y referente el trabajo de J. RODRÍGUEZ ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 201, pp. 29-54.

³ Sobre esta idea de regulación eficiente en la contratación pública puede consultarse el último Informe sobre medios propios y competencia: «Guía sobre encargos a medios propios y convenios», marzo de 2023 (<https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia-encargos-medios-propios-y-convenios>).

⁴ Vid. M. COZZIO y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Key, 2023.

ta articulación como actividad estratégica (lo que presupone, por supuesto, planificación)⁵.

Cualquier decisión política, y muy especialmente cuando se utiliza la contratación pública, debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, como se ha explicado, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)⁶. Lo que aconseja una revisión organizativa adaptada a este nuevo rol, donde la profesionalización y capacitación son elementos de gran trascendencia⁷. También en el sector privado, donde, además, convendría impulsar modelos tuvieran en cuenta la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)⁸.

El escenario derivado con la eficacia de los fondos NGEU (ensombrecido por la invasión rusa de Ucrania) se nos presenta como una oportunidad para repensar tanto la función pública de regulación (con especial muy improvisado y poco coherente con una visión a largo plazo, que ha generado inseguridad jurídica) como un modelo gestión que ha pivotado, en mi opinión, sobre elementos formales (y en ocasiones muy vertical) y que debería adaptarse unas nuevas necesidades que ponen el acento sobre todo en el resultado de las decisiones adoptadas, pues, desde una perspectiva jurídica, se constata (desde luego, conviene al menos) un fenómeno de migración de una cultura del procedimiento hacia una cultura administrativa que pivota sobre el proyecto.

Los fondos europeos nos plantean desafíos que exigen, como respuesta, la convicción para avanzar hacia una forma distinta de hacer gestión pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado en términos de valor), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato. Y, sobre

⁵ Vid. A. PALOMAR OLMEDA, R. TEROL GÓMEZ, y A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, *Situación y problemática actual de la contratación administrativa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

⁶ Por todos, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

⁷ Para cumplir la nueva función en la adopción de las decisiones públicas económicas resulta necesaria una moderna y eficaz política de profesionalización y capacitación en el sector público, que es mucho más que la suma de curso de divulgación o la rutina de gestión del día a día. Profesionalizar supone invertir en talento. Implica, por supuesto, capacitación a través de conocimiento actualizado tanto a nivel teórico como práctico, pero, sobre todo, una visión horizontal y no vertical de la toma de las decisiones.

⁸ Se evita, así, un dumping social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021.

todo, como hemos venido explicando desde hace tiempo, a una nueva cultura de la gestión pública que pivote sobre una leal colaboración a nivel público-público y público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del triple *win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración.

Lo que exige «cambiar el rumbo» tanto de la regulación como de la gestión (para superar la inercia del procedimiento y avanzar en la idea de proyectos) incorporando de forma decidida y cooperativa la tecnología⁹. Y, por supuesto, del modelo de control, funcional y no formal (y menos burocrático) que permita el adecuado equilibrio entre «eficacismo y neograntismo» (M. Vaquer Caballeria)¹⁰, sobre un modelo de control *on time* y no meramente reactivo¹¹.

En definitiva, los poderes públicos tienen, por vocación constitucional una evidente función de liderazgo de regulación e impulso de las actividades económicas, para lo que deben repensar en el actual contexto, una nueva arquitectura de la gestión pública que permita la articulación armónica de los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). Para ello, más allá de cambios normativos (sería deseable la «estabilidad» jurídica) conviene «re-educar» a los poderes públicos españoles para orientar su «fuerza de gestión» como impulso, y no como freno, en una nueva interpretación finalista y no meramente formal (en una mal entendida burocracia) donde toca tensar al máximo las costuras de nuestra gestión pública y del Derecho público, para ir más allá de la inercia y del mantra de siempre se ha hecho así. Por ello, en especial en ámbitos de prestaciones a las personas (como la salud) la referencia debe ser necesariamente el valor. Esa debe ser la correcta interpretación del alcance del principio de libre competencia en la contratación pública.

El actual contexto de pandemia y reconstrucción es una ventana de oportunidad para promover —y no frenar desde la burocracia o la inercia al «siempre lo mismo»— una nueva y moderna estrategia de gobernanza económica que permita, desde el máximo respeto al principio de integridad, mejorar la productividad de nuestro modelo económico y, principalmente, servir de «política palanca» para proteger con eficacia los derechos sociales. Solo así se

⁹ Por todos, J. M. GIMENO FELIÚ, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, y J. TEJEDOR BIELSA, *La compra pública de tecnología en la nube en España. Deficiencias y sugerencias de mejora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

¹⁰ M. VAQUER CABALLERIA, «Para qué sirve el procedimiento administrativo», en el libro colectivo *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 75-78.

¹¹ De poco sirve, en un modelo de control externo en el siglo XXI, con las experiencias ya consolidadas, notificar las causas «de una defunción», cuando con otro modelo dicho resultado podría haberle evitado o al menos laminado. Y es que controlar cuestiones formales a plazo vencido aporta poco valor a la función de fiscalización. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «Los fondos next generation y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE*, Aranzadi, 2022, pp. 69-90.

dará satisfacción a la exigencia como derecho fundamental de los ciudadanos de la buena administración.

La contratación pública, en esa perpetua búsqueda, en palabras del profesor peruano V. Baca¹², de su piedra filosofal, necesita de una transformación radical para poder avanzar hacia una nueva cultura de contratación pública con vocación de transformación, abierta, responsable, competitiva, honesta e íntegra, profesionalizada, tecnológica y proactiva. Lo que exige una clara innovación administrativa y empresarial (en lo organizativo y en las formas de relacionarse) como paso previo y donde lo tecnológico debe servir de herramienta para su correcto impulso. Sin la innovación en la organización ni en los procedimientos (en la burocracia) resultará muy difícil cumplir los objetivos estratégicos. Para avanzar hay que «mirar atrás» para detectar errores, pues solo así, más allá de la esfera del confort (o de cierta autocomplacencia), se puede elegir la ruta correcta. Para lo que hay que continuar insistiendo en que la utilización de criterios sociales o ambientales, en tanto implican una mayor calidad de la prestación, que deben servir para «forzar una comparación de ofertas» global, y no para optar entre modelos sociales o no sociales de la oferta (así lo admite la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión Europea/Reino de los Países Bajos* que permite establecer como criterio de adjudicación un elemento no intrínseco del producto a suministrar, como es su procedencia del comercio justo, para apreciar su calidad). Y hay que superar una interpretación rígida que vincule de forma directa al objeto dichas condiciones.

Los nuevos modelos de contratación pública, junto a una adecuada planificación que favorezca la predictibilidad de las empresas puede ayudar a la mejora de la sostenibilidad al poder utilizar soluciones más eficientes desde la perspectiva ambiental, deben superar una indebida visión formal (muy pegada al momento de la adjudicación) para fijar la atención en el valor de la prestación (la principal estrategia) y por tanto en el cumplimiento, y no tanto en el precio (en palabras de F. Quevedo, «solo el necio confunde el valor con el precio»). Y superar también la inercia a ponderar como mejor el ahorro presupuestario frente a la mejor eficiencia en clave de valor y calidad del servicio¹³. El interés general, como causa del contrato, puede aconsejar soluciones jurídicas distintas a las «ya tradicionales», donde el precio podría no ser un criterio de adjudicación y sí criterios referidos a mejor oferta técnica y mejor rendimiento (o volumen) de la oferta, resultando indiferente un eventual ahorro, desde la gestión presupuestaria del contrato, lo que podría alinearse con los principios de eficacia y eficiencia (mayor valor). Y en esta nueva visión los objetivos de sostenibilidad ambiental son elementos vinculados directamente a la mejor prestación en tanto son de «primer nivel» que impregnan cualquier decisión pública y, en especial en la contratación

¹² V. BACA, «La contratación pública en el Perú y la perpetua búsqueda de la piedra filosofal», en el libro colectivo *Buen Gobierno y Mejor Gestión. Cómo Entender y Fortalecer el Estado en Tiempos de Pandemia*, Gaceta Jurídica, Perú, 2021.

¹³ Aunque referido al ámbito de medicamentos —pero extrapolable a lo que planteamos— me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp.325-340.

pública que, necesariamente, debe alinearse también con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en especial objetivos 12 y 13).

Una nueva legislación de contratación pública, acorde con la simplificación que evite la sobre-regulación, favorezca desde la confianza la inversión privada¹⁴ y corrija la petrificación de las soluciones¹⁵, como la que se propone debe servir para ajustar la brújula de nuestra práctica en este *ámbito, con alcance universal, orientándola* hacia la estrella polar de la calidad y el valor (que se mide desde el resultado), lo que debe permitir corregir el actual camino (y sus cuellos de botella). El camino que nos indica la estrella polar, con mucho brillo y nitidez, no es la burocracia (procedimiento), sino la estrategia (proyectos). Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. De las decisiones reactivas (y en ocasiones improvisadas) a las decisiones proactivas y bien planificadas¹⁶. Y no es el precio y el ahorro, sino el valor y la inversión. No es el expediente administrativo y una burocracia formal sino el proceso y la mejor solución (con multi-adjudicatario si así conviene al interés público). No es tampoco el falso debate de gestión pública frente a la desconfianza en la gestión privada, sino la colaboración conjunta para la mejor satisfacción del interés general.

Una contratación pública global que, sí o sí, debe ser sostenible, limpia e innovadora, pues de lo contrario se alejará de los estándares debidos de integridad y, por ende, de la buena administración.

¹⁴ Por supuesto, con una arquitectura de la modalidad de colaboración a largo plazo y con importante inversión de capital privado que preserve una rentabilidad «razonable», lo que exige una visión desde las diferentes perspectivas de los intereses en juego y no solo de la «sesgada» de las diferentes partes de la colaboración. La rentabilidad razonable se caracteriza por tres notas: a) tiene necesariamente un carácter dinámico y flexible para adaptarse a las exigencias de un mercado y contexto económico claramente fluctuante y en el que existen inherentes incertidumbres que impiden una «ilógica» visión estática de las medidas jurídicas. Por ello, es importante diseñar bien las reglas del equilibrio económico-financiero; b) está diseñada para dotar de garantías adecuadas a los inversores diligentes. La previsión legal habilita que las empresas, en relación con los costes de inversión y operación puedan obtener todo caso, una rentabilidad que pueda entenderse «razonable». Razonabilidad que implica «proporcionalidad, para no superar los límites de un enriquecimiento injusto» y c) la retribución razonable es, en todo caso, una cuestión de resultado en cada contexto concreto, que se debe articular mediante un pliego (*lex contractus*) que anticipe las soluciones a los problemas derivados de incertidumbre imprevisibles para que el inversor tenga confianza. Tensar de forma indebida los riesgos o la rentabilidad (que es la retribución de inversiones que aportan valor) solo conducen o una ineficiencia del modelo (la TIR siempre será más elevada encareciendo la operación) o, peor, o un fracaso del mismo lo que, en modo alguno, será un ejemplo de buena administración

¹⁵ La actual LCSP, en palabras de J. TEJEDOR BIELSA, incurre en sobre-regulación y complica de forma innecesaria la gestión pública. *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Cizur Menor, Civitas, 2018. Esta misma opinión, desde otra perspectiva, es defendida por T. Cano Campos al considerar a la LCSP una muestra de volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. (T. CANO CAMPOS, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2018, pp. 12-67).

¹⁶ Lo que, como advierte A. SANMARTÍN MORA obliga a tener una estrategia previa, sin la que difícilmente puede avanzar los objetivos de la compra pública estratégica. «¿Es posible una Compra Pública Estratégica sin estrategia?», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, septiembre de 2023.

Sin duda estamos en una encrucijada histórica, con importantes retos¹⁷, que nos obliga a repensar la brújula de nuestra dirección en la gestión pública. Pero para ello debemos saber que camino elegir tal y como Alicia, la del país de las maravillas del famoso cuento de Lewis Carroll, al preguntar al gato de Cheshire en un cierto punto qué camino debía tomar la respuesta que se le da es que «Eso depende mucho del lugar adonde quieras ir. Si no sabes adónde quieres ir, no importa qué camino sigas».

El rol de la gobernanza pública mediante una moderna e inteligente utilización de la contratación pública y de las fórmulas de colaboración público-privada debe servir como impulso para garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de unos servicios públicos «circulares» que integren lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. En ello va el futuro del liderazgo de gestión de las instituciones públicas, de una moderna gobernanza pública económica, que piensa en las personas (y en la transformación social) y no en los privilegios ni en el inmovilismo ideológico.

Es el momento de un *big bang* en la contratación pública (y su necesaria interpretación en una dimensión funcional) para reconstruir las murallas del Derecho público, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos (y de la necesaria transformación social)¹⁸. Lo que puede ayudar a corregir el actual *gap* entre ciudadanía e instituciones públicas y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno y la buena administración.

¹⁷ T. MEDINA, «Los retos de la contratación pública en clave europea», en el libro colectivo *Observatorio de Contratos Públicos 2020*, pp. 51-90.

¹⁸ Idea defendida por C. CHINCHILLA MARÍN, «Derecho de la Unión Europea como freno a la huida del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 361-383.

