

TÍTULO:	LA INCIDENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL REINO UNIDO: ¿INFLUENCIA O AVANCE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTINENTAL SOBRE EL "COMMON LAW"? CONSECUENCIAS DEL BREXIT
AUTOR/ES:	Majul, Pablo J.
PUBLICACIÓN:	Temas de Derecho Administrativo
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Setiembre
AÑO:	2021

PABLO J. MAJUL [ORCID](#)

LA INCIDENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL REINO UNIDO: ¿INFLUENCIA O AVANCE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTINENTAL SOBRE EL "COMMON LAW"? CONSECUENCIAS DEL BREXIT

I - INTRODUCCIÓN

Ya desde los inicios del siglo XVIII los estadistas y ensayistas utilizaban los términos "cristiandad" y "Europa" indistintamente para designar la comunidad de Estados cristianos soberanos, principados y repúblicas que -en la actualidad- denominamos, genéricamente, como "civilización occidental". Las colonias europeas de ultramar, que por supuesto formaban parte de la "cristiandad", se incluían de una forma vaga en el término "Europa". Pero, en el lenguaje de los tratados, "Europa" se refería simplemente a un significado geográfico.

Inglaterra, desde el siglo XVI, profesa el anglicanismo (una doctrina religiosa cristiana derivada del catolicismo) fundada -por motivos personales y políticos- por el entonces rey Enrique VIII (1509-1547), quien, en el contexto de la reforma protestante, separó Inglaterra de la autoridad de la Iglesia romana.

No es menor comprender cómo y por qué el pueblo anglosajón de las islas británicas siempre ha sido difícil de dominar, someter y, en definitiva, de integrar al resto de la comunidad de Estados europeos continentales. La cuestión geográfica tampoco puede ser soslayada del análisis. Es decir, la especial situación insular del Reino Unido lo posiciona, desde sus orígenes, en un emplazamiento "acogedor", protegido en su aislamiento pero, a la vez, a una justa equidistancia geopolítica del continente.

En la actualidad, es decir pasada la segunda década del siglo XXI, en el imaginario social existe todavía una especie de resistencia mental en incluir al Reino Unido al término "Europa"; cuando mencionamos al continente europeo, a muchos nos cuesta percibir al Reino Unido como parte integrante de aquella geografía. Esta captación -seguramente- responde a razones históricas, culturales, geopolíticas, jurídicas y religiosas.

Su propio sistema jurídico del *common law* difiere del resto de los sistemas adoptados por los países europeos, caracterizados por su codificación y recopilación legislativa. Sin embargo, el derecho anglosajón ha influido y sigue influyendo enormemente sobre el resto de los sistemas, aun, sobre el derecho continental predominantemente de origen francés difundido en Latinoamérica.

De una forma u otra, el propio pueblo británico ⁽²⁾ ha exteriorizado su inquietud al respecto, revelando que nunca estuvo del todo cómodo en aquella integración de países y Estados que no comulgan con su particular idiosincrasia y cultura.

Lord Palmerston lo resume en su frase: "*No tenemos [Inglaterra] aliados eternos y no tenemos [Inglaterra] enemigos perpetuos. Nuestros intereses son eternos y perpetuos, y nuestra obligación es vigilarlos*".

"*Debes saber que si tenemos que elegir entre Europa y los mares abiertos, siempre elegiremos los mares abiertos*". Estas fueron palabras que Winston Churchill, ex primer ministro británico le dijo al general francés Charles de Gaulle en 1944, según relata el historiador Julian T. Jackson en uno de sus libros.

Este breve análisis que abordo como introducción quizás sirva para tratar de explicar dos preguntas -en mi opinión- centrales para comprender el tema que a continuación desarrollaré: ¿por qué el Reino Unido decidió formar parte de la Unión Europea (UE)? y, no menos importante, ¿por qué se desvinculó?

Claro, en el medio se produjo un concierto de incorporación normativa que trajo efectos en el sistema jurídico británico, no acostumbrado -por su historia y cultura- a este tipo de intromisiones. Por su parte, el derecho comunitario de la UE tampoco ha escapado a este fenómeno, puesto que también ha sido influido o,

mejor dicho, se ha *servido* del derecho británico para la resolución de ciertos casos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

II - EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO DE LA UE

La integración es un gran fenómeno jurídico. Por supuesto que es, ante todo, un acto de decisión política de los Estados parte, de sus pueblos; también una extraordinaria realidad económica, social, cultural. Pero encuentra en el derecho, en el sistema jurídico, su principal modo de expresión, de fundamentación y de consolidación. La integración es un sistema jurídico y, dentro de él, un ordenamiento. Para serlo necesita de su fuente formal: el Estado, sus órganos específicos y sus fuentes materiales: el conjunto de normas en el sentido lato del término.⁽³⁾

El derecho administrativo a escala europea fue conformado y desarrollado en una primera fase por el TJUE sobre la base de principios generales de derecho no escritos que son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En una segunda fase se pudo observar un efecto de reverberación del recién creado derecho europeo en el derecho administrativo nacional y, de este modo, el desarrollo de un sistema de interacción entre el derecho administrativo nacional y el europeo.

Actualmente, el derecho administrativo europeo se desarrolla en dos formas diferentes, pero que se solapan hasta cierto punto: en sentido estricto, como el derecho administrativo que regula la aplicación directa e indirecta de la legislación de la UE y, en un sentido más amplio, como la descripción del proceso de armonización de las normas legales para la acción administrativa entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros y la de la UE ("europeización del derecho administrativo").

La evolución del derecho administrativo europeo "desde París", el inicio de la integración europea con el primer Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, celebrado en París en 1951, fue un proceso largo y complejo que caracteriza el desarrollo de lo que actualmente llamamos "derecho administrativo europeo".

La histórica resolución en el asunto *Algera* relativa a la revocación de actos administrativos constituye un punto de partida muy conocido de la práctica judicial del TJUE. En dicha resolución, el Tribunal de Justicia derivó su obligación de asumir una actividad legislativa creativa de la falta de disposiciones expresas en el tratado sobre la cuestión planteada. En sus razonamientos, el Tribunal de Justicia recurrió al famoso texto del artículo 4 del Código Civil francés relativo al tema de la *déni de justice* (denegación de justicia) y dictaminó: "*Si el Tribunal no quiere incurrir en denegación de justicia, tiene la obligación de resolver el problema haciendo referencia a las normas reconocidas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros*".

Los principios generales de derecho, determinados y conformados por el Tribunal de Justicia por medio de un *derecho comparado evaluativo* (*wertende Rechtsvergleichung*), se utilizan en la jurisprudencia del Tribunal a partir de entonces a fin de colmar lagunas en la legislación vigente y a modo de ayuda para la interpretación.⁽⁴⁾

Por otra parte, actualmente existe un amplio consenso de que las instituciones de la Unión deben aplicar los principios del derecho y el Tribunal de Justicia puede condenar el incumplimiento de estos principios, de la misma manera que el incumplimiento de cualquier norma escrita.⁽⁵⁾

En resumen, la influencia de las normas nacionales de derecho constitucional y administrativo en el desarrollo de principios legales generales no escritos en el derecho de la UE es característica de esta fase inicial de formación de un derecho administrativo europeo.

Si bien al principio el derecho francés ejerció la influencia más decisiva en la formulación de los principales conceptos del derecho administrativo comunitario, posteriormente otros ordenamientos jurídico-administrativos comenzaron a influir cada vez más en el derecho iuspublicista europeo. El derecho británico, por ejemplo, tuvo un efecto decisivo en el desarrollo de las garantías procesales⁽⁶⁾, mientras que el derecho alemán hizo una importante contribución al consiguiente reconocimiento del principio de proporcionalidad en el derecho comunitario.⁽⁷⁾

Una evolución similar puede observarse en el caso de los principios de transparencia y acceso a los documentos desde que algunos países escandinavos se adhirieron a la UE.⁽⁸⁾

III - EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL REINO UNIDO

a) Breve reseña histórica

El desarrollo de un conjunto de principios que ahora etiquetamos como "derecho administrativo" es un aspecto relativamente reciente en el *common law*.

En 1885, el abogado constitucional inglés A. V. Dicey declaró en su "Introducción al estudio del derecho constitucional": "*The words 'administrative law' ... are unknown to the english judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation*".

De hecho, Dicey veía la discreción administrativa como un poder arbitrario que debería ser controlado por los tribunales.

La visión bastante extrema de Dicey sobre la supremacía del parlamento dejó a ley administrativa con una gran desconfianza hacia la acción ejecutiva, pero sin ninguna base teórica para su control. Puede decirse que,

hasta tiempos relativamente recientes, la *administrative law* fue -en gran medida- descuidada en el sistema del derecho británico.

En la histórica decisión de la Cámara de los Lores en "Ridge v. Baldwin" (1964), *lord Reid* dijo: "Quizás no tenemos un sistema desarrollado de derecho administrativo porque hasta hace relativamente poco no lo necesitábamos".

En los últimos años del siglo XX, ha habido un cambio de poder real del Parlamento al Ejecutivo (cuyas diversas tareas son asumidas cada vez más por departamentos gubernamentales y otras autoridades), en gran parte debido a:

- aparición del "sistema de gabinete" de gobierno;
- erosión de la doctrina de la responsabilidad ministerial; y
- otorgamiento de amplios poderes discrecionales a los miembros del Ejecutivo y servidores públicos.

El crecimiento del Poder Ejecutivo generó la necesidad de incrementar el alcance de la revisión judicial de la acción ejecutiva y administrativa. Vale la pena observar la cita a *lord Denning M. R.* en "Moorgate Ltd. v. Twitchings" (1975): "Como el Parlamento no ha hecho nada, es hora de que los tribunales hagan algo".

Al igual que en el derecho continental, particularmente el que tuvo origen a partir de la Revolución francesa, el origen del derecho administrativo estuvo vinculado al control del poder y sus excesos. Sin embargo, el derecho administrativo francés tuvo un desarrollo mayor y más profuso que el inglés. Recordemos las palabras de *lord Reid* recientemente citadas ("Quizás no tenemos un sistema desarrollado de derecho administrativo porque hasta hace relativamente poco no lo necesitábamos").

Sin embargo, la intervención judicial para controlar los excesos del poder gubernamental no es un nuevo fenómeno para el *common law*. En "Rookes v. Withers" (1958), *Coke C. J.* afirmó que el ejercicio del poder discrecional estaba sujeto a control: "... Aunque las competencias de la comisión [de alcantarillas y desagües] dan autoridad a los comisionados para actuar de acuerdo a su discreción, sus procedimientos deben, no obstante, estar limitados y sujetos a la regla de la razón y la ley, porque la discreción es una ciencia ... y no deben actuar de acuerdo con sus voluntades y afectos privados".

En el caso "Baggs" (1615), la expulsión ilegal de un hombre libre de su municipio por los funcionarios locales fue declarada ilegal. Antes de la revolución de 1688 las cortes intervinieron, en ocasiones, para controlar incluso los poderes de prerrogativas del monarca. En "Prohibitions del Roy" (1607), la adjudicación personal del rey fue proscrita tanto en acciones civiles como penales. También se afirmó que el rey no tenía poder de arresto. La afirmación de que "los jueces no son sino los delegados del rey, y que el rey puede tomar las causas que le plazca determinar ... esto estaba claro en la divinidad, que tal autoridad pertenece al rey por la palabra de Dios en la Escritura" fue rechazada. La Corte replicó: "... El rey en su propia persona no puede juzgar ningún caso, ya sea criminal ... ni otra materia ... sino que debe ser determinado y juzgado en un tribunal de justicia, de acuerdo con la ley y la costumbre de Inglaterra...".

En el caso del "Doctor Bonham" (1610), *Coke C. J.* llegó incluso a afirmar que un acto del Parlamento podría estar sujeto a escrutinio judicial: "... Cuando una ley del Parlamento va en contra del derecho y la razón común, o es repugnante o imposible de realizar, el *common law* lo controlará y declarará tal acto como nulo".

Esta sugerencia de que una ley del Parlamento podría ser impugnada en virtud de estos principios superiores del *common law* quedó sin desarrollar. En cambio, los tribunales en el Reino Unido desarrollaron el principio de supremacía parlamentaria. La propia revisión judicial, en teoría, respalda este principio al afirmar que, revisando la legalidad de la acción ejecutiva, los tribunales disciernen y defienden las intenciones parlamentarias a través de la interpretación estatutaria.

En "The Case of Proclamations" (1611), el poder del rey para crear nuevas infracciones fue prohibido. El rey no podía -por proclamación- prohibir la construcción de nuevos edificios en Londres y sus alrededores: "... El rey no puede cambiar ninguna parte del *common law*, ni crear ningún delito por su mera proclamación, sin Parlamento".

Para lograr tal control sobre las acciones del gobierno, los tribunales adoptaron los llamados "escritos de prerrogativa" (*prerogative writs*), en particular:

- *prohibition* (que consiste en prevenir la comisión de un acto ilícito o su continuación);
- *mandamus* (que consiste en obligar al cumplimiento de un deber público); y
- *certiorari* (que consiste en anular una decisión tomada en exceso del poder legal otorgado o en contravención de los requisitos procesales).

Sin embargo, como señaló *Wade* ("Administrative Law" - 7ª ed. - Oxford University Press - 1994), "los problemas entre la Corona y sus súbditos se debatieron más en el plano constitucional que en el administrativo y, notablemente, en los campos de batalla de la guerra civil".

La Bill of Rights de 1688 estableció la "monarquía constitucional", una monarquía que ya no era absoluta sino que ahora estaba sujeta a la ley y al gobierno parlamentario. En particular, los poderes del monarca de suspender y prescindir de las leyes, aumentar los impuestos y mantener un ejército permanente fue eliminado. Del mismo modo, la Act of Settlement, 1700, aseguró independencia judicial al darles a los jueces seguridad en el cargo durante su buen comportamiento, quienes ya no podían ser descartados a criterio del monarca, sino solo por la decisión de ambas Cámaras del Parlamento y, además, se garantizaban sus salarios con el Fondo Consolidado (*Consolidated Fund*).

A pesar de ello, el sometimiento del monarca al Parlamento no eliminó la necesidad del control judicial sobre el Poder Ejecutivo. Como señaló Baker ("An Introduction to English Legal History" - 3ª ed. - Butterworths - 1990): *"Una vez que la Corona penosamente quedó sometida a la ley, fue el Parlamento el que inició su propia forma democrática de despotismo"*.

La forma que adoptó este despotismo fue la concesión de amplias facultades discrecionales a los ministros y funcionarios, y la creación de numerosos órganos estatutarios, a los que el Parlamento también les confirió amplios poderes discrecionales. Al mismo tiempo, el Parlamento intentó proteger el ejercicio de tales poderes de la revisión judicial. Mientras Dicey ("An Introduction to the Study of the Law of the Constitution" - 10ª ed. - Macmillan - 1959) afirmó en 1885 que *"las palabras 'derecho administrativo' ... son desconocidas para los jueces y abogados ingleses, y son inteligibles sin [mayores] explicaciones"*; en 1888, Maitland ("A Constitutional History of England" - Cambridge University Press - 1908) declaró: *"Nos estamos convirtiendo en una nación muy gobernada"*. Nótese que esta última caracterización fue en el sentido de formular una crítica u observación respecto de la preeminencia que se había instalado en los gobernantes en cuanto a sus amplias facultades discrecionales.

En el caso "Cooper v. Wandsworth Board of Works" (1863), en el que se cuestionaba la legalidad de la demolición de una casa, la Board of Works ("junta de obras") reclamaba un poder arbitrario e incontrolable. Esto fue negado por la Court of Common Pleas. Erle C. J. concluyó que *"aunque las palabras del estatuto, tomadas en su sentido literal, sin ninguna calificación en absoluto, crearían una justificación para el acto que lo ha hecho la junta de distrito, los poderes otorgados por ese estatuto están sujetos a una calificación que ha sido reconocida repetidamente: que ningún hombre debe ser privado de su propiedad sin tener la oportunidad de ser escuchado"*.

Sin embargo, el rápido crecimiento del Estado moderno y, por tanto, del derecho administrativo es, en gran parte para el Reino Unido, un fenómeno del siglo XX. Tal crecimiento fue gráficamente descrito en la "Review of English Administrative Law" de 1981 por la Justice y All Souls College Oxford:

"En 1900, el Gobierno apenas interfería en la forma en que la gente dirigía sus actividades diarias y, prácticamente, no proporcionaba servicios sociales. Hoy ocurre todo lo contrario. El estado ha asumido una gama cada vez mayor de responsabilidades (vgr. a través de la nacionalización controla la mayoría de las industrias básicas y los bienes y servicios que suministran; opera un sistema integral de servicios sociales; proporciona educación, servicios de salud, prestaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo y pensiones en la vejez). El Estado también busca controlar gran parte del entorno en el que vivimos. Este enorme crecimiento se puede ilustrar de varias formas. Primero, ha sido el gran aumento en el gasto público. En segundo lugar, también ha habido un aumento masivo en el número de empleados públicos. En tercer lugar, ha habido un incremento de las regulaciones por parte del Parlamento que hacen fluir a la 'máquina del gobierno'".

Con el aumento de la intervención del Gobierno en la vida de los ciudadanos, en particular con el advenimiento del Estado de bienestar (*Welfare State*), se comprendió la necesidad de que el ejercicio del poder gubernamental, en sí mismo, necesitaba ser regulado. Desafortunadamente, mientras este derecho prosperaba, vinieron las dos guerras mundiales. Este no era un clima ideal para el desarrollo del control judicial sobre el Gobierno y la tendencia del Estado para la adquisición de nuevos poderes fue en gran parte incontrolable. Según lo declarado por lord Reid en "Ridge v. Baldwin" (1964): *"Las circunstancias en las que se hicieron los Reglamentos de Defensa me parecieron una inferencia razonable y casi inevitable de las reglas y el control. El secreto en tiempos de guerra requería de otros factores, propios de la velocidad y presión que los trabajos demandaban. Pero no era de esperar que se dijera que un abandono temporal de las reglas era uno de los sacrificios que requerían las condiciones de guerra ..."*.

Por tanto, es posible identificar períodos de restricción judicial en el control del poder gubernamental y también períodos de intervencionismo judicial. Habrá, sin embargo, excepciones en cualquiera de estos períodos. Debe recordarse que el derecho administrativo británico está muy orientado a los jueces y no todos se apegan a sus reglas.

b) Definición del Administrative Law

Para el *common law* el derecho administrativo forma parte de la rama del derecho comúnmente denominada derecho público, es decir, la ley que regula la relación entre el ciudadano y el Estado, y que implica el ejercicio del poder estatal. El derecho público debe contrastarse con el derecho privado, es decir, la ley que regula la relación entre individuos, como la ley de contratos y agravios.

Como se sugirió anteriormente, el derecho administrativo puede definirse ampliamente como el derecho que regula el ejercicio de las facultades conferidas por la ley a los órganos de gobierno. En el contexto del derecho administrativo, sin embargo, el término "gubernamental" es amplio, como podrían sugerir los ejemplos anteriores, al Gobierno central en la forma del Ejecutivo (el primer ministro y los ministros) y los departamentos del Gobierno central, aunque estos están claramente incluidos dentro del término. Es decir, en este contexto "gubernamental" se refiere a todos los organismos públicos investidos de poder conforme a la ley y, por lo tanto, incluye, por ejemplo, las autoridades locales, la policía y corporaciones públicas, así como el Gobierno central. De hecho, un cuerpo puede ser definido como un "organismo público" y, como tal, estar sujeto a los principios del derecho administrativo, aunque no haya sido establecido por el gobierno ni haya derivado sus poderes de este.

El término "ciudadano" (*citizen*) aquí no se refiere sólo al individuo; las decisiones gubernamentales pueden también afectar a los individuos colectivamente en forma de, por ejemplo, sindicatos o grupos de presión. Estos colectivos también pueden aprovechar las ventajas del derecho administrativo para impugnar las decisiones del Gobierno.

Sin embargo, el derecho administrativo no se limita a regular la relación entre el ciudadano y el Estado, también sirve para permitir que un "brazo del Gobierno" impugne la legalidad de actuación por otro brazo; en particular, impugnaciones del Gobierno local a la legalidad de las acciones del Gobierno central o viceversa. Como tal, el derecho administrativo puede ser percibido como un arma en manos de los propios poseedores del poder para asegurar que cada centro de poder actúe dentro de los límites legales de su autoridad.

De hecho, Bridges, Meszaros y Sunkin ("Judicial Review in Perspective" - Cavendish Publishing - 1995) concluyen que "la revisión judicial a menudo se describe como un arma en manos del ciudadano para ser utilizada contra los poderosos poderes del Gobierno central, y ciertamente ha desempeñado este papel en varios casos recientes de alto perfil. Nuestros datos sugieren, sin embargo, que durante la última década se ha utilizado con mayor frecuencia como arma para limitar aún más la autonomía del Gobierno local en lugar de como una restricción al poder del Estado central".

La regulación legal del poder gubernamental debe distinguirse de la del control político. Este último constituye la base del estudio del derecho constitucional. Sin embargo, como suele suceder, el control político puede afectar la regulación legal.

c) Control judicial (*Judicial Restraint*)

Considerando que el derecho administrativo es un término genérico que abarca todos los aspectos de la regulación legal del poder gubernamental, la revisión judicial de la administración se refiere a la jurisdicción particular de los tribunales para asegurar que un tomador de decisiones gubernamental (público) actúe dentro de la ley. El ejercicio del poder legal a menudo puede implicar el ejercicio de una discreción para elegir entre alternativas cursos de acción o, de hecho, si actuar o no en absoluto. La esencia de la discreción es, sin embargo, que está contenida dentro de los límites legales. Un poder no contenido dentro de tales límites sería arbitrario. Los principios de la revisión judicial sirven para establecer límites legales al ejercicio de poderes discrecionales.

Este poder (discrecional) se confiere con mayor frecuencia a miembros de los órganos centrales o locales de gobierno; por ejemplo, el poder de adquirir obligatoriamente una propiedad (expropiar), de otorgar o rechazar el permiso de planificación, otorgar o rechazar beneficios estatales, permitir o prohibir la entrada al Reino Unido, declarar un estado de emergencia nacional. Aquel poder, también puede conferirse a otros organismos, por ejemplo, el poder otorgado a la policía para arresto por motivos razonables (Police and Criminal Evidence Act 1984), atribuido al *Metropolitan Police Commissioner* para controlar las procesiones públicas (Public Order Act 1986) o el poder de la Fiscalía de la Corona (*Crown Prosecution Service*) para instituir procesos penales.

Cuando el Parlamento confiere poder a un organismo público por medio de una ley, en la redacción y aprobación del estatuto, normalmente habrá establecido límites al poder dado. Uno esperaría que los tribunales participaran en el proceso de definir los límites del poder expresados por el Parlamento, esto no sería más que cumplir con su función de interpretación legal. Sin embargo, los tribunales británicos también desarrollaron sus propios estándares para el ejercicio del poder afirmando que el Parlamento, al conferir la competencia, debe haber tenido la intención de que se ejerza (o no ser ejercido) de una manera particular, por ejemplo, razonable y justamente.

Si un organismo público actúa más allá de los límites legales (expresos o implícitos) de su poder, se dice que actúa *ultra vires*. Un acto *ultra vires* puede ser declarado nulo y sin efecto por los tribunales.

En "R. v. Boundary Commission ex parte Foot" (1983), *lord* Donaldson M. R. citó la declaración de *sir* Winston Churchill: "Eso es algo que no vamos a poner". Esta declaración resume la cuestión central de la revisión judicial de la acción administrativa: en qué medida los jueces deben "aguantar" las decisiones de gobierno y hasta dónde pueden llegar para hacer frente a las impugnaciones a su validez. En teoría, los jueces no pueden revocar decisiones gubernamentales simplemente porque no están de acuerdo con ellas. Los propios jueces deben actuar dentro de los límites de sus facultades legales. También deben ser conscientes de la teoría constitucional y, en particular, tener cuidado de no usurpar su autoridad y por lo tanto crear un desequilibrio de poder a su favor.

La revisión judicial de la toma de decisiones administrativas (*executive*) constituye el núcleo del estudio del derecho administrativo moderno. La revisión judicial es un área en crecimiento para el *common law*.

En términos de la teoría fundamental del equilibrio de poder dentro de la Constitución, el poder de revisión judicial es central. De hecho, uno de los textos estándar establecidos sobre derecho administrativo (Cane: "An Introduction to Administrative Law" - 3ª ed. - Oxford University Press - 1996) está casi en su totalidad dedicado a un estudio de la revisión judicial.

Para ayudar a su supervisión judicial, los propios tribunales desarrollaron los llamados principios de *ultra vires* y justicia natural/equidad. *Ultra vires* fue en sí mismo subclasificado en:

- *ultra vires* sustantivos, es decir, hacer algo incorrecto;
- procedimientos *ultra vires*, es decir, hacer algo de forma incorrecta; y
- abuso de poder, es decir, actuar de forma irrazonable.

Por otro lado, se ha sugerido que el uso del término *ultra vires* para cubrir todas las subclasificaciones anteriores ya no es apropiado.

De hecho, *lord* Diplock (quien criticó fervientemente la utilización *ultra vires*) ofreció una clasificación alternativa en el caso "Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service" (1985) de ilegalidad, irracionalidad, incorrección procesal, proporcionalidad.

Las reglas de la justicia natural pueden considerarse en sí mismas como parte de la impropiedad procesal en el sentido de que están diseñadas para garantizar un mínimo estándar de equidad procesal.

Es en la aplicación de estos principios -en particular, el concepto de razonabilidad- donde existe el mayor potencial de conflicto entre el Ejecutivo y el Poder Judicial. Los jueces tienen conciencia respecto de los límites constitucionales a la intervención judicial: no deben traspasar los límites entre la legalidad y los méritos de la toma de decisiones. Es sobre esta base que el Poder Judicial se ha mostrado reticente a desarrollar un principio de proporcionalidad en el derecho administrativo inglés.

d) El poder de hacer tratados como cuestión no justiciable

El ejercicio de la facultad de celebrar tratados cae dentro de la categoría de no justiciable. En "Blackburn v. Attorney General" (1971), el demandante solicitó declaraciones que, al firmar el Tratado de Roma, el Gobierno entregaría irreversiblemente la soberanía de la Corona en el Parlamento y actuaría en contravención de la ley. En apelación de Eveleigh J., quien tachó las declaraciones de reclamación al no revelar ninguna causa de acción, el Tribunal de Apelación declaró que no tenía poder para impugnar el poder de hacer tratados. En cualquier caso, solo podría interpretar una ley una vez promulgada por el Parlamento. Como dijo lord Denning M. R.: "*Incluso si se firma un tratado, es elemental que estos tribunales no presten atención a tratados como tales ... hasta que estén incorporados en leyes promulgadas por el Parlamento, y entonces solo en la medida en que el Parlamento nos diga ... El principio general se aplica a este tratado como a cualquier otro. El poder de hacer tratados de este país no descansa en los tribunales, sino en la Corona; es decir, su majestad actuando siguiendo el consejo de sus ministros ... Su acción al hacerlo no puede ser cuestionada en estos tribunales*".

Sin embargo, en "R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex parte Rees-Mogg" (1994), en un desafío al Tratado de la Unión Europea (el Tratado de Maastricht), sobre la base, entre otras cosas, de que el tratado transferiría el poder prerrogativo para dirigir la política exterior y de seguridad sin autoridad, el tribunal deliberó sobre el tema a pesar de las afirmaciones de los abogados del secretario de Estado que las cuestiones planteadas por él no eran justiciables. Al final, como resultado, sin embargo, el tribunal concluyó que no hubo transferencia de prerrogativas de poder sino más bien un *ejercicio de poder de prerrogativa*. Por tanto, la aplicación falló en el fondo.

IV - ¿INFLUENCIA O AVANCE DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL COMMON LAW?

a) Los derechos humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

Tanto el derecho de la Comunidad Europea como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) han afectado el derecho público británico y, además, tienen un considerable potencial para provocar un mayor impacto, en particular, con su incorporación al derecho interno del *common law*. Los individuos pueden acceder a ciertos reconocimientos legales del derecho comunitario a través de los tratados y otras leyes, y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que puede servir de base para impugnaciones de decisiones discrecionales o acciones gubernamentales incompatibles con ellas.

Además, los principios de proporcionalidad, igualdad, certeza y varios derechos procesales, desarrollados por el TJCE, deben ser aplicados por tribunales nacionales de los Estados miembros en los casos sujetos a los ámbitos cubiertos por la ley de la UE.

Aunque la Comunidad Europea no está obligada formalmente por las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en algunas situaciones, se le ha proporcionado al CEDH una fuerza perentoria en los tribunales ingleses que, de otro modo, no habría sucedido.

También ha habido un número creciente de miembros del Poder Judicial preocupados por proteger las libertades fundamentales de los ciudadanos contra las intromisiones que el Gobierno de turno -mediante persuasiones legislativas- puede adoptar. Antes de la introducción de aquellos derechos humanos comunitarios, *sir John Laws*, por ejemplo, argumentó que el CEDH podría ser utilizado por los tribunales como guía en la resolución de casos de revisión judicial, sin necesidad de su incorporación a la legislación local; simplemente por el método habitual adoptado por el *common law*, es decir, toma de decisiones de forma incremental.

También comentó que ni siquiera los que se oponían objetaron la incorporación de los derechos fundamentales contenidos en el CEDH. De hecho, tales derechos son esenciales para el desarrollo y mantenimiento de la democracia. Las leyes, sin embargo, hicieron una distinción entre el CEDH como instrumento jurídico y su contenido como una serie de proposiciones que representaban -en gran medida- valores que ya eran inherentes a la ley británica. Si bien los jueces no pueden introducir el CEDH a la legislación interna, sí podrían tener en cuenta sus principios al desarrollar los casos sometidos a decisión, como fuente de política pública en áreas donde el *common law* es incierto.

Aunque, hay que dejar asentado que el Reino Unido y Polonia habían formulado una cláusula de exclusión voluntaria en el Protocolo 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁽⁹⁾

b) La contratación pública (*Publics Procurements*) en la UE

La Corona puede celebrar contratos y, en virtud de la Crown Proceedings Act 1947, puede demandar y ser demandada en virtud de esos contratos. Los departamentos gubernamentales celebran contratos en nombre de

la Corona y, como tales, están sujetos a la ley de procedimientos de la corona de 1947. Los funcionarios y los ministros no son personalmente responsables, ya que actúan como agentes de la Corona.

Los tribunales no supervisan jurisdiccionalmente los contratos públicos, salvo que el asunto surja en el derecho privado [“R. contra el Comité Disciplinario del Jockey Club ex parte HH The Aga Khan” (1993)]. Como tal, cuando un organismo público celebra un contrato, el asunto cae fuera del alcance de la revisión judicial.

El Gobierno es libre de contratar para cualquier propósito que no esté prohibido por la ley. Las facultades contractuales pueden utilizarse para cualquier fin; lo que significa que se pueden perseguir varios objetivos. Para ello es necesario que los organismos públicos estén en una posición negociadora fuerte y, por lo tanto, capaz de utilizar los contratos para lograr otros términos u objetivos. Por ejemplo, las autoridades locales de planificación urbana pueden celebrar acuerdos que requieran, como condición para la concesión del permiso de planificación, que se construya un polideportivo. Esto sucedió, por ejemplo, en *Merton BC*. Se otorgó el permiso de planificación de Sainsbury para construir una tienda, sujeto a un acuerdo de que construya una piscina y un centro de ocio. Posteriormente, el Consejo permitió que la tienda se retire del acuerdo y en su lugar construya un establecimiento de comida rápida. Frente a una solicitud de revisión judicial presentada, se determinó que el Consejo no actuó ilegalmente. El acuerdo era legítimo en uso de acuerdos de planificación y, como tal, se resolvió que no fue *ultra vires* de las potestades de la autoridad local.

Las facultades para celebrar contratos por organismos públicos distintos de la Corona son estatutarias; por ejemplo, los de una autoridad local. Como poderes estatutarios, son luego sujetos a las reglas de *ultra vires* para evitar que sean nulos e inaplicables. Por ejemplo, en *Hazell v. Hammersmith* (1992) la Cámara de los Lores sostuvo que la autoridad local no tenía poder contractual para invertir en “*swaps* de tipos de interés” para financiar gastos. La libertad de contratar por parte de las autoridades locales ha sido limitada por la Local Government Act 1988 que exige a las autoridades locales someter determinados servicios (por ej., limpieza de calles y recogida de basuras) a licitaciones competitivas obligatorias.

La libertad de los organismos gubernamentales para perseguir objetivos colaterales (por ej., política social) estaba limitada por la legislación europea. Existe una legislación secundaria que requiere:

- la abolición de las prácticas discriminatorias que podrían impedir a los contratistas de los Estados miembros que participan en contratos públicos en igualdad de condiciones (directivas 70/32 y 71/304);
- los contratos públicos de suministro y obras con un valor estimado superior a un determinado umbral para estar sujetos a procedimientos y premios publicitarios comunes (directivas 71/62 modificadas y 71/305 modificadas).

Estas directivas han sido aplicadas por el Reglamento de Obras Públicas de 1991, el Reglamento de Contratos de Abastecimiento Público de 1995, el Servicio Público Reglamento de Contratos de 1993 y Reglamento de Obras y Suministro de Servicios Públicos de 1992. Además, al convocar a licitación competitiva, no se permite la exigencia de “cualquier criterio”, ya que tal estipulación no debe ser una infracción del artículo 30 que prohíbe restricciones y medidas de efecto equivalente (comisión contra Irlanda “Agua de Dundalk”, 1988).

La idea del mercado único era crear un mercado que funcionara bien entre los miembros de la UE garantizando la libre circulación de mercancías, servicios, mano de obra y capital. La contratación pública enfatizó el mercado como un área donde el proteccionismo jugó un papel importante y donde había un gran potencial de ganancias mediante la apertura de mercados nacionales. Esto debe verse a la luz de los datos cuantitativos que representa la contratación pública en el mercado de UE: aproximadamente el 11% del PIB de los Estados miembros de la UE, mientras que la parte de las importaciones para la contratación pública es solo del 1,4% del PIB frente al 22% de toda la economía.

En el marco de la UE, las normas generales de contratación pública tienen su origen en el Tratado CEE⁽¹⁰⁾, donde el artículo 12 prohíbe discriminación por motivos de nacionalidad; artículos 28 a 30 prohíben las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente, mientras que los artículos 43 a 55 garantizan el derecho de libre establecimiento e intercambio gratuito de servicios. Estas reglas generales están complementadas por un conjunto de directivas, que se refieren especialmente a los aspectos procesales.

Las autoridades públicas (gubernamentales, regionales y organismos públicos locales) pueden utilizar cinco tipos diferentes de procedimientos de contratación:

- *procedimiento abierto*, donde todos los proveedores interesados puede presentar ofertas;
- *procedimiento restringido*, donde solo proveedores invitados pueden presentar ofertas;
- *procedimiento acelerado*, que se asemeja al restringido, pero con plazos mucho más cortos (de tres a cuatro semanas en lugar de 11) y que solo puede ser utilizado en caso de necesidades especiales para una rápida adquisición;
- *procedimiento negociado*, cuando las condiciones de los acuerdos se negocian con uno o varios proveedores potenciales y donde se puede utilizar el procedimiento tanto con publicación previa como sin ella; este procedimiento solo se puede utilizar en circunstancias especiales, ya que limita gravemente la competencia;
- *procedimiento de cualificación*, que se utiliza en la directiva de servicios públicos y donde los proveedores pueden ser precalificados si cumplen determinados criterios objetivos.

La elección del proveedor por parte de la autoridad pública debe descansar en uno de los dos criterios de adjudicación publicados:

- precio más bajo, o

- la oferta económicamente más ventajosa, se tienen en cuenta otras ponderaciones además del precio (por ej., calidad y servicio).

Las licitaciones públicas deben publicarse a través del Diario Oficial si su valor proyectado excede ciertos valores umbrales, que dependen del carácter o nivel de la autoridad pública en cuestión (Gobierno, condado, municipio) y para los tipos de servicios públicos de que se trate (agua, gas, telecomunicaciones, etc.). Los objetivos de las directivas de la UE están dirigidos, en primer lugar, a evitar la discriminación por motivos de nacionalidad y, en segundo lugar, a garantizar la transparencia mediante la exigencia de cumplir con la publicación en el Diario Oficial y la difusión de información a través del Tenders Electronic Daily. Aplicando estos mecanismos se busca propiciar una competencia más intensa y efectiva.

Los denominados *Publics Procurements* consisten en la compra por parte del Gobierno de bienes, servicios u obras de construcción del sector privado. El Reino Unido gasta aproximadamente £ 290 billones por año en este tipo de contrataciones. Con toda la UE, esto aumenta a alrededor de 2 billones de euros por año o alrededor del 14% del PIB. Después del Brexit y con la introducción del Reino Unido al Acuerdo de Cooperación y Comercio de la UE, ¿cómo abordará el Reino Unido la contratación pública y la compra por parte del Gobierno de bienes, servicios u obras de construcción del sector privado?

V - BREXIT

a) El Reino Unido: un miembro incómodo

El Reino Unido se integra económicamente al viejo continente de forma reacia, finalmente, uniéndose a la CEE en 1973, 16 años después de que fuera creada con la firma del Tratado de Roma en 1957. La decisión se dio cuando la CEE atravesaba un *boom* mientras que la economía británica estaba estancada.^[1]

En 1980, la Dama de Hierro le pidió a la CEE que ajustara las contribuciones de su país y amenazó con retener pagos de impuestos al valor agregado si no lo hacía, con una frase que trascendió en la historia: *"Queremos nuestro dinero de vuelta"*.

Su lucha con el continente duró cuatro años, pero finalmente Thatcher logró su propósito en la tensa cumbre europea de Fontainebleau en 1984^[2]. Thatcher negoció lo que pasaría a llamarse "el cheque británico", una rebaja en las contribuciones por la que a Londres se le devuelven dos tercios del déficit fiscal de Reino Unido y el bloque europeo. La medida se explicó porque en ese entonces más de dos tercios del presupuesto europeo iban a la Política Agraria Común, de la que Londres se beneficiaba poco. El episodio deterioró las relaciones entre Reino Unido y otros países de la CEE.

"Sería un gran alivio si Reino Unido dejara la CEE", dijo el mandatario griego de la época, Andreas Papandreu.

Margaret Thatcher pronunció en 1988 un polémico discurso en Brujas que transformó para siempre el debate sobre Europa en Reino Unido.

En su discurso, la primera ministra advirtió sobre una supuesta intención de Europa de eliminar la soberanía nacional de sus miembros y concentrar el poder en sus instituciones.

"No hemos revertido exitosamente las fronteras del Estado en Reino Unido para verlas reinsertadas a nivel europeo, con un superestado europeo ejerciendo un nuevo dominio desde Bruselas".

Cuatro años más tarde, Reino Unido decidió abandonar el mecanismo de tipos de cambio, que daría vida al euro.

En su libro "Statecraft" ("El arte de gobernar"), Thatcher aseguró que la moneda única europea era un intento de crear un "super-Estado" y predijo que fracasaría "económica, política y socialmente".

Y en 1995 entró en vigor el Acuerdo de Schengen, un tratado internacional a través del que varios países europeos suprimieron los controles entre sus fronteras interiores y Reino Unido tampoco quiso unirse a ese proyecto.

El aspecto de la UE que desde un principio llevó a Londres a unirse al grupo fue el mercado común y mientras más amplio este se volvía, mejor para ellos.

Según un estudio publicado en 2014 por la firma Deloitte, el 40% de las multinacionales con una sede en Europa escogió Londres, ya sea para montar su sede principal o simplemente abrir una oficina, seguida de lejos por París con un 8%, Madrid (3%), Ámsterdam y Bruselas (2,5% cada una).

Con el Brexit, la UE no solamente pierde un miembro, sino su segunda economía más importante, que representaba cerca del 15% de su PIB y que contribuía con más de US\$ 13.000 millones al año a su presupuesto.

También pierde un asiento permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU y un Estado cuya capital es uno de los mayores centros financieros del mundo.

Sin embargo, dirigentes continentales -como el ex primer ministro francés, Édouard Philippe- ven la salida de Reino Unido del bloque como una ocasión para fortalecer la competitividad de sus países y atraer negocios instalados actualmente en Londres.

b) ¿Qué significó el Brexit? Consecuencias

El 23/6/2016 los ciudadanos del Reino Unido votaron, ante la sorpresa mundial, que su país dejase de ser un Estado miembro de la UE. La votación fue ajustada, el "Sí" a favor de la separación obtuvo el 51,9% de los

votos. Desde entonces comenzaron sucesivas negociaciones para ver en qué condiciones se producía la salida del Reino Unido de la UE.

Tras el escenario del referéndum se presentaban dos escenarios principales: *sin acuerdo* y *con acuerdo*. El primero consistía en una separación sin período de transición y sin libre comercio; es decir, de un día para el otro el Reino Unido y los demás países de la UE se iban a regir por las leyes estándares aplicables a cada uno de esos Estados. Algo que, en la práctica, hubiese significado -entre otras cosas- la implementación de aranceles tanto para la entrada como para la salida de productos de Reino Unido; así como la separación entre las leyes comunitarias y las británicas. También habría supuesto un control fronterizo férreo entre Irlanda del Norte (que pertenece al Reino Unido) y la República de Irlanda (que forma parte de la UE). Una frontera que miles de irlandeses cruzan a diario para realizar cosas tan básicas como ir a trabajar. Por su parte, otro de los inconvenientes que se podría haber suscitado es qué hubiese pasado con los europeos que viven en Reino Unido y los británicos que viven en el resto de Europa (residentes). En definitiva, el Brexit "sin acuerdo" hubiera producido un caos significativo: las fronteras del Reino Unido podrían haber colapsado; haber tenido problemas de abastecimiento, etc. La UE hubiera sufrido un duro golpe, pero para el Reino Unido hubiera significado su ruina.

El Reino Unido tenía hasta el 12/4/2019 para llegar a un acuerdo con la UE y evitar, así, un *Brexit sin acuerdo*. Sin embargo, la fecha se fue prorrogando sucesivamente, ya que el acuerdo no se concretizaba y, obviamente, eso no le convenía a nadie.

Finalmente, la fecha definitiva de la desvinculación sería la del 31/1/2020 y, para ese entonces, ya se habían pactado las condiciones entre ambas partes. El 1/2/2020 el Reino Unido ya no formaba parte de la UE pero se había estipulado un período de transición durante el cual los ciudadanos y las empresas británicas no notarían -prácticamente- ningún efecto respecto de la separación comunitaria. Este período de transición iba desde el 1/2/2020 hasta el 31/12/2020; durante este tiempo el objetivo estaba bien claro para ambas partes: el Reino Unido y la UE tenían que llegar a un acuerdo que diese forma a la relación entre ambos para los próximos años. Las negociaciones fueron tensas por los intereses en juego (geopolíticos, económicos, financieros, migraciones, etc.).

En relación con el *Brexit con acuerdo*, las "aguas" también estaban divididas en un "Brexit duro" y en un "Brexit blando". El *Brexit duro* era la opción que menos le gustaba a la UE y, además, cambiaba bastante la situación *prebrexit*. Los británicos defensores de esta postura, los más conservadores, defendían -entre muchas otras cosas- un mayor control de las fronteras y la imposición de más aranceles para proteger a los productores locales y la industria nacional. Incluso, se propiciaba que el Reino Unido pudiera negociar, uno por uno, los acuerdos de libre comercio con los países que mejor se adecúan a sus intereses. El problema de esto último era el tiempo, porque negociar con cada uno de los países de la UE (incluso países por fuera de la UE, como Estados Unidos y la India) hubiese significado negociaciones complejas cuya duración no hubiese sido corta.

Sin embargo, un *Brexit blando* era mucho más conciliador y amigable, en el que la relación entre la UE y el Reino Unido cambiaría mucho menos respecto a la situación *prebrexit*. De hecho, cosas como el "mercado común" o la "unión aduanera" podrían seguir en funcionamiento. Esta era la opción favorita de los "europeístas británicos" y del sector más progresista del país.

Faltando pocos días para la finalización del plazo del 31/12/2020 (*deadline*), el Reino Unido y la UE anunciaban que tenían un acuerdo que, por otro lado, se tenía que aprobar por el Parlamento británico y por el Parlamento europeo. El Consejo europeo, también, tenía que dar su conformidad por unanimidad.

¿En qué consistía ese acuerdo? Entre varios puntos, lo más importante es que el Reino Unido y la UE mantienen el libre comercio entre ambos, es decir, no habrá aranceles ni se establecerán cantidades máximas para comerciar (cuotas), además, ambas partes continuarán cooperando en todas las áreas de interés mutuo incluyéndose temas como el cambio climático, la energía, la seguridad el transporte.

No obstante, sí habrá puntos que, tras el Brexit, van a cambiar. Por ejemplo, los europeos que residan en el Reino Unido y los británicos que residan en países de Europa por trabajo podrán continuar sin problemas, pero los viajeros de corta duración procedentes de Reino Unido podrán visitar la UE solamente durante noventa (90) días y no tendrán derecho a trabajar ni a estudiar, y viceversa. Los que necesiten permanecer más de ese tiempo tendrán que tramitar un visado. Por otro lado, a partir de octubre de 2021 los europeos que decidan viajar al Reino Unido deberán hacerlo con pasaporte. Eso sí, los turistas continuarán cubiertos por un plan de atención médica mutua en caso de emergencia. El carnet de conducir europeo seguirá siendo válido en el Reino Unido. Por su parte, el Reino Unido queda fuera del *roaming* europeo, con lo cual, el nacional de cualquier país de la UE que decida viajar al Reino Unido deberá gestionar con su empresa proveedora el servicio correspondiente para poder utilizar los "datos móviles" desde su teléfono móvil.

En materia de educación, el Reino Unido dejará de participar del programa ERASMUS + (European Community Action Scheme for the Mobility of University Students).⁽¹³⁾

En lo que hace al transporte, las aerolíneas pierden la capacidad de operar vuelos intraeuropeos, por ejemplo, British Airways no podrá operar un vuelo entre Roma y Madrid, pero sí uno que sea Madrid-Londres.

Por otro lado, el acuerdo no incluye el libre comercio de servicios financieros; por lo que, la *City* de Londres pierde la capacidad de poder operar en toda la UE con acceso privilegiado.

Con respecto a la pesca, vale la pena aclarar que este tema fue uno de los puntos por el cual casi se rompen las negociaciones. Hasta junio de 2026 la UE transferirá al Reino Unido el 25% del valor de las capturas en aguas británicas y, tras este período, habrá negociaciones anuales para ponerse de acuerdo.

Uno de los aspectos más importantes del Brexit fue la cuestión territorial. Para empezar, el acuerdo del Brexit deja afuera a Gibraltar y a otros territorios británicos de ultramar, como, por ejemplo, las Islas Malvinas. La idea es que España y Reino Unido son los que deben ponerse de acuerdo sobre qué sucede en Gibraltar. Sin embargo, sí se ha negociado qué sucede específicamente sobre Irlanda del Norte; aquí se han puesto de acuerdo y, básicamente, Irlanda del Norte seguirá cumpliendo algunas de las normativas en cuanto a la mercancía de la UE que el resto del Reino Unido no tiene por qué cumplir. El objetivo de esto es que no haya una frontera física entre la República de Irlanda e Irlanda del Norte, para evitar, así, controles fronterizos y demás burocracia que sería un absoluto caos.

Por último, hay que ver qué pasa con Escocia. Recordemos que en el año 2014 se votó en un referéndum sobre si se independizaban o no del Reino Unido y ganó el *no*. Pero esta votación se llevó a cabo antes del Brexit (que fue en el 2016). Durante el escrutinio del Brexit el 62% de los escoceses votó por permanecer en la UE. Ahora, como finalmente ganó el Brexit, el Gobierno escocés sostiene que se debe celebrar un nuevo referéndum por la independencia, ya que la situación del país ha cambiado considerablemente desde aquel 2014 y, como lo señalamos, la mayoría del pueblo escocés decidió seguir formando parte de la UE.

c) ¿Retorno al derecho administrativo inglés u oportunidad para el cambio?

El final del período de transición brinda una buena oportunidad para reformar el -dicho por los propios británicos⁽¹⁴⁾- "anticuado" régimen de contratación pública. Estas reglas han hecho que sea mucho más difícil la creación de oportunidades para que las empresas innovadoras obtengan negocios y mejoren servicios públicos o para que los organismos públicos excluyan a los proveedores que hayan tenido mal desempeño en el pasado.

El Reino Unido, como ya señalamos anteriormente, gasta alrededor de £ 290 billones en adquisiciones públicas cada año. Los propios británicos -desde el *Cabinet Office*- reclaman que esta enorme cantidad del gasto público debe aprovecharse para desempeñar un papel preponderante en la recuperación económica del Reino Unido; abrir los contratos públicos a más pequeñas empresas y empresas sociales para innovar en la prestación de servicios públicos y el cumplimiento del objetivo de emisiones netas de carbono cero para 2050. El Gobierno ya ha revisado el *Green Book*⁽¹⁵⁾ para asegurarse de que es compatible con "subir de nivel" y está tomando otros pasos, por ejemplo, a través de la Estrategia Nacional de Infraestructura para garantizar cadenas de suministro resilientes.

Este *Green Book* aborda otro elemento del programa de reforma: la reforma de las leyes de adquisiciones. Se critica que, durante demasiado tiempo, los enfoques modernos e innovadores para las adquisiciones se han estancado en procedimientos burocráticos. Así, desde el Gobierno británico se señala la necesidad de abandonar estas reglas complicadas y sofocantes, y dar rienda suelta al potencial público de adquisiciones para que los equipos comerciales puedan adaptar sus procedimientos tendientes a satisfacer las necesidades del mercado.

El 2/12/2020, el Reino Unido depositó su Instrumento de Adhesión para adherirse al World Trade Organisation's Agreement on Government Procurement (GPA) convirtiéndose en un miembro independiente justo antes cuando el período de transición finalizó el 31/12/2020. Esto garantiza acceso a £ 1,3 billones en los mercados de contratación pública en el extranjero que proporcionan importantes oportunidades de exportaciones para las empresas británicas. Al diseñar el nuevo marco regulatorio, están comprometidos con el GPA y sus principios de equidad, imparcialidad, transparencia y no discriminación. Sobre tal base, desde el Gobierno británico han propuesto consagrar en la ley local los principios de la contratación pública: "valor por dinero" (*value for money*), bien público, transparencia, integridad, eficiencia, trato justo de proveedores y no discriminación.

Sobre la base de aquellas propuestas, se postula la agilización y simplificación integral del complejo marco normativo que regía -hasta la finalización del período de transición- la contratación pública; es decir, racionalizar y aclarar las reglas paralelas del Reglamento de Contratos Públicos de 2015, el Reglamento de Contratos de Servicios Públicos de 2016, el Reglamento de Contratos de Concesión de 2016 y el Reglamento de Contratos Públicos de Defensa y Seguridad de 2011, sustituyéndolos a todos con un conjunto único y uniforme de reglas para todas las adjudicaciones de contratos. Esto se complementará con partes o secciones específicas del sector donde se requieren diferentes reglas para operación o para proteger el interés nacional británico, por ejemplo, en la defensa o servicios públicos.

El Reino Unido ha iniciado -producto del Brexit- un proceso de modificación de la legislación y sistemas de contratación para garantizar la concreción de los cambios al finalizar el período de transición. Se dispuso un nuevo servicio "*Find a Tender*" para los anuncios y publicación de los contratos que entró en vigor el 1/1/2021, en sustitución del Diario Oficial de la UE.

VI - CONCLUSIÓN

Parafraseando nuevamente a Churchill, el Reino Unido ha elegido los "mares abiertos" en vez de la incómoda "Europa". Sin embargo, este período de transición, tras el Brexit, no necesariamente implique que la nación británica haya dado la espalda, al menos desde el punto de vista económico, al viejo continente, sino que adoptó una política proteccionista pero de libre mercado, por más que parezca una contradicción, en miras de colocar sus productos y contratar con el resto del mundo desde una posición más controlada y sin depender de intereses que excedan de los suyos.

A partir de 1973, los sistemas legales del Reino Unido experimentaron una integración en el sistema de derecho de la UE, que tuvo efectos directos sobre el derecho interno de sus Estados constituyentes, la mayoría de los cuales tenían sistemas internos que estaban influenciados por el derecho civil continental. Esta tradición

jurídica cultivó una técnica de interpretación legislativa más intencionada que la habitual en el derecho consuetudinario inglés. Sin embargo, el Reino Unido abandonó la UE en 2020. El régimen de derechos humanos representado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) ha ejercido una influencia similar en el Reino Unido desde la aprobación por el Parlamento de la Human Rights Act 1998.

En materia de contratación pública (*Public Procurement*) los propios británicos reconocen que están ante una oportunidad histórica para reformular sus regulaciones, sobre todo, en un escenario mundial en pleno desarrollo de pandemia por el COVID-19 que traerá consecuencias de redistribución geopolítica del poder y, obviamente, de los mercados. Muchos países, entre ellos Uruguay, ya se han lanzado a la conquista de acuerdos económicos con el Reino Unido aprovechando la nueva apertura que deberá adoptar tras su desvinculación con el resto de Europa.

El derecho administrativo europeo dejará de tener la incidencia o avance por el que supo infiltrarse en el tan particular y escurridizo *common law*; el derecho británico recuperará su esencia pero enriquecido de la experiencia recogida por el derecho comunitario. Aunque, es justo decirlo, este último fue más enriquecido y, sobre todo, abastecido por aquel que hunde sus raíces en la Edad Media.

Notas:

- (1) Abogado (UNR). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Maestrando en Derecho Administrativo Económico (UCA). Director del Instituto de Derecho Administrativo y Tributario del Colegio de Abogados de Pergamino. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Actualmente, es subsecretario de Gobierno en la Municipalidad de Pergamino
- (2) Como veremos más adelante, el "pueblo británico" no fue unánime en la decisión de desvincularse de la UE. Los escoceses, por ej., votaron mayoritariamente por seguir formando parte de la UE
- (3) Barra, Rodolfo: "Fuentes del ordenamiento de la integración" - Ed. Ábaco - Bs. As. - 1998 - págs. 41/2
- (4) K. Lenaerts; J. A. Gutiérrez Fons: "The constitutional allocation of powers and general principles of EU law" - CMLR 47 - 2010 - pág. 1629 y ss.; Editorial comments: "The scope of application of the general principles of Union law: an ever expanding Union" - CMLR 47 - 2010 - pág. 1589 y ss., cit. por Schwarze, Uergen: "El derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: observaciones preliminares" - Bruselas - 2011 - <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- (5) Schwarze, J. en Schwarze, J. (Ed.) - 2ª ed. - EU - Kommentar - Baden-Baden - 2009 - art. 220, TCE, nota 14 y ss., op. cit.
- (6) TJUE, asunto 17/74, Transocean Marine Paint Association/Comisión, Rec. 1974, pág. 1063 y ss.
- (7) TJUE, asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rec. 1970, pág. 1125, y asunto 265/87, Schröder Kraftfutter/Hauptzollamt Gronau, Rec. 1989, pág. 2237 y ss.; para más información véase Schwarze, J.: "European Administrative Law" - 1ª ed. revisada - Londres - 2006 - pág. cxxxix y ss., op. cit. Schwarze, Uergens
- (8) TJUE, asunto C-353/01 P, Olli Mattila/Consejo, Rec. 2004, I-1073 y ss.; TPI, asunto T-14/98, Heidi Hautala/Consejo, Rec. 1999, II-2489 y ss.; TJUE, asunto C-353/99 P, Consejo/Heidi Hautala, Rec. 2001, I-9565 y ss.; para más información, véase Schwarze, J. : "Rechtsstaatliche Grundsätze für das Verwaltungshandeln in der 'alten' und 'neuen' Europäischen Union", en Iliopoulos, J.; Strangas, H. Bauer (Eds.), SIPE 1, "Die Neue Europäische Union, The New European Union, La Nouvelle Union Européenne, Atenas, Berlín y Bruselas" - 2006 - pág. 165 (171); op. cit. Schwarze, Uergens
- (9) Véase el Diario Oficial C 83/2010, pág. 313
- (10) Tratados de Roma: establecer la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM); firma: 25 de marzo de 1957, entrada en vigor: 1/1/1958
- (11) <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51220070>
- (12) Mediante la cual, entre otros temas, se trata la incorporación de España y Portugal a la CEE
- (13) Es un programa de intercambio de estudiantes de la UE establecido en 1987 (Council decision, OJ L 166, 25/6/1987). ERASMUS +, o Erasmus Plus, es el nuevo programa que combina todos los planes actuales de la UE para la educación, la formación, la juventud y el deporte, que se inició en enero de 2014
- (14) Lord Agnew, Minister of State for the Cabinet Office (Transforming public procurement Presented to Parliament by the Parliamentary Secretary at the Cabinet Office by Command of Her Majesty December 2020)
- (15) Un *Green Book* es una publicación del gobierno que detalla temas específicos y luego señala posibles cursos de acción en términos de política y legislación, a diferencia de los *White Books* que son publicados por el gobierno como declaraciones de política y, a menudo, presentan propuestas para cambios legislativos o la introducción de nuevas leyes (The Guardian)