

Informe nacional BRASIL

Tarcila REIS y Eduardo JORDÃO¹

1. UNIDAD Y DISPERSIÓN DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL

El sistema de contratación pública en Brasil ha pasado por un proceso de unificación y posterior dispersión en los últimos veinticinco años². El intento de los años 90 de unificar los regímenes de contratación se vio frustrado por la necesidad de satisfacer el crecimiento exponencial de las necesidades en contratación, con proyectos complejos y cronogramas distintos. Por una parte, la promulgación de la Constitución democrática de 1988 restauró los fundamentos de la contratación pública. El artículo 37 XXI³ de la Constitución creó (i) la regla general de la licitación pública, (ii) la igualdad de oportunidad para los interesados, (iii) la preservación de las condiciones contractuales y (iv) la búsqueda de la propuesta más ventajosa para la administración pública. Por otra parte, se constata un movimiento contrario a la unidad del régimen contractual. La ineficiencia derivada de la aplicación del régimen común ha propiciado una “evasión” hacia los regímenes especiales que impide la unidad del sistema de contratación.

El artículo 22 XXVII⁴ de la Constitución establece la prerrogativa de la Unión Federal de establecer *normas generales* sobre las licitaciones y la contratación pública. Así, en 1993 se publicó la ley de licitaciones y contratos de la administración pública (Ley 8.666 de 1993). Sin embargo, las normas generales de la Ley 8.666 no comportan una limitación a la autonomía de los entes federativos subnacionales relacionada con sus prerrogativas locales⁵, ni tampoco constituyen una fuente exhaustiva de normas sobre los modelos contractuales.

¹ TARCILA REIS es doctora en Derecho Público por SciencesPo Paris, maestra en Derecho Público por Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) y maestra en Ciencia Política por la London School of Economics (LSE). EDUARDO JORDÃO es profesor de Derecho Público en la Escuela de Derecho de Rio de Janeiro de la Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), doctor en Derecho por la Universidad de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) y “La Sapienza” de Roma (en régimen de doble grado), maestro en Derecho por la London School of Economics (LSE) y por la Universidad de São Paulo (USP). La traducción es de responsabilidad de los autores. Los autores agradecen a ANTONIO BASTOS por la ayuda en la fase de la investigación.

² Algunos ejemplos de marcos de este proceso son (a) la Ronda Uruguay, promovida por la Organización Mundial del Comercio en 1996, que produjo un acuerdo sobre los contratos administrativos entre 22 países, y (b) las directivas de 1992 y 1993 de la Unión Europea sobre licitación, que crearon un modelo rígido en el que se limitaba la discrecionalidad del agente público.

³ Artículo 37, XXI de la Constitución Federal.

⁴ Artículo 22, XXVI de la Constitución Federal.

⁵ El gobierno del Estado Federado de Rio Grande do Sul instauró ante la Corte Suprema una acción de declaración de inconstitucionalidad (n.º 927-3/RS). En la oportunidad, la Corte intentó definir el concepto de “norma general”, sin lograr mucho éxito. No obstante, quedó claro que algunos artículos se aplican solamente a la Unión, garantizando la autonomía de los Estados y Municipios.

Por otro lado, la noción de régimen común sigue presente en el discurso jurídico. Aunque hayan proliferado regímenes especiales, la Ley 8.666 sigue ejerciendo influencia sobre las contrataciones públicas, por lo menos, por su aplicación subsidiaria. La Ley 8.666 establece en su artículo 2 una noción amplia de contratos administrativos. En sentido estricto, hay dos grandes sistemas: (i) los contratos conmutativos⁶ y (ii) los contratos de delegación⁷. En cualquier caso, todos se inspiran en los principios comunes de la administración pública, lo que refuerza el discurso de unidad de régimen.

Pero el discurso de unidad contrasta con la práctica normativa que propende por la pluralidad que se ha ido consolidando y extendiendo en los últimos años, mediante el papel protagónico de los regímenes especiales, que se identifican por dos aspectos característicos: el contenido especial del contrato, y los procedimientos especiales de contratación. Vamos a ilustrar estos dos tipos de tendencias con (i) el sistema de concesiones públicas, (ii) la modalidad de licitación llamada “*pregão*” y (iii) el régimen diferenciado de contrataciones.

En términos de contenido, (i) el sistema de concesiones públicas ha implantado una lógica particular en cuanto a la manera de elaborar, consolidar y manejar los contratos públicos. Este sistema ha sido formalizado por la Ley 8.987 de 1995 y profundizado con la Ley 11.079 de 2004, referida a las alianzas público-privadas (en portugués, PPPs) o concesiones especiales. Esta última ley creó un régimen especial dentro del régimen general de concesiones (las PPPs son especies de contratos de concesión) mediante dos modalidades: (a) la concesión patrocinada⁸ y (b) la concesión administrativa⁹. Este régimen especial trajo innovaciones significativas, como la distribución amplia y eficiente de los riesgos, que afectan el régimen general de las concesiones.

En términos de procedimiento, el ejemplo más ilustrativo es la Ley 10.520 de 2002, que establece el procedimiento de contratación para obras y servicios ordinarios, conocido como (ii) “*pregão*”¹⁰. Las principales innovaciones del “*pregão*” fueron: (a) la inversión de fases de la licitación (se evalúa el precio antes de la habilitación del

⁶ Los contratos conmutativos establecen una relación de colaboración. El contratista presta servicios o provee bienes que viabilizan el desarrollo de las actividades administrativas. Ejemplos de esta modalidad contractual serían el contrato de obras públicas y el contrato de suministro de materiales de oficina.

⁷ Los contratos de delegación suponen una sustitución práctica y la atribución de responsabilidades públicas al concesionario. El contratista pasa a ejercer funciones que son eminentemente públicas, derivadas de una delegación de la administración. Ejemplos de estos contratos serían los contratos de concesión, como la concesión de transporte colectivo por autobús o la concesión de energía eléctrica.

⁸ Artículo 2, § 1: Concesión patrocinada es una concesión de servicios públicos o de obras públicas de que trata la Ley 8.987 de 1995, cuando comprende, además de la tarifa cobrada a los usuarios, la contraprestación pecuniaria del Poder Público al concesionario.

⁹ Artículo 2, § 2: Concesión administrativa es el contrato de prestación de servicios en el cual la administración es la usuaria directa o indirecta, aunque ello implique la ejecución de obra o el suministro e instalación de bienes.

¹⁰ Esta modalidad de licitación había sido ensayada con buen éxito mediante la ley que creó la Agencia Reguladora de Electricidad (ANEEL) y después fue expandida.

interesado) y (b) la posibilidad de lanzar nuevas propuestas de precios después de la abertura de la propuesta inicial.

Finalmente, la más reciente innovación ha sido la creación del (iii) régimen diferenciado de contrataciones (RDC), por medio de la Ley 12.642 de 2011¹¹, cuyo objetivo fue solucionar el dilema entre corto tiempo y alta complejidad de obras. Este régimen fue creado para objetos específicos¹², instituyendo inicialmente licitaciones simplificadas para la realización: (I) de los Juegos Olímpicos y Paraolímpicos de 2016; (II) del Mundial de Fútbol de 2014 y (III) de obras de infraestructura y de la contratación de servicios para los aeropuertos de capitales de los Estados de la Federación, distantes hasta 350 km de las ciudades sedes¹³. Las principales innovaciones del régimen diferenciado de contrataciones son: (a) la posibilidad otorgada al ejecutor de obras de ingeniería de elaborar también el proyecto (contratación integrada), sin necesidad de realizar una licitación anterior para contratar la elaboración del proyecto; (b) la remuneración variable vinculada al desempeño del contratado y proporcional a la economía que genere para el contratante (contrato de riesgos); (c) la posibilidad de hacer propuestas secuenciales (combinadas o no con una propuesta económica en documento cerrado), conocidas como subasta inglesa; (d) el secreto del presupuesto estimado por el Poder Público para el contrato¹⁴, lo que permite una mayor asimetría de información entre los licitantes y busca la formulación de propuestas más interesantes para la administración¹⁵; (e) la posibilidad de pre-calificación, con la sustitución total o parcial de

¹¹ Este régimen fue creado por la medida provisional MP 527 de 2011, que fue convertida en la Ley 12.642 de 2011. El Decreto 7.581 de 2011 reglamenta el régimen diferenciado de contrataciones.

¹² El nuevo régimen provocó y sigue provocando muchos debates. La principal crítica es la creación de un régimen de excepción que violaría las normas generales. Además, los partidos políticos PSD, DEM y PPS interpusieron la acción directa de inconstitucionalidad (n.º 4645) ante la Suprema Corte alegando la excesiva discrecionalidad del agente público sobre la remuneración del contratista, al establecer criterios demasiado vagos. El Procurador General de la República también interpuso una acción (ADI n.º 4.655) ante la Suprema Corte por la inconstitucionalidad de diversos dispositivos de la ley, en particular los artículos 4, IV y 10. El Procurador argumentó que los criterios de selección son excesivamente subjetivos y que la remuneración variada se establece como un premio, en detrimento de la simple obligación de cumplir el contrato.

¹³ El régimen parecía tener un objetivo transitorio, aplicable solamente para la situación de emergencia resultante de los eventos específicos. Sin embargo, hay un intento de expandir la aplicación del régimen para todas las obras de ingeniería y arquitectura y en todos los entes de la Federación, por medio de la Medida Provisional n.º 630/2013.

¹⁴ La innovación del RDC, consistente en mantener secreto el presupuesto oficial previsto para el contrato, generó una polémica sobre la infracción a la Constitución Federal, en la medida en que esta establece la publicidad como principio general de la administración pública (arts. 5.º, XXXIII y 37). Ello dio lugar a un acción directa de inconstitucionalidad (ADI n.º 4.645), pero la Suprema Corte ("Supremo Tribunal Federal") todavía no ha decidido sobre su procedencia. Sin embargo, hay argumentos a favor de la innovación en la medida en que, por una parte, no se viola la obligación de tratamiento igualitario a los licitantes y, por otra, el incentivo a la competitividad, inherente a la figura jurídica, genera ventajas económicas que se traducirán en beneficio para el interés público.

¹⁵ CARDOSO, ANDRÉ GUSKOW, O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. En JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR A. GUIMARÃES (Coord.), *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas* (RDC): comentários à Lei no. 12.462 e ao Decreto no. 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 73-99. Al fin de cuentas, en el régimen común, en el que es obligatoria la

los documentos de habilitación por un certificado de pre-calificación, lo que ha cambiado la dinámica de preparación del contrato¹⁶.

Finalmente, la pluralidad de sistemas de contratación no significa que los regímenes especiales se reduzcan a una evasión del régimen general. Los regímenes particulares tienen consecuencias sobre el régimen común, impactando su lógica y promoviendo cambios en sus normas. Las innovaciones que originariamente pertenecían a un régimen especial son también absorbidas por el (nuevo) régimen común. La dinámica entre los regímenes especiales y el régimen común es de doble vía, lo que significa que la evasión del régimen común, aunque es real¹⁷, es solamente un aspecto del fenómeno. Por ejemplo, la inversión de fases de la licitación ha pasado a aplicarse reiteradamente en el “*pregão*”, en “las concesiones”, “las alianzas público-privadas” y “el régimen diferenciado de contratación”. La excepción se tornó casi una regla. Así, aunque las ineficiencias del sistema normativo y la complejidad envuelta en las contrataciones del régimen común expliquen el proceso de evasión hacia la especialización, este proceso no resulta solamente en dispersión. Una convergencia de los regímenes permite anticipar que un nuevo ciclo de sistematización empieza. Por ejemplo, el Gobierno Federal ha ido sustituyendo el régimen común de contrataciones de la Ley 8.666 por el Régimen Diferenciado de Contrataciones (RDC) mediante dos acciones. Primero, ha extendido la aplicación del RDC (destinada originalmente solo para los Juegos Olímpicos y para el Mundial de Fútbol) hacia los sectores de la salud y la educación. Segundo, ha condicionado la transferencia de recursos del Programa de Aceleración del Crecimiento a los Estados y Municipalidades al uso del RDC, en detrimento de otras modalidades contractuales¹⁸.

2. GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

Existen reglas específicas para las llamadas licitaciones internacionales. Habitualmente se permite la participación de las empresas extranjeras: la regla general es la prohibición

publicación del presupuesto estimado, las propuestas son similares y se aproximan al límite disponible anunciado por el Poder Público. Es decir, el acceso al valor que el Poder Público juzga necesario para la ejecución del contrato auspicia que las propuestas tiendan a acercarse al presupuesto oficial previsto, disminuyendo el grado de competitividad. Cf. PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO, *Reformando o RDC – Regime Diferenciado de Contratações*, publicado en 11 de junio de 2013 y disponible en: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/reformando-o-rdc-regime-diferenciado-de-contratao-para-publicacao-versao-2-env>

¹⁶ Esta circunstancia ha cambiado la dinámica de preparación del contrato. Ella permite que la habilitación sea mucho más rápida, desburocratizada y menos susceptible a demandas judiciales. Después del procedimiento de pre-calificación, que se realiza antes e independientemente de una licitación específica, el licitante habilitado recibe un certificado válido por un año, que puede, sin embargo, actualizar.

¹⁷ ROSILHO, ANDRÉ. *Licitação no Brasil*, São Paulo, Malheiros, 2013.

¹⁸ PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO. *Reformando o RDC – Regime Diferenciado de Contratações*, publicado en 11 de junio de 2013 y disponible en <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/reformando-o-rdc-regime-diferenciado-de-contratao-para-publicacao-versao-2-env>

de establecer tratos diferenciales entre las empresas por su nacionalidad. Sin embargo, la Ley 8.666 contempla ciertos privilegios y beneficios para productos de origen brasileño (aunque no necesariamente fabricados por empresas brasileñas), privilegio que tiene fundamento en que uno de los principios de la contratación es la promoción del desarrollo nacional.

La Ley 8.666 se refiere expresamente a la licitación de carácter internacional (art. 42). La previsión de “licitaciones internacionales” no impide que empresas extranjeras participen en las licitaciones comunes. Impedir la participación de empresas extranjeras sería inconstitucional por violar el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, establecido en el artículo 5.º de la Constitución. También vale la pena señalar que la enmienda n.º 6 de 1995 derogó el artículo 171 de la Constitución, que establecía distinciones legales entre las empresas extranjeras, las empresas brasileñas y las empresas brasileñas de capital nacional. Igualmente, el artículo 3, § 1, II de la Ley 8.666 prohíbe el establecimiento de un trato diferenciado entre las empresas extranjeras y brasileñas, salvo las excepciones que serán expuestas más adelante.

La empresa extranjera podrá participar en la licitación, independientemente de si está constituida en Brasil. Si la empresa extranjera está constituida y opera en Brasil, de acuerdo con las normas del Código Civil (Ley 10.406, arts. 1134-1131), no habrá mayor dificultad o requisito especial para participar en la licitación. Si, por el contrario, no tiene estas condiciones, debe respetar las reglas del artículo 34, § 4, referido a la calificación para participar en la licitación (habilitación). De acuerdo con este artículo, la empresa debe constituir un representante legal en Brasil con facultades expresas y realizar la autenticación y traducción de los documentos requeridos que sean equivalentes a los de los nacionales. Por último, la Ley 8.666 establece en su artículo 33, § 1 que si hay consorcio de empresas brasileñas y extranjeras, su liderazgo debe ser de una empresa brasileña.

Por otro lado, existen algunas excepciones a la igualdad de condiciones, que pueden afectar a las empresas extranjeras. Como se explica en el tema 4, más abajo, la Ley 12.349 de 2010 cambió la Ley 8.666, estableciendo la búsqueda del desarrollo sostenible a nivel nacional como uno de los principios de las contrataciones, lo cual se logra por dos caminos distintos: (i) siguiendo los criterios de desempate, (ii) siguiendo las condiciones de preferencia en la selección. El § 2 del artículo 3.º establece que, en igualdad de condiciones de las propuestas, será privilegiada la que comprenda mercancías producidas en Brasil, las mercancías producidas o suministradas por las empresas brasileñas o los productos fabricados o proporcionados por las empresas que invierten en investigación y desarrollo tecnológico en el país. No obstante, estos criterios raramente se aplican porque son igualmente raros los empates¹⁹.

¹⁹ Cfr. PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO, *Concessões e PPPs – Melhores práticas em licitações e contratos administrativos*, PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO. Editora Atlas, p. 60.

En cuanto a las condiciones de preferencia, ellas consisten en una diferencia positiva para la evaluación de las propuestas, mediante valores absolutos o porcentuales aplicados al licitante beneficiado. El § 5 del artículo 3.º establece preferencias para productos fabricados en Brasil y para servicios nacionales que comprendan los efectos establecidos en el § 6, tales como la generación de empleo o las repercusiones sobre el recaudo de impuestos federales. Esta preferencia se establece por decreto de la administración pública pero no puede superar el 25% del precio²⁰. Se debe observar que las diferencias que establece la ley no se refieren a las empresas nacionales sino a las mercancías nacionales y los servicios nacionales, que también pueden ser producidos por empresas extranjeras en Brasil. Del mismo modo, en la mayoría de concesiones públicas y alianzas público-privadas para la prestación de los servicios públicos, estos servicios tienen que ser realizados en Brasil.

Desde otra perspectiva de globalización, las organizaciones internacionales o la dinámica internacional pueden cambiar las reglas aplicables a los contratos públicos de manera directa o indirecta. La primera se presenta cuando la ley general de contratos públicos se substituye por la regulación del ente internacional que financia el proyecto. Esto ocurre para lograr una uniformización de las reglas manejadas por estos organismos. De otra manera, tendrían que experimentar mutaciones en cada contexto de actuación. La afectación indirecta resulta en una absorción de los principios y prácticas internacionales en el régimen doméstico de contrataciones. Por ejemplo, la utilización del arbitraje, políticas de transparencia y la relación entre remuneración y rendimiento.

La Ley 8.666 establece en su artículo 42, § 5 la posibilidad de impacto directo, con la aplicación de normas y procedimientos de instituciones internacionales de financiación. Este dispositivo establece que esto solo se hará cuando tal aplicación es una condición esencial impuesta por el donante. Es decir, no es suficiente la financiación extranjera del proyecto, por cuanto, además, debe establecerse que el donante exige la aplicación de sus normas, como lo tiene establecido el Tribunal de Cuentas de la Unión²¹. Por otra parte, las normas de esta entidad donante no pueden violar el principio de juicio objetivo ni los principios fundamentales de la Constitución brasileña²². El Tribunal Superior de Justicia (STJ) ha emitido decisiones confirmando la aplicación de estas normas y declarando que la aplicación de otras normas, distintas de la Ley 8.666, no afecta necesariamente el principio de igualdad²³.

Debido a los problemas derivados de la aplicación de las normas extranjeras, el Tribunal de Cuentas ha permitido la utilización del Manual de Convergencia de las Normas de Licitación del PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) para

²⁰ Un ejemplo es el Decreto 7.756 de 2012, que establece márgenes de preferencia para la ropa y el calzado, que son actualmente del 20%.

²¹ TCU, Acórdão 935/2007, Plenário.

²² STJ, Ag 627913/DF de 2004

²³ STJ, RMS nº 14.579/MG, j. 20.09.2005; RMS nº 11.015/MG, j. 11.06.2001

los proyectos de cooperación técnica internacional. Esta decisión fue tomada en la Sentencia 946/2004 - Plenario, y se convirtió en la guía para la Corte.

3. PLANEACIÓN Y PLANIFICACIÓN EN LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

El proceso de contratación pública en Brasil es objeto de un intento de simplificación orientado por la necesidad de contratar de manera simple incluso objetos complejos. Para los fines de este informe nacional consideramos objetos complejos aquellos que (i) permean el interés y la competencia de diversas entidades gubernamentales, (ii) exigen el conocimiento de profesionales con formaciones variadas y (iii) necesitan contemplar actores sociales muy distintos para una correcta implementación. Esta contratación conlleva así la participación de equipos multidisciplinares y sectores diversos de la sociedad, buscando, no obstante, la simplificación del procedimiento.

Este fenómeno tiene las siguientes consecuencias.

Primero, los contratos públicos son revestidos de carácter de políticas públicas. Por consiguiente, la relación no es solamente bilateral (entre el contratante y el contratado), sino *trilateral*²⁴. El usuario del servicio público o beneficiado de una obra pública está directamente involucrado en la formulación de la política pública y, por consiguiente, en la discusión sobre el contenido del contrato. Un proyecto que descuide los potenciales costos y beneficios sociales derivados de un futuro contrato no contará con apoyo popular²⁵ y verá fragilizada su viabilidad económico-financiera. La participación popular generalmente tiene dos ocasiones de manifestación formal: la audiencia pública y la consulta pública, además de sesiones públicas, consejos y otras modalidades que serán presentadas adelante.

Segundo, en razón de su naturaleza de política pública, los contratos públicos son desarrollados según una agenda transversal, con implicaciones institucionales en su proceso de toma de decisión. La decisión sobre el objeto y las condiciones de los contratos es cada vez más compleja, al estar sujeta a consejos, cuyos miembros son representantes de órganos sectoriales del gobierno y de la sociedad. Por ejemplo, ha habido una multiplicación exponencial de consejos gestores de concesiones a nivel estatal y municipal. Las leyes de PPPs de los entes federativos tienen previstos esos consejos por todo Brasil, y sus prerrogativas tienen alto impacto, una vez que establecen las prioridades del programa de PPPs, o sea, cuáles son los proyectos que serán implementados y bajo qué cronograma. Por consiguiente, hay muchas críticas acerca de

²⁴ Cf. MARCAL JUSTEN FILHO, *TEORIA GERAL DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO*, 61 (2003).

²⁵ Los contratos públicos relacionados con el Mundial de Fútbol de 2014 son ejemplos recientes de intensa polémica y crítica social. Es importante mencionar la participación de la población en las decisiones de la fase preparatoria de las contrataciones, incluso sobre el modelo de contratación y costos. PEREIRA, BRUNO. *Estádios da Copa, Contratos Públicos e Melhor Uso de Recursos Públicos*, publicado en 01 de agosto de 2011 en <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-est%C3%A1dios-da-copa-contratos-p%C3%BAblicos-e-melhor-uso-de-recursos-p%C3%BAblicos>.

la implantación de consejos muy amplios, con muchos órganos involucrados, porque la tomada de decisión resulta obstaculizada por las formalidades y dificultades de organizar las reuniones. Por ejemplo, la experiencia del Estado de Minas Gerais, que tiene uno de los programas más avanzados de PPPs de Brasil, pone de presente la necesidad de simplificación. La ley del Estado establece la participación de trece secretarías en el Consejo Gestor de PPPs, lo que generó un diseño institucional demasiado engorroso para la adopción de decisiones.

Tercero, la atribución de competencias de planificación tiene fuerte impacto en las características de las contrataciones. La existencia de un cuerpo técnico exclusivamente destinado a la planificación conlleva una predisposición institucional hacia la implementación de los contratos, lo que es indicativo y un incentivo para la iniciativa privada. El fortalecimiento del rol del Estado por medio de la mejor calificación técnica de su equipo viene siendo insistentemente resaltado por los profesionales y estudiosos del tema. Además, para fines de efectividad institucional, la experiencia brasileña sugiere la importancia de que esos cuerpos técnicos se aglutinen en órganos con fuerza política. En la mayoría de los casos concretos, las “Unidades de PPPs”, o sea, los cuerpos técnicos que estructuran las contrataciones, están situadas en órganos con expresión política, como las secretarías del Gobierno y las secretarías de Hacienda. De otro modo, resultaría difícil lograr un acuerdo para un proyecto generalmente transversal.

Además, esta distinción procesal ha tenido cambios recientes. De hecho, disciplinas novedosas relacionadas con la preparación y selección de los proyectos han transformado los objetivos de la contratación, la dinámica entre la iniciativa privada y los gestores públicos y el mercado de consultorías brasileño. En cuanto a los objetivos de la contratación, la búsqueda de la propuesta económica más ventajosa ya no es suficiente. Por ejemplo, la contratación ecológica introduce una serie de innovaciones. Primero, la Ley 12.187 establece la Política Nacional de Cambio Climático, que promueve la adopción de criterios preferenciales para propuestas en licitaciones con economías de energía, agua u otros recursos naturales. Segundo, la instrucción normativa n.º 1/2010 del Ministerio de la Planeación prevé que las características de los objetos de licitaciones deberán comprender criterios de sostenibilidad. Finalmente, la Ley 12.349 de 2010 modificó la ley general de contrataciones (Ley 8.666 de 1993), estableciendo que la promoción del desarrollo nacional sostenible es ahora una de las finalidades de la contratación.

En relación a la estructuración de proyectos, la dinámica entre la iniciativa privada y los gestores públicos ha cambiado completamente, al acudir al “Procedimiento de

Manifestación de Interés”²⁶ y la “Manifestación de Interés de la Iniciativa Privada”²⁷. En verdad, diversos proyectos fueron o están siendo estructurados recientemente por medio de estos procedimientos, como por ejemplo la Transolímpica (Rio de Janeiro), Metro (Bahia), Bus Rapid Transit (Sorocaba) y muchos otros²⁸. Estos procedimientos se derivan del artículo 21 de la Ley de Concesiones (Ley 8.987 de 1995), según la cual los estudios, investigaciones, proyectos, levantamientos u obras vinculados a una concesión pueden ser “autorizados” por el poder público. Esto significa que el poder público no siempre necesita contratar los estudios necesarios para la estructuración de un proyecto, sino que puede autorizar que los realice un particular interesado en el proyecto. Esta autorización no conlleva la obligación del poder público de licitar el proyecto o resarcir los costos de los estudios en el evento en que el proyecto no sea licitado. Sin embargo, si el proyecto es licitado, quien fue autorizado para preparar los estudios será resarcido de sus costos por el licitante vencedor. Además, el mismo que elaboró los estudios puede participar en la licitación (art. 31 de la Ley 9.079 de 1995). Así, estos mecanismos han institucionalizado la participación de la iniciativa privada en la estructuración de los proyectos públicos, lo que empezó a fomentar el mercado de consultorías (sobre todo técnicas, jurídicas y económico-financieras) y a aproximar los sectores público y privado.

Sin embargo, la decisión de la Corte de Cuentas de la Unión identificó algunos problemas del Procedimiento de Manifestación de Interés destinado a desarrollar los estudios relativos a los proyectos de puertos en Brasil²⁹. De hecho, es difícil establecer los costos de los estudios que deberán ser resarcidos por el licitante vencedor. La Corte de Cuentas sugirió que la Casa Civil de la Presidencia de la República reglamentara el artículo 21 de la Ley 8.987 de 1995, con el fin de esclarecer las dudas y ofrecer más seguridad al procedimiento.

La planeación de los contratos ha cambiado también profundamente en razón de la consolidación de las manifestaciones de gobernanza democrática, como elementos integrantes e indispensables del proceso de contratación. Hay dos tipos principales de manifestaciones democráticas incorporadas al procedimiento: (i) audiencias públicas y (ii) consultas públicas. En estas ocasiones, los interesados podrán enviar sus opiniones

²⁶ El Decreto federal 5.977 de 2006 reglamentó el procedimiento de manifestación de interés para los proyectos de alianzas público-privadas, siendo ampliamente utilizado para las concesiones comunes y replicado en ámbitos estaduais y municipales. En 2015, ha sido publicado un nuevo decreto federal sobre el tema.

²⁷ El procedimiento de manifestación de interés (PMI) comienza con una acción del Poder Público, que publica una convocatoria para recibir estudios de interesados en estructurar el proyecto. Por otro lado, la manifestación de interés de la iniciativa privada (MIP) se origina en una acción del sector privado, que pide la autorización del Poder Público para elaborar estudios para el proyecto en el cual tenga interés.

²⁸ Para analizar las estadísticas relativas a la utilización de los procedimientos de manifestación de interés, cfr.: <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/ppp-brasil-divulga-novo-balan%C3%A7o-sobre-o-uso-do-pmi-em-%C3%A2mbito-estadual-1>.

²⁹ Decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión en proceso TC 012.687/2013-8.

y sugerencias a la administración para el mejoramiento de los contratos³⁰. La audiencia pública es un evento donde se discuten los fundamentos del proyecto con participantes de todos los sectores de la sociedad, de naturaleza principalmente popular. Así, es necesaria la publicación amplia y previa de la fecha y lugar de la audiencia, permitiendo, en la medida de lo posible, la participación de la sociedad por medio de preguntas y comentarios sobre el proyecto. La audiencia pública es obligatoria antes de realizar licitaciones cuyo valor sea alto, superior a R\$150 millones, en concordancia con el artículo 39 de la Ley 8.666 de 1993. En cuanto a la consulta pública, es un periodo de tiempo, generalmente de treinta días, durante el cual los interesados pueden enviar preguntas y sugerencias. Su consolidación se realiza en un reporte publicado por la administración. La consulta pública es obligatoria y dura por lo menos treinta días para las PPPs en sentido estricto, o sea, las concesiones patrocinadas y administrativas, según el artículo 10, VI, de la Ley 11.079 de 2004. La obligatoriedad de la consulta para alianzas público-privadas ha tenido un impacto en el régimen general de concesiones³¹, aunque la ley (Ley 8987 de 1995) no se refiera a consultas públicas. La Ley de PPP es posterior y es considerada más avanzada, irradiando sus innovaciones hacia el régimen general de concesiones. En todo Brasil se hace un uso reiterado de consultas públicas para concesión común, aunque ello no sea impuesto por las leyes de los estados. Son ejemplo de ello los proyectos de concesión de cementerios (Rio de Janeiro), estacionamiento (Rio de Janeiro), autopistas federales (Gobierno Federal), circuito de compras (San Pablo), cinco aeropuertos (San Pablo) y la Linha Viva (Salvador). Por otro lado, el plazo mínimo de treinta días para consulta pública, establecido en la Ley de PPP, no es siempre utilizado para concesiones comunes. Aunque la mayoría de los proyectos utilicen treinta días, hay ejemplos de plazos más cortos, sobre todo en Sao Paulo.

Finalmente, también se presenta la participación por medio de *Road Shows*, que, aunque no están reglamentados en Brasil, empiezan a hacer parte de la cultura de mejores prácticas desarrolladas en los proyectos de concesión³². Por ejemplo, los proyectos del Metro de Sao Paulo (Línea 6), “Linha Viva” (Salvador), PPP Escuelas (Belo Horizonte), Hospital del Suburbio (Bahia) realizaron *Road Shows*. Los *Road Shows* son encuentros organizados antes de la licitación, entre el Poder Público y quienes se hallan directamente interesados en el proyecto. Es una oportunidad para que el sector directamente interesado se pronuncie sobre el proyecto, explique sus preocupaciones y sugiera cambios. Cada grupo interesado puede programar el horario de discusión y todos los grupos tienen derecho a la misma cantidad de tiempo. Los encuentros colectivos también son posibles, pero no favorecen que el empresario exponga su idea y sus

³⁰ Las audiencias y consultas públicas son también formas de intervención y control tratadas en el numeral 8º, más abajo.

³¹ Otros aspectos de la ley de 2004 que también han transformado el régimen común de concesiones, son las matrices de riesgos y la constitución de sociedades de propósito específico.

³² PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*, Atlas, 2011, pp. 50-52.

preocupaciones, puesto que será probablemente el más reservado en presencia de sus concurrentes. Los *Road Shows* pueden organizarse antes o después de la publicación del pliego de licitación, pero en el segundo caso no permiten que la administración haga ajustes derivados de las discusiones con el sector privado. Así, uno de los objetivos del *Road Show* resulta frustrado, sirviendo solamente para la divulgación del proyecto.

4. PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

La Constitución de 1998 establece en su artículo 37, XXI que los contratos administrativos deben ser precedidos de un proceso de licitación, salvo las excepciones previstas por la ley. Además, en su artículo 175, referido a la atribución de concesiones y permisiones de servicios públicos, también se prevé la necesidad de una la licitación. De hecho, la “licitación” corresponde a una terminología jurídica que designa el procedimiento administrativo formal por el cual la administración pública selecciona la propuesta del particular que sea más ventajosa para la contratación. O sea, es un conjunto de actos para la selección objetiva de quien va a realizar obras, prestar servicios, suministrar bienes o adquirir bienes de la administración.

Las excepciones a la necesidad de realizar licitación están dispuestas en los artículos 25 y 26 de la Ley 8.666 de 1993 y son de dos tipos: i) inexigibilidad y ii) dispensa de licitación. La inexigibilidad se refiere a los casos de inviabilidad fáctica de realizar un concurso público entre los interesados por el contrato, como en el caso de la compra de bienes que tengan un único proveedor. El supuesto señalado por la ley tiene solo carácter de ejemplo, en la medida en que la inexigibilidad de licitación no se refiere a una opción para la administración, sino a la naturaleza del objeto de la contratación. Por ejemplo, los servicios técnicos realizados por profesionales de notoria especialización, así como la adquisición de la obra de un artista consagrado. Por otro lado, la dispensa de licitación se justifica en los casos en los cuales, aunque sea fácticamente posible la competencia, la licitación no es conveniente para el interés público. El legislador, por medio de una evaluación de costos y beneficios, elige algunas situaciones en las cuales es posible no realizar licitación. Estas hipótesis están dispuestas en la lista exhaustiva del artículo 24, I a XXXIII, y, de modo disperso, en otras leyes. Por ejemplo, hay dispensa cuando el valor económico de la contratación es muy reducido, en casos de emergencia y calamidad pública, para la intervención en el dominio económico y cuando todas las propuestas presentadas tienen precios manifiestamente superiores a aquellos de mercado.

En cuanto a los regímenes de licitación, hay tres grandes líneas de sistematización: (i) el general, de la Ley 8.666 de 1993, (ii) el “*pregão*”, para la adquisición de bienes y servicios comunes, de la Ley 10.520 de 2002, y (iii) el Régimen Diferenciado de Contrataciones, creado por Ley 12.462 de 2011, inicialmente para los contratos relacionados con la Copa Mundial de Fútbol de 2014 y las Olimpíadas de 2016, pero que

se expandió bastante³³. De la misma forma, hay disposiciones específicas sobre las licitaciones de concesiones (Ley 8.987 de 1995 y Ley 11.079 de 2004) y la ley específica para la licitación y contratación de servicios de publicidad (Ley 12.323 de 2010). Esta última trajo exigencias específicas, como la elaboración de un plan de comunicación publicitaria, y tiene como tipos obligatorios el llamado menor técnica o técnica y precio (art. 5.º), además de hacer diversas referencias a la Ley 8.666.

La Ley 8.666 establece cinco procedimientos distintos para el desarrollo de la licitación, que son conocidos como modalidades de licitación: competencia, tomada de precios, invitación, concurso y subasta, conforme disposición de los artículos 22 y 23.

La competencia se destina a cualquier contrato administrativo, incluso los de alienación de bienes y derechos, y es obligatoria para obras y servicios de ingeniería de valor mayor que R\$ 1.500.000 o para compras y servicios de valor mayor que R\$ 650.000. En la competencia puede participar cualquier interesado que compruebe la calificación mínima (habilitación) exigida en el pliego de licitación.

La tomada de precios es obligatoria para obras y servicios de ingeniería de valor máximo de R\$ 1.500.000 y compras y servicios de valor máximo de R\$ 650.000. En la tomada de precios, los interesados ya se encuentran previamente habilitados en un registro propio y poseen los requisitos mínimos de calificación, siendo posible participar también para aquellos que cumplan los requisitos debidos en un plazo de 48 horas antes de la entrega de las propuestas.

La invitación es la modalidad más simple para la contratación de obras y servicios de ingeniería menores que R\$ 150.000 y compras y servicios de valor máximo de R\$ 80.000. En la invitación, la administración invita por lo menos tres interesados, que pueden estar registrados o no, para la presentación de propuestas, siendo posible que otros interesados requieran la extensión de la invitación a ellos en un plazo de veinticuatro horas antes de la presentación de las propuestas.

Por lo tanto, vale observar que las diferencias fundamentales entre la invitación, la tomada de precio y la competencia es el valor de la contratación, la complejidad del proceso licitatorio y del número de posibles oferentes participantes. Así, también hay una diferencia en la obligación de la administración de divulgar la licitación, por ejemplo, en un plazo mínimo para el recibo de las propuestas, contado desde la publicación del anuncio de la licitación, plazo que es mayor en las modalidades de competencia y menor en la tomada de precios.

Por su parte, el concurso y la subasta son modalidades especiales para casos específicos. El concurso está destinado a la atribución de premios a trabajos técnicos, artísticos o científicos, o a la selección de producción intelectual. La subasta es la modalidad para la venta de un bien y derecho detenido por la administración por el mejor precio, por propuestas sucesivas crecientes.

³³ Para más detalles, cfr. el punto 1 del artículo.

Esas cinco modalidades no se confunden con los *tipos* de licitación, o sea, con las formas por las cuales puede realizarse la valoración objetiva de las propuestas. Las modalidades son las formas por las cuales la licitación se procesa, los tipos son los criterios que permitirán la clasificación de las propuestas. El artículo 45 § 1 de la Ley 8.666 trajo los siguientes tipos de licitación: (i) menor precio, (ii) mejor técnica, (iii) técnica y precio y (iv) mayor lance y oferta (venta de bien o concesión de derecho real de uso). Esos tipos no se aplican al caso de concurso que tiene reglas propias (juzgamiento por comisión especial, según reglamento propio – art. 51, § 5 y art. 52 de la Ley 8.666).

Además, el “*pregão*” es un régimen de licitación para la adquisición de bienes y servicios comunes, independientemente del valor. El “*pregão*” se destina a la adquisición de bienes y servicios comunes que, según el artículo 1.º, parágrafo único de la Ley 10.520, son aquellos disponibles comúnmente en el mercado, de características estandarizadas y que pueden ser objetivamente definidos. En el “*pregão*” se realiza la disputa de precios entre los proponentes en una subasta de valores decrecientes (subasta holandesa). El criterio es siempre el menor precio, y puede realizarse presencialmente o de forma electrónica, por medio de internet.

El “*pregão*” funciona mediante una fase de competencia en dos etapas: primero, los licitantes presentan sus propuestas en un sobre cerrado. Luego hay una fase de disputas mediante ofertas sucesivas entre el valor más bajo y las ofertas con precio hasta un 10% inferior, o por lo menos entre las tres menores ofertas. Al final de la disputa, la propuesta de menor valor se clasifica en primer lugar. Otra característica del “*pregão*” es el hecho de que la fase de habilitación³⁴ viene después de la fase competitiva, siendo analizados solamente los requisitos de habilitación del vencedor (art. 4.º, XII). El “*pregão*” fue instaurado por su ventaja de celeridad, auspiciando más competencia y promoviendo resultados más satisfactorios. Por eso, el Gobierno brasileño busca priorizar la adopción del “*pregão*” en sus licitaciones³⁵. Sin embargo, el problema principal del “*pregão*” es la reducción de la calidad de los productos, lo que resultó en la exigencia práctica de presentación de muestras.

Por su parte, como se presentó en el acápite 1 de este informe nacional, el Régimen Diferenciado de Contrataciones (RDC), instituido por la Ley 12.462 de 2011, es un procedimiento de contratación mucho más flexible para la administración pública, que trajo diversas innovaciones. Cuando es posible, la aplicación del RDC es una opción para el gestor público y no una obligación. Una vez seleccionado el RDC, esa opción tiene que estar expresamente prevista en el pliego de licitación. Asimismo, fuera del

³⁴ El Gobierno federal tiene un sistema *on-line* de registro para las licitaciones promovidas por órganos y entidades de la administración pública federal directa, autárquica y fundacional, en el sitio electrónico: www.comprasnet.gov.br. Este es el sistema de registro unificado de proveedores (SICAF). De la misma forma, ese procedimiento es adoptado por algunos gobiernos de estados de la Federación, como Bahía, Pernambuco y Minas Gerais.

³⁵ Brasil, Ministério do Planejamento (2000). *Pregão: uma nova modalidade de licitação*, p. 9, disponible en: <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/licitacao.pdf>.

ámbito de la Ley 12.462 tenemos la aplicación del RDC en el marco regulatorio del sector portuario, la Ley 12.815 de 2013 (art. 54, § 4) para el Programa Nacional de Dragagem Portuaria y Hidroviaria, de la Secretaría de Aviación Civil para adquirir bienes, contratar obras y servicios de ingeniería y técnicos especializados (Ley 12.8333, art. 5.º) y, en casos específicos, para el Banco del Brasil (Ley 12.873 de 2013), un banco estatal de capital abierto controlado por la Unión. Así, hay una tendencia a la creciente expansión del RDC, lo que ha permitido a la doctrina estimar que los otros dos modelos podrán ser revocados en el futuro³⁶. De hecho, el RDC atribuye un alto grado de flexibilidad para el administrador, que puede poner en el pliego de licitación las condiciones que juzga más ventajosa para el caso. La ley trajo varias innovaciones en este sentido, con las que se espera tornar más eficiente la contratación pública.

A pesar de los diversos modelos indicados, hay principios que se aplican a todos los procedimientos. Por ejemplo, el artículo 37, XXI de la Constitución prescribe expresamente la necesidad de igualdad entre todos los proponentes. De la misma forma, se tienen los principios generales de toda actividad administrativa, dispuestos en el artículo 37 de la Carta, esto es, la legalidad, la impersonalidad, la moralidad, la publicidad y la eficiencia. Además, la igualdad de los proponentes también debe ser respetada al momento de elegir la propuesta más ventajosa y debe preservar la promoción del desarrollo nacional sostenible. El principio de la promoción del desarrollo nacional sostenible fue incluido por la Ley 12.349 de 2010 en la Ley 8.666. Este cambio atribuyó una función regulatoria para la licitación y el contrato administrativo. El señalado principio modifica la evaluación de la propuesta más ventajosa y afecta la aplicación de la igualdad, una vez que se admiten preferencias en beneficio de este desarrollo sostenible. Además, son inherentes a la licitación los principios de (i) vinculación al instrumento convocatorio; (ii) impersonalidad y objetividad del juzgamiento; (iii) moralidad y probidad administrativa, y (iv) publicidad.

Aún en relación a los contratos privados de la administración pública, cuya regulación es principalmente derivada de normas de derecho privado, es necesaria la aplicación de dispositivos de derecho público. El artículo 62 § 3 de la Ley 8.666 regula el tema, estableciendo que las normas generales de la ley se aplican a los contratos de seguro, financiamiento, locación en que el Poder Público sea locatario y a los otros contratos cuyo contenido sea regido predominantemente por normas de derecho privado. Igualmente, el artículo 55 se refiere a cláusulas obligatorias en todos los contratos administrativos, y los artículos 60 y 61 a las formalidades sustanciales de los contratos, como la necesidad de que suscribirlos por escrito. Por otro lado, el artículo 58 establece los poderes unilaterales de la administración, lo que puede ser cuestionado en el régimen contractual de derecho privado. Por ejemplo, Marçal Justen Filho afirma que la modificación unilateral administrativa no debe ser admitida, aunque sean posibles otras

³⁶ Así, p. ej., JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo, 10ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 510.

prerrogativas como la fiscalización reforzada y la extinción por decisión unilateral de la administración³⁷.

Acerca de los aspectos de habilitación y selección sostenible, los criterios y principales modificaciones derivan de la Ley 12.349 de 2010³⁸. Esta ley alteró substancialmente el artículo 3.º de la Ley 8.666 de 1993³⁹ al introducir el principio del desarrollo nacional sostenible, además de los siguientes cambios. Primero, la reformulación del § 2, sobre los criterios de desempate, atribuyendo preferencia, en orden decreciente, a bienes y servicios producidos en Brasil, producidos o prestados por empresas brasileñas, y producidos o prestados por empresas que invierten en tecnología en el país. Segundo, el establecimiento de un margen de preferencia en la selección de productos manufacturados y servicios nacionales que atiendan normas técnicas brasileñas (§§ 5 y 6), según estudios periódicos que tengan en consideración la generación de empleo y su efecto en el recaudo de tributos federales, estaduais y municipales.

Además de esas preferencias referidas al desarrollo nacional, la Ley complementaria 123 de 2006 (Estatuto de la micro y mediana empresa) establece también algunas reglas de preferencias y ventajas en licitaciones para este tipo de empresas (arts. 42 a 49). Por ejemplo, la exigencia del cumplimiento de las exigencias fiscales (presupuestales) solamente después de la firma del contrato y la preferencia de contratación en caso de desempate, siendo el empate definido como la situación en la cual las propuestas de esas empresas sean iguales o hasta un 10% superiores a la propuesta mejor calificada, o un 5% superiores al menor precio en el caso del “*pregão*”. En este caso, la micro o pequeña empresa puede presentar propuesta de precio inferior a aquella considerada vencedora del procedimiento (art. 45, I). Finalmente, no hay ley de preferencia que aventajen empresas relacionadas con las minorías, preferencias en razón de consideraciones de género, ni contratación que favorezca a proponentes desempleados.

Respecto de las nuevas tecnologías, la contratación electrónica fue instalada en Brasil por medio del “*pregão*”, desde 2002. Posteriormente, la contratación electrónica fue expandida al Régimen Diferenciado de Contrataciones. El artículo 13 de la Ley 12.462 de 2011 establece que las licitaciones deben ser realizadas preferencialmente de forma electrónica. Este dispositivo legal amplió mucho las posibilidades de contratación electrónica, pues no se limita a los bienes y servicios comunes. Además, ahora es posible la utilización en el medio virtual de criterios diferentes del de menor precio, o sea, técnica y precio, mejor técnica o contenido artístico, mayor oferta de precio y mayor retorno económico. En estas condiciones, la contratación electrónica engloba ahora situaciones de mucha mayor complejidad y variedad.

³⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 584.

³⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art7

³⁹ Cf. artículo 3º, párrafos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º y 12º.

De otro lado es importante mencionar los procedimientos flexibles, que permiten la negociación con los proponentes. En Brasil existen cuatro posibilidades: dos en la Ley 8.666, una en el “*pregão*” y una establecida por el RDC⁴⁰. En la Ley 8.666, esta negociación puede ocurrir en licitaciones de técnica y precio, caso en el cual el autor de la mejor propuesta (calculada por el promedio entre técnica y precio) es llamado a reducir su precio, teniendo como referencia el menor precio entre los licitantes que obtuvieron una valoración mínima en los factores técnicos (art. 46, § 1, II). Ello también es posible en el caso del artículo 64, § 2, cuando el licitante vencedor deja de firmar el contrato y la administración busca el segundo clasificado y le propone que modifique su propuesta para tener las mismas condiciones de la propuesta vencedora. En este caso no hay realmente una negociación, en la medida en que el licitante solamente puede aceptar o no. En el “*pregão*”, el artículo 4º, XVII de la Ley 10.520 establece que la administración puede negociar directamente con el autor de la propuesta clasificada en primer lugar para obtener un mejor precio, cuando la propuesta no sea aceptable. En verdad, esta es la modalidad de negociación más común. Finalmente, en el RDC esta posibilidad fue concebida como regla general en el artículo 26 de la Ley 12.562 de 2011. Este dispositivo legal establece que, después del juzgamiento de la mejor propuesta, la administración podrá negociar condiciones más ventajosas con el proponente calificado en primer lugar. Además, si la propuesta es desclasificada, la negociación debe realizarse con los otros licitantes, según el orden establecido. La negociación sirve para aumentar la ventaja de la administración y evitar el fracaso de una licitación, sobre todo en los casos en que la propuesta mejor clasificada tiene valores superiores al presupuesto estimado para la contratación. De todas maneras, el particular no está obligado a modificar su precio, los beneficios no tienen que ser exclusivamente financieros y la negociación puede ser instituida aun en casos de disputa mediante sobre cerrado⁴¹.

5. MODIFICACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO

En la doctrina y jurisprudencia brasileña, la modificación bilateral es discutida al mismo tiempo que la alteración unilateral del contrato. Sin embargo, en los dos casos no se puede cambiar el objeto contractual, que debe permanecer el mismo que fuera sometido a la licitación. Igualmente, no puede haber alteración de carácter radical que implique la frustración a los principios de la igualdad⁴². La modificación del contrato público, sea

⁴⁰ JUSTEN NETO, MARÇAL, A negociação de condições mais vantajosas após o resultado do julgamento no regime diferenciado de contratação (lei 12.462/2011), disponible en: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Marcaln.pdf>.

⁴¹ JUSTEN NETO, MARÇAL, A negociação de condições mais vantajosas após o resultado do julgamento no regime diferenciado de contratação (lei 12.462/2011), disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Marcaln.pdf>

⁴² JUSTEN FILHOM, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed, Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 540.

unilateral o bilateral, tiene sus eventos generadores dispuestos de forma expresa en la ley general de licitaciones y contratos (Ley 8.666 de 1993). Estos eventos generadores están establecidos en el artículo 65 de la ley, que establece (I) las posibilidades de modificación unilateral de la administración y (II) la modificación por acuerdo entre las partes. En este sentido, es importante resaltar que siempre que se introduzca una modificación contractual, aunque sea unilateral, el particular tendrá asegurado el mantenimiento del equilibrio económico-financiero, según lo establecido en ley y garantizado por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia⁴³.

La modificación unilateral puede darse en dos casos: (i) modificación de calidad y (ii) modificación de cantidad. La primera está definida en el artículo 65, I, a, y se refiere a las alteraciones del proyecto o de sus especificaciones para lograr una mejor adecuación técnica a sus objetivos. Es decir, la alteración de calidad presupone una constatación sobreviniente, como resultado (a) del descubrimiento de situaciones imprevistas o (b) de innovaciones tecnológicas, que tornan la concepción original inadecuada. Como ilustración de la primera hipótesis, un obstáculo geológico puede imponer la alteración de un contrato de obra. La segunda causal ocurre con mayor frecuencia en licitaciones relacionadas con las tecnologías de la información. Así, es necesario introducir modificaciones al proyecto o a la técnica empleada, generando alteración contractual.

En cuanto al aspecto de cantidad, el artículo 65, I, de la Ley 8.666 establece que, cuando sea necesaria, la modificación del valor del contrato, en razón del aumento o disminución de cantidad de su objeto, tendrá que respetar los límites legales. Los límites están fijados en el § 1 del artículo 65 y son de hasta un 25% para obras, servicios y compras y hasta un 50% para los casos de reforma de edificio y su equipamiento. Hay una dificultad en establecer lo que sería el límite del 25% o el 50% en los contratos que tienen un precio por valor global, por cuanto no es clara la forma de dimensionar la razón del impacto en el valor global. Por ejemplo, en un contrato para una carretera de 100 km, aumentar su tamaño a 125 km no significa que el costo total del contrato tendrá un aumento del 25%.

Por su parte, el artículo 65, II establece cuatro casos de modificación consensual: (a) la sustitución de garantía de ejecución del contrato; (b) la modificación del régimen de provisión del bien, de ejecución de la obra o prestación de servicio, luego de constatar que los términos originales han dejado de ser aplicables; (c) la modificación de la forma de pago por imposición de circunstancias sobrevinientes, mantenido el valor inicial actualizado, y (d) la dirigida a restablecer la relación pactada inicialmente, preservando el equilibrio económico-financiero del contrato. Por otro lado, mientras la modificación

⁴³ STJ, AgRg na Suspensão de Segurança nº 1.404/DF, de 2004. Es importante destacar la siguiente parte de la "Ementa": "4. En los contratos administrativos, al poder de modificación unilateral del Poder Público se contrapone el derecho que tiene el particular de ver mantenido el equilibrio económico financiero del contrato, considerando el encargo asumido y la contraprestación pecuniaria garantizada por la administración".

unilateral se impone de forma obligatoria, la modificación convencional no siempre es facultativa. En ciertos casos, aunque el contenido de la modificación dependa de un acuerdo entre las partes, la modificación en sí misma tendrá que hacerse obligatoriamente⁴⁴.

En la sustitución de la garantía, la modificación será obligatoria cuando la garantía anterior haya expirado o deje de ser idónea para el contrato, por ejemplo, por la insolvencia del prestador de garantía bancaria o por el aumento o supresión del valor del contrato. De otro modo, el particular puede requerirla en razón de su conveniencia, a condición de que sus requisitos sean mantenidos.

La modificación del régimen de ejecución de la obra o del servicio tiene relación con los regímenes de ejecución previstos en el artículo 10 de la Ley 8.666. Esta modificación es de carácter obligatorio, cuando exista la constatación técnica de que la solución acordada es antieconómica, ineficaz o inviable. Sin embargo, la modificación depende del acuerdo con el particular (contratista), por cuanto este no está obligado a asegurar su contraprestación en un régimen diferente del aquel que aceptó en el momento de la licitación. Por otro lado, la modificación de las condiciones de pago no puede afectar el contenido económico debido al particular, sino solamente sus condiciones de realización y ejecución.

Finalmente, la hipótesis (d), que se refiere a la necesidad de alteración para la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato, tiene una importancia específica en el contexto brasileño. Es una hipótesis de modificación obligatoria, que se destina al mantenimiento de las condiciones contractuales fijadas en el momento de la celebración de contrato⁴⁵. Las condiciones establecidas en ese momento, derivadas del acuerdo suscrito, en los términos reales de la propuesta vencedora de la licitación, deben ser mantenidas durante la ejecución del contrato. El restablecimiento del equilibrio surge por el advenimiento de un evento posterior a la formulación de la propuesta, que cumple con las condiciones de ser sobreviniente e imprevisto, según decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión⁴⁶. Además, esta Corte de Cuentas también admite el reequilibrio en las siguientes hipótesis: (a) hecho imprevisible, (b) hecho previsible, pero de consecuencias incalculables, retardadoras o impeditivas de la ejecución que fue contratada; (c) fuerza mayor, caso fortuito o hecho del príncipe, que constituyan un alea económica extraordinaria y extracontractual⁴⁷. Finalmente, el artículo 65, § 6 establece

⁴⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª Ed., Editora Dialética, 2010, p. 771.

⁴⁵ Es muy difundido el concepto de equilibrio económico-financiero del contrato como correspondencia entre prestaciones y remuneración del particular. Sin embargo, como se expone con más detalle en el punto 7, este concepto no tiene fundamento económico.

⁴⁶ TCU, Decisión 2408/2009 Plenario: Es “inoportuna la alegación del desequilibrio económico-financiero del contrato, en el propio mes de presentación de la propuesta, porque hechos contemporáneos a su elaboración no cumplen con las exigencias de imprevisibilidad y hecho sobreviniente”. Disponible en: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=2&dpp=20&p=0>.

⁴⁷ Por ejemplo, la Decisión 297/2005 Plenario: “considerando lo dispuesto en la Ley n.º 8.666/1993, evitando la adición de los contratos con base en un evento no previsto en la referida ley (artículo 65);

que una modificación unilateral del contrato que aumente las obligaciones del particular implicará la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato.

El control de la modificación de los contratos es realizado por la propia administración pública, según su deber de auto-tutela. En segundo lugar, como se ha mencionado, los tribunales de cuentas tienen un extenso control sobre los contratos y ofrecen amplia muestra de casos juzgados referidos a los límites de alteración contractual y el deber de garantizar los principios de la licitación y del interés público. Los tribunales de cuentas hacen además una evaluación de los precios derivados de la modificación, para verificar si esta no se realiza con lesión del particular o de la administración pública. En este ámbito, analizan si las condiciones efectivas de la propuesta están siendo mantenidas y si hay el “juego de hojas de cálculo de costo”, o sea, si el precio global de la propuesta es inferior al precio practicado en el mercado pero los precios unitarios de algunos artículos son superiores. Esto significa que el reajuste de los precios unitarios va a generar un daño para la administración. En estos casos, el TCU suele establecer la observancia obligatoria del reajuste fundado en los precios de mercado, o bien que sean adoptados precios dispuestos en una tabla estandarizada⁴⁸.

Finalmente, el Poder Judicial también puede ser requerido para tomar decisiones finales y vinculantes acerca de la modificación del contrato administrativo, y, en todo caso, tiene la competencia para hacer un control sistemático de las alteraciones del mismo. Con todo, como fue mencionado, el principio de la inercia de la jurisdicción en Brasil hace que el Poder Judicial solamente se pronuncie cuando es requerido, y en los límites de la respectiva demanda.

6. PODERES UNILATERALES EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

En Brasil, las instituciones estatales tienen poderes unilaterales. Sin embargo, estos poderes son aplicados solamente a los contratos administrativos en sentido estricto, que están sometidos al régimen de derecho público. Esto significa que cuando la administración pública celebra contratos de derecho privado sus poderes unilaterales implícitos no pueden manifestarse y las reglas ordinarias de la disciplina contractual civil son aplicadas.

Una de las características distintivas del contrato administrativo, disciplinada en los artículos 54 y siguientes de la Ley 8.666 de 1993, es justamente la presencia de los

recordando que las modificaciones contractuales pueden darse, entre otros motivos, para restablecer el equilibrio económico-financiero inicial del contrato, en la hipótesis de hechos sobrevinientes e imprevisibles, o previsibles pero de consecuencias incalculables, retardadores o impeditivos de la ejecución del contrato y que cualquier advenimiento de hechos tributarios y/o legales, de comprobada repercusión en los precios contratados, podrá implicar la revisión de los contratos, para más o para menos, en consonancia con el inciso II, 'd' c/c § 5.º, del artículo 65 de la mencionada Ley”.

⁴⁸ Cfr., p. ej., las decisiones 944/2004 y 1755/2004.

poderes unilaterales⁴⁹, “cláusulas exorbitantes” o “prerrogativas extraordinarias”. Estos poderes derivan de la fuerte influencia que la doctrina francesa ejerció en la construcción del derecho administrativo brasileño. Por ejemplo, Hely Lopes Meireles, que fue un jurista clásico de la doctrina brasileña, echa mano del trabajo de André de Laubadère para exponer que estas cláusulas confieren una lógica propia, de carácter público y administrativo, a estos contratos⁵⁰. Sería justamente la presencia de cláusulas especiales lo que diferenciarían el contrato público del contrato privado, como también lo ha afirmado la jurisprudencia⁵¹.

Pero esta elaboración no es solamente conceptual o limitada a la doctrina y a la jurisprudencia. El artículo 58 de la Ley 8.666 establece estos poderes como prerrogativas que permiten a la administración: (i) la alteración unilateral del contrato; (ii) la rescisión unilateral; (iii) la fiscalización de la ejecución del contrato; (iv) la aplicación de sanciones y (v) en caso de los servicios esenciales, la ocupación provisional de los bienes muebles, inmuebles, personal y servicios vinculados al objeto del contrato. El poder de alteración unilateral del contrato fue discutido en el acápite 5 de este informe nacional, indicando la posibilidad de la administración de alterar el contrato bajo un punto de vista de calidad o de cantidad. Además, el cambio contractual debe darse dentro del mismo objeto contractual establecido por el acto convocatorio del proceso de contratación, requiere motivación y deriva de eventos sobrevinientes a la celebración de contrato.

En cuanto al poder de rescisión unilateral, está detallado en los artículos 79, I, y 78, I a XII y XVII de la Ley 8.666, que expresan dos tipos de motivos para la terminación unilateral. De un lado, la terminación puede ser la consecuencia del incumplimiento del contrato por el particular. De otro lado, la rescisión puede provenir del interés de la administración. En el primer caso, el contrato puede resolverse en razón (I) del no cumplimiento de las cláusulas contractuales, (II) de su cumplimiento irregular, (III) de la morosidad indebida, (IV) del retraso sin justificación y (V) de la paralización de la obra sin justa causa y previa comunicación. Asimismo, provocan la rescisión (VI) las subcontrataciones y cesiones totales y parciales, como la fusión o la cesión e incorporación, que no estaban admitidas en el pliego de licitación y en el contrato. De la misma forma, (VII) la desobediencia de las determinaciones regulares de la administración durante la ejecución del contrato, (VIII) cometer faltas reiteradas en la ejecución del contrato, (IX) los motivos relativos al normal funcionamiento empresarial del contratado, a ejemplo de la declaración de falencia o insolvencia civil, (X) la disolución de la sociedad o (XI) la alteración social o modificación de la finalidad o estructura de la

⁴⁹ En ese sentido, “Una de las características del régimen jurídico de los contratos administrativos reside, como fue expuesto, en la atribución a la Administración Pública de prerrogativas peculiares, consistentes en el deber-poder de innovar, unilateralmente, las condiciones originalmente pactadas”: JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª Ed, Editora Dialética. 2010, p. 743.

⁵⁰ Cf. LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38.ª ed., Malheiros Editores, 2011, p. 224.

⁵¹ En este sentido, el REsp nº 737.741 - RJ (2005/0037056-6), juzgado por el STJ en 2006.

empresa que perjudique la ejecución del contrato. Finalmente, el caso fortuito o fuerza mayor que impida el cumplimiento del contrato (XVII) y la violación de las reglas de protección al menor trabajador (XVII) también son motivos suficientes para la rescisión.

En el segundo caso, la motivación es descrita de manera genérica por la ley, como razones de interés público, que sean relevantes y de amplio conocimiento. Estas razones deben ser justificadas y determinadas por la máxima autoridad administrativa, por medio de proceso administrativo propio, sin que haya incumplimiento del contrato. Esta modalidad de terminación del contrato es llamada de “*encampação*” para los contratos de concesión y PPPs, y exige autorización legislativa específica, además de indemnización, por lo menos, de las inversiones que todavía no hayan sido amortizadas. Del mismo modo, en los casos de terminación del contrato en razón de fallas de la administración, el § 2 del artículo 79 establece que el particular será resarcido por los daños debidamente comprobados. Por ejemplo, el contratado tiene derecho a la devolución de la garantía, a los pagos debidos por la ejecución del contrato hasta la fecha de la rescisión y al pago por el costo de desmovilización. Así, la ley prevé la protección del particular, que puede buscar su indemnización mediante proceso administrativo o por vía judicial.

Además, la fiscalización del contrato es entendida más como un poder-deber de la administración que como un poder unilateral. La fiscalización puede ser ejercida de manera pasiva (mero acompañamiento de las actividades contractuales por los agentes administrativos) o activa (cuando el particular depende de su concretización, por medio de exámenes o aprobaciones). El contrato define cómo se realizará la fiscalización, especificando los instrumentos, la periodicidad y el eventual auxilio de terceros. En este sentido, una práctica innovadora que viene siendo adoptada en los contratos recientes de PPPs de largo plazo es la contratación de agentes particulares para auxiliar a la administración. Son los llamados “verificadores independientes”, que son normalmente empresas que cuentan con *expertise* en el sector del contrato específico y actúan de forma imparcial y técnica. La empresa es contratada y pagada por el concesionario, después de la aprobación del Poder Concedente, y le envía informes sobre el cumplimiento de los indicadores de desempeño del contrato por parte del concesionario.

La administración tiene también la prerrogativa de imponer y ejecutar sanciones en razón del incumplimiento contractual, por la auto-ejecutoriedad de los actos administrativos, sin perjuicio del recurso del particular al poder jurisdiccional. Las sanciones administrativas están establecidas de manera explícita en el artículo 87 de la Ley 8.666 y comprenden una gradación: (a) advertencia; (b) multa, en la forma prevista en el pliego de licitación o en el contrato; (c) interdicción temporal para participar en licitaciones y del derecho de contratar con la administración hasta por dos años, y (d) declaración de inhabilitación para licitar o contratar con la administración mientras persistan los motivos de punición o mientras el particular no se rehabilite ante la autoridad que aplicó la sanción. La aplicación de las sanciones administrativas está sometida a un

régimen estricto, evitando cualquier arbitrariedad de la administración, como ocurre con las sanciones de naturaleza penal. Así, antes de su aplicación, es necesario un procedimiento interno, durante el cual se garantiza el derecho de defensa del infractor, y la sanción se impone en el respeto del principio de proporcionalidad⁵². Además, las multas deben estar expresamente previstas en el contrato o instrumento de convocatoria del proceso de contratación⁵³. Finalmente, la declaración de inhabilitación para licitar solamente puede ser formulada por el Ministro del Estado, el Secretario Estadual o Municipal, luego de haber permitido la defensa, respetando el debido proceso por el plazo de diez días (art. 87, § 3). Por otro lado, otros mecanismos están siendo incluidos en los contratos con el objetivo de abandonar la lógica punitiva e incrementar la lógica de incentivo. Por ejemplo, el descuento de reequilibrio fue establecido en el contrato de concesión BA-093. Según este mecanismo, el valor de la tarifa estaba automáticamente vinculado a los indicadores de calidad del contrato.

El último de los poderes unilaterales previstos en el artículo 58 es la intervención, que posibilita que la administración ocupe bienes muebles, inmuebles, personal y servicios vinculados al objeto del contrato. La intervención puede ser provisional o definitiva, en caso de rescisión del contrato, y deriva de la necesidad de garantizar el principio de continuidad de los servicios públicos. En la dinámica de la ley de concesiones (arts. 32 a 34), la materia pasó a ser regulada, estableciendo que al final de la intervención, si no se resuelve el contrato, la administración deberá presentar cuentas al particular sobre las actividades desarrolladas. De todas maneras, la intervención es muy rara en Brasil.

Por otra parte, la imposibilidad de invocar la excepción del contrato no cumplido por el particular en relación a la administración está muy consolidada en el contexto brasileño. En el régimen de derecho privado, una parte puede legítimamente rehusarse a cumplir su prestación contractual, si la otra parte no cumple con las suyas. La regla de la excepción de contrato no cumplido está prevista en los artículos 476 y 477 del Código Civil brasileño. Sin embargo, en razón de los principios de indisponibilidad del interés público y de continuidad del servicio público, en el derecho administrativo el particular no puede condicionar el cumplimiento de sus prestaciones al pago regular o al cumplimiento de obligaciones por la administración. De todas maneras, esta relación asimétrica es mitigada por algunas excepciones, como (i) el derecho del particular de rescindir el contrato si el retraso en el pago es superior a noventa días o (ii) el derecho de rehusarse

⁵² STJ, REsp 914.087/RJ, 1ª Turma, juzgado en 2007: “Administrativo. Recurso Especial. Licitación. Interpretación del artículo 87 de la Ley n.º 8.666/93. (...) 4. Así, debe ser analizada la cuestión referente a la posible penalidad aplicada al contrato por la Administración Pública y, de ese modo, el artículo 87, de la Ley n.º 8.666/93, solamente puede ser interpretado con base en la razonabilidad, adoptando, entre otros criterios, la propia gravedad del incumplimiento del contrato, la noción de cumplimiento substancial y la proporcionalidad”. Disponible en: <http://bit.ly/1tPjp4q>

⁵³ STJ, REsp 709.378/PE, 1ª Turma, juzgado en 2008: “4. Es inviable la aplicación de la penalidad al adjudicatario que se rehúsa a firmar el contrato (Ley 8.666/93, artículo 81), sin que ella haya sido prevista en el pliego de licitación (Ley 8.666/93, artículo 40, III).” Disponible en: <http://bit.ly/Uv8b8V>.

a realizar el aumento de su prestación cuando la administración no restablece el equilibrio económico-financiero del contrato. A fin de no ser penalizado por el incumplimiento del contrato, el contratista debe obtener una tutela judicial que suspenda o bien extinga sus obligaciones contractuales, lo que es más rápido cuando está previsto que la resolución de los conflictos surgidos por la ejecución del contrato se resuelva por medio de arbitraje.

Los poderes unilaterales son en su mayor parte explícitos y se hallan establecidos en la Ley 8.666, como se expuso antes. Estos poderes están también normalmente previstos en los contratos, al establecer específicamente las condiciones de su ejercicio, la gradación de las penalidades, los eventos que implican multas y las hipótesis de rescisión por cumplimiento irregular. Por otro lado, el único poder que tiene un carácter implícito es el relativo a la no aplicación de la excepción de contrato no cumplido, en la medida en que no hay previsión legal expresa en este sentido. Esto resulta de la regla general según la cual el derecho privado es aplicado subsidiariamente, bajo la lógica de la interpretación sistemática del régimen jurídico de los contratos administrativos. A pesar de esto, hay previsión en la ley que autoriza al particular a rescindir el contrato después de retrasos de la administración superiores a 90 días. Al reconocer esta posibilidad, la ley reconoce implícitamente este poder. Estos poderes existen sistemáticamente en todos los contratos administrativos *stricto sensu*, lo que significa que los contratos de derecho privado celebrados por la administración pública u otros acuerdos de voluntad, por ejemplo de consorcios o convenios públicos, cuentan con disciplina jurídica diversa.

La justificación invocada para la existencia de los poderes unilaterales es la supremacía del interés público, que legitima la posición dominante de la administración frente al contratista. Sin embargo, esta justificación viene siendo contestada por considerarse contraria al Estado democrático de derecho, donde la administración no puede sacrificar el interés individual, considerando además que estos poderes unilaterales pueden inclusive aumentar el costo del contrato para las arcas públicas⁵⁴. Así, el particular debe tener sus derechos asegurados y el ejercicio de las prerrogativas no deriva del puro arbitrio de los administradores. De esta forma, no existe la posibilidad jurídica de los poderes unilaterales en contratos entre particulares, en la medida en que estos poderes se derivan específicamente de las reglas de derecho público aplicadas a los contratos administrativos. En los contratos de derecho privado, las reglas tradicionales de igualdad entre las partes e inmutabilidad de los contratos son ampliamente difundidas, aunque varias excepciones⁵⁵ mitiguen su plena validez. Hely Lopes Meireles sostiene que las cláusulas exorbitantes serían prohibidas en un contrato privado, una vez que no existirían las justificaciones necesarias, como la preservación

⁵⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª. Editora Dialética, 2010, p. 704.

⁵⁵ Por ejemplo, el contrato de trabajo y el contrato con consumidores.

del interés público⁵⁶. De la misma forma, José do Santos de Carvalho argumenta que en un contrato privado las partes se sitúan en un mismo nivel jurídico, en cuanto que en el contrato administrativo la administración pública tiene posición preponderante⁵⁷. Según el jurista, no habría lógica subyacente a la existencia de poderes unilaterales en contratos entre particulares. A pesar de esto, como la regla en el derecho privado es la autonomía de la voluntad, es posible que las partes se atribuyan poderes especiales. Sin embargo, para ser jurídicamente válida, esta atribución debe ser libre de vicios y respetar los principios y las reglas generales del derecho civil, como, por ejemplo, la buena fe objetiva (art. 442 C.C.), además de respetar la conmutatividad propia de los contratos, a fin de que la prestación de una parte no sea demasiado onerosa en relación a la otra (art. 480 C.C.).

El ejercicio de los poderes unilaterales existe principalmente para garantizar el interés público y exige, como todos los otros actos administrativos, motivación formal. En algunos casos existen procedimientos propios que viabilizan el acto unilateral, como por ejemplo el acto de alteración contractual, que necesita de un documento de justificación. Asimismo, los casos de rescisión contractual son precedidos de proceso administrativo, en el cual es garantizado el derecho al contradictorio y a la amplia defensa, según el artículo 78 de la Ley 8.666 y el artículo 5.º, LV, de la Constitución. Además, el artículo 109 de la Ley 8.666 establece la posibilidad de recurso administrativo, en el plazo de cinco días, contra la rescisión del contrato decidida por acto unilateral de la administración pública. Según el § 4 de este artículo, el recurso debe ser interpuesto ante la autoridad que emitió el acto, la cual tiene cinco días para reconsiderar la decisión o someterla a la autoridad superior⁵⁸.

Es importante observar que el primer control es realizado por la propia administración pública, que debe cumplir con el deber de motivación y respetar el debido proceso legal y el contradictorio en la esfera administrativa, con la posibilidad de recursos administrativos en la forma prevista por el artículo 109 de la Ley 8.666. Además, la fiscalización de la ejecución y el acompañamiento de los contratos administrativos y, consecuentemente, del ejercicio de estos poderes, también son realizados por los tribunales de cuentas. Estos órganos, que pueden actuar de oficio o a solicitud de los interesados, tienen competencia para asegurar que los poderes unilaterales de la administración pública sean ejercidos adecuadamente, orientados a la preservación del interés público y no al mero arbitrio del administrador. Finalmente, el particular puede buscar la tutela de su derecho ante el Poder Judicial, que decide de forma definitiva,

⁵⁶ Cf. LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª Ed. Malheiros Editores, 2010, p. 223.

⁵⁷ Cf. CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS, *Manual de Direito Administrativo*. 24 Ed. Editora Lumen Juris, 2010, p. 165.

⁵⁸ El Tribunal de Cuentas de la Unión expidió decisiones determinando la observancia de estos artículos, como, por ejemplo, las decisiones 1317/2006 del Plenario, 1846/2006 de la Primera Cámara y 2519/2006 de la Segunda Cámara.

teniendo competencia para revisar las decisiones administrativas. Así, por ejemplo, si el particular considera que la rescisión unilateral tuvo por origen un hecho imputable a la administración, podrá recurrir ante el Poder Judicial, aunque no sea procedente una indemnización. En control del Poder Judicial contempla varias acciones que pueden ser utilizadas, como se explicará luego.

7. EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

En Brasil, el equilibrio económico-financiero del contrato está previsto en la Constitución, artículo 37, XXI, al prescribir que deben ser preservadas las cláusulas que establezcan las obligaciones de pago y condiciones de la propuesta⁵⁹. La noción de equilibrio económico-financiero tiene tres funciones⁶⁰: (a) crear los desincentivos a las alteraciones no previstas de carácter técnico por el Poder Concedente, garantizando compensaciones a las alteraciones sobrevinientes; (b) estabilizar el núcleo del contrato y asegurar el cumplimiento de la matriz de riesgos durante el plazo contractual, y (c) permitir las alteraciones en el objeto contractual con alguna previsibilidad sobre sus efectos económicos.

Así, el contrato estará equilibrado cuando su matriz de riesgos es respetada. O sea, el contrato estará equilibrado cuando, al materializarse un riesgo, sus efectos sean asumidos por la parte a la cual el riesgo había sido atribuido. En consecuencia, la ecuación del equilibrio contractual no es una mera correspondencia entre ingresos y beneficios de un lado y costos y gravámenes de otro. El equilibrio económico-financiero no debe ser recompuesto cada vez que ocurra un evento que modifique la rentabilidad o las obligaciones de las partes. El equilibrio debe ser recompuesto cuando la materialización de un riesgo implica la asunción de efectos por la parte que no era responsable en la matriz de riesgos. Esto significa que el desequilibrio contractual no es la consecuencia de un evento, sino el hecho de soportar gravámenes o beneficios por la parte que no había asumido el riesgo del evento. El mismo evento, extraordinario o no, puede mantener el equilibrio o romperlo. La identificación del desequilibrio deriva del hecho de que la parte que no había asumido el riesgo termine sufriendo consecuencias del evento que lo concretizó. O sea, si alguna consecuencia es soportada por la parte que debía soportar el riesgo, no habrá desequilibrio.

⁵⁹ Constitución, artículo 37, “XXI – aparte de los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante el proceso de licitación pública que asegure la igualdad de condiciones a todos los concurrentes, *con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, con mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley*, que solamente permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones” (resaltado fuera del texto original).

⁶⁰ En este sentido, consultar RIBEIRO, MAURÍCIO PORTUGAL. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo, Atlas, 2011, p. 131-133.

Asimismo, el equilibrio contractual no es una ecuación (no representa una igualdad) de valores, ni vehicula una estabilidad fáctica, sino un mecanismo que asegura el respeto de la distribución de riesgos y la previsibilidad respecto de quién asumirá las consecuencias de la natural inestabilidad fáctica en un contrato de largo plazo. Si la rentabilidad del concesionario disminuye o aumenta como consecuencia de la materialización de un riesgo que él asumió, no cabrá recomposición del equilibrio económico-financiero. Aun los riesgos de hechos imprevisibles, extraordinarios o ajenos a la voluntad de las partes, son distribuidos en la matriz de riesgos. De esta forma, se observa que cuando la revisión del contrato está fundamentada en la matriz de riesgos del contrato, el equilibrio económico-financiero del contrato se conserva. Así, el contrato debe especificar, con base en la matriz de riesgos, cuáles son las hipótesis en que el reequilibrio puede ser solicitado.

La recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato puede ser desarrollada con fundamento en los estudios de viabilidad, que estableció el “caso base”. Este “caso base” proyecta una tasa interna de rentabilidad, según la metodología de flujo de caja económico. Pero el utilizar la tasa interna de rentabilidad derivada de los estudios de viabilidad económico-financiera no significa que el contrato va a garantizar siempre la misma tasa de rentabilidad. Al final, la lógica subyacente de los contratos de concesión es la atribución al concesionario de los riesgos de incremento y disminución de eficiencia. La utilización de la tasa de rentabilidad con la finalidad de recomponer el equilibrio económico-financiero ocurrirá solamente cuando se constate que el contrato está desequilibrado. La tasa de rentabilidad servirá de elemento referencial para la aplicación de la metodología financiera. Por otro lado, es igualmente posible establecer la metodología de flujo de caja marginal para la recomposición del equilibrio económico-financiero⁶¹.

Es importante advertir que todo contrato tiene una matriz de riesgos. La diferencia es que esta matriz de riesgos puede ser explícita o implícita. Matrices explícitas no significan que los contratos deban tener listas de riesgos exhaustivas. La lista de riesgos estará siempre potencialmente incompleta⁶² porque, a priori, no podremos prever todos los riesgos, sobre todo para un contrato de largo plazo. Sin embargo, aunque la lista de riesgos no esté completa, el contrato puede, aun por fuera de la cláusula de la matriz de riesgos, establecer la manera en que estos casos serán solucionados (art. 10 de la Ley 8.987 de 1995). El contrato podrá incluso repartir el riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor. El problema de matrices implícitas es que ellas generan más polémica y discusión

⁶¹ Para una evaluación sobre la experiencia brasileña en la utilización de esta metodología, cfr. “Erros e acertos no uso de plano de negócios e metodologia do fluxo de caixa marginal”, PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO (2013), disponible en <http://fr.slideshare.net/portugalribeiro/erros-e-acertos-no-uso-do-plano-de-negcios-e-da-metodologia-do-fluxo-de-caixa-marginal>.

⁶² NÓBREGA, MARCOS, “Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs”, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, 2009, No. 18 – mayo, junio y julio.

con ocasión de la recomposición del equilibrio económico-financiero del contrato. Así, para generar más seguridad, los contratos más recientes contemplan matrices explícitas.

Por otro lado, si el contrato no estableció nada sobre un determinado riesgo, cuando este se concreta, hay dos soluciones posibles. Primera, verificar si la ley (el ordenamiento jurídico en general, incluso las leyes subsidiarias) establece alguna consecuencia con relación al riesgo discutido. Segunda, considerando que (i) la ley no haya establecido nada y (ii) que el riesgo sea extracontractual, aplicar la regla del artículo 65 de la Ley 8.666 de 1993, ley que tiene aplicación subsidiaria respecto de la ley de concesión. Esta regla establece que el Poder Concedente asume los riesgos extracontractuales, o sea, los riesgos no previstos en el contrato.

Así, una vez identificados los riesgos relevantes del contrato, es necesario realizar una distribución eficiente. O sea, en la hipótesis de concretización del riesgo, las responsabilidades serán atribuidas con las consecuentes ganancias y gravámenes para la parte que las asumió. La regla básica para la distribución eficiente de riesgos toma en cuenta la parte que tiene mayor capacidad de evitar la realización del riesgo y, en caso de que este se materialice, la parte que tiene mayor capacidad de mitigar sus efectos. Además, es necesario considerar la capacidad de las partes de transferir los costos. A fin de incentivar la adopción de medidas que eviten el evento dañoso, el riesgo de su ocurrencia debe ser atribuido a la parte con menor capacidad de transferir su costo. Igualmente, es preciso tener en cuenta que el Poder Concedente termina por transferir el costo del riesgo que asume al contribuyente, lo que disminuye considerablemente el número de riesgos que deben ser asumidos por él⁶³.

Finalmente, para establecer una clara matriz de riesgos deben ser considerados los estudios anteriores al contrato, elaborados durante la estructuración del proyecto. Por ejemplo, (i) el potencial de generación de ingresos de la actividad objeto del contrato; (ii) las inversiones; (iii) los costos y los gastos necesarios para generar esos ingresos; (iv) la tasa mínima de retorno. Una vez distribuidos los riesgos, será posible visualizar la ecuación económico-financiera como lógica que asegure una relación estable entre la ejecución del objeto contractual, la asunción de riesgos y la remuneración del contratista.

8. CONTROL NO JURISDICCIONAL DEL CICLO CONTRACTUAL

En Brasil, el control general (no solamente de los contratos públicos) de la administración pública está presente en los tres niveles de la federación (la Unión, los Estados Federados y los Municipios) y dentro de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Esto significa que el control de los contratos públicos es solamente una parte del control general realizado sobre la administración pública (directa e indirecta), previsto

⁶³ Sobre los criterios de asignación de riesgos, RIBEIRO, MAURÍCIO PORTUGAL. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo, Atlas, 2011, pp 80-82.

por el artículo 70 de la Constitución Federal y relativo a los temas financieros, contables, patrimoniales y presupuestarios.

El control no jurisdiccional puede ser ejercido por la vía de dos modalidades: el control externo y el control interno. De un lado, el control externo de toda la administración pública es ejercido por el Congreso Nacional, con el auxilio de los tribunales de cuentas. Estos existen en el ámbito de la Unión, de los Estados y de los Municipios, donde también son creados y financiados por los Estados, según el artículo 75 de la Constitución. En razón del principio de simetría, los Estados y los Municipios están igualmente obligados a ejercer los mismos tipos de controles, según los artículos 25 y 29 de la Carta. De hecho, los tribunales de cuentas tienen competencias muy importantes con relación al control de los contratos públicos, establecidas en los artículos 41 a 47 de la Ley 8.4443 de 1992.

De otro lado, el control interno es ejercido obligatoriamente en todos los poderes y en cada órgano de la administración pública, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución. Por ejemplo, en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Unión, se encuentra la Contraloría General de la Unión (CGU), cuyas competencias están previstas en los artículos 17 a 22 de la Ley 10.683 de 2003 y en el Decreto 8.109 de 2013. La CGU es responsable de actividades como el control interno, la auditoría pública, la prevención y la adopción de medidas para combatir corrupción, todo lo cual hace parte del control del ciclo contractual. Bajo un punto de vista institucional, hay muchos organismos en Brasil que ejercen el control en sentido extremadamente amplio, analizando la legalidad, la legitimidad, la economía y la ejecución de las subvenciones y los presupuestos públicos. Sin embargo, los tribunales de cuentas actúan prioritariamente en la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operacional y patrimonial de la Unión, detentando la primacía para la corrección de ilegalidades.

El control interno, que es asegurado por los propios órganos administrativos de cada poder, no confiere condiciones específicas de independencia a aquellos que lo ejercen. Por el contrario, el diseño institucional es diferente en el control externo. Los miembros del Tribunal de Cuentas de la Unión gozan de diversas garantías relacionadas con sus cargos. El artículo 73, § 3 de la Constitución establece que los ministros del Tribunal de Cuentas de la Unión tienen las mismas prerrogativas, impedimentos, limitaciones y ventajas de los ministros del Tribunal Superior de Justicia. Además, las garantías de sus miembros están previstas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión (Ley 8.443 de 1992). Por ejemplo, los ministros tienen cargos vitalicios, siendo susceptibles de destitución solamente en caso de sentencia judicial definitiva. Además, tienen garantizada la inamovilidad y la pensión con provisiones integrales. De hecho, las garantías están relacionadas con obligaciones o prohibiciones. Los ministros no pueden: (i) ejercer otros cargos o funciones, salvo el magisterio; (ii) ejercer otro cargo técnico o de dirección, en otro órgano, salvo en asociaciones de clase y sin remuneración; (iii) gozar de comisiones, remuneradas o no;

(iv) ejercer profesión liberal, empleo particular, comercio, ni participar de sociedad comercial, excepto como accionista sin injerencia en la gestión societaria; (v) celebrar contrato con persona jurídica de derecho público, ser miembro de la administración pública directa o indirectamente o concesionario de servicio público, o (vi) dedicarse a actividades político-partidarias. Conjuntamente, la propia Constitución establece las condiciones de nominación de los ministros del TCU (art. 73, §§ 1 y 2), que son similares a las condiciones de los ministros de las cortes superiores (Tribunal Supremo Federal y Tribunal Superior de Justicia). Son nueve ministros, nominados por diversas autoridades según la lógica siguiente: (a) 1/3 por el Presidente de la República, con aprobación del Senado; de los cuales dos son elegidos, alternadamente, entre auditores y miembros del Ministerio Público, junto al Tribunal de Cuentas, y (b) 2/3 por el Congreso Nacional.

El control de los contratos podrá ser ejercido con la asistencia de entidades de carácter privado, como por ejemplo las auditorías nacionales e internacionales, solamente cuando el contrato mismo lo prevé. Si no hay reglamentación contractual específica, la administración pública ejercerá su función de fiscalización con sus órganos internos, y los tribunales de cuentas harán el control. De hecho, en contratos de concesiones especiales (*“alianzas público-privadas”*) es cada vez más frecuente la obligación de contratar una auditoría para la fiscalización de las cuentas del contratista (*“parceiro privado”*). Igualmente, un actor más reciente en la dinámica de los contratos de concesión es el “verificador independiente”, cuya obligación es auxiliar a la administración pública en la fiscalización del cumplimiento del contrato, asumiendo, por consiguiente, un carácter más amplio que la auditoría de las cuentas. El verificador independiente suministra a la administración pública los diversos tipos de información, sobre todo en cuanto al cumplimiento de los índices de calidad. Finalmente, en estos casos de auxilio de entidades privadas, los costos son atribuidos al contrato, lo que tiene impacto en su modelo económico-financiero. Así, en contratos que establecen la actuación del verificador independiente, sus costos son establecidos como gastos operacionales para efectos de cálculo de flujo de caja y la estimación de la rentabilidad del negocio.

El control de los contratos públicos no es ejercido solamente por los órganos administrativos. Existen mecanismos de intervención o control de la sociedad civil que hacen parte del sistema de control. Las denuncias sobre irregularidades pueden realizarse mediante (i) el derecho de petición general o (ii) el derecho de denunciar irregularidades o ilegalidades ante los tribunales de cuentas. Además, las consultas públicas, que normalmente duran treinta días, constituyen un canal preventivo de participación. Durante este período, la sociedad civil puede hacer sugerencias y pronunciarse sobre el contenido del contrato que será posteriormente objeto de licitación.

El derecho de petición está asegurado en el artículo 5.º, XXXIV a) de la Constitución, que define el derecho de cualquier persona, independientemente del pago de su contribución tributaria, de formular peticiones a los poderes públicos en defensa de

derechos o contra la ilegalidad y el abuso de poder. Con fundamento en este derecho, cualquiera puede, desde que lo haga por escrito y de forma fundamentada, solicitar a los poderes públicos, de forma amplia, la realización de procedimientos administrativos que corrijan las irregularidades. Sin embargo, en cuanto al control de los contratos administrativos, tiene mayor sentido la denuncia directa ante los tribunales de cuentas, en razón de los poderes de control que estas instituciones detentan. Esta posibilidad está establecida en el artículo 74, § 2 de la Constitución y puede ser ejercida por cualquier ciudadano, partido político, asociación o sindicato. La denuncia debe ser hecha de conformidad con los lineamientos de la ley del tribunal de cuentas respectivo y, en caso del Tribunal de Cuentas de la Unión, obedecerá a los artículos 53 a 55 de la Ley 8.443. Estos artículos establecen que la denuncia será objeto de un tratamiento reservado, hasta que su procedencia sea confirmada, momento en el que el proceso se torna público.

Además, las audiencias públicas y consultas públicas son frecuentes antes de las licitaciones de los contratos. Las audiencias públicas son obligatorias en licitaciones cuyo valor sea alto, superior a R\$150 millones, según el artículo 39 de la Ley 8.666. Con relación a las consultas públicas, el artículo 10, VI de la Ley 11.079 de 2004 establece la disponibilidad del pliego de licitación y del contrato para la consulta pública, como obligación previa a la licitación.

En mayo de 2014, el Gobierno brasileño creó el Programa Nacional de Participación Social, con la publicación del Decreto 8.423. Este decreto pretende crear instancias de participación directa e indirecta de la sociedad civil en todos los órganos de la administración federal. Hasta el momento no es posible analizar el impacto de este programa en el ciclo contractual, pero puede valorarse la creación y ampliación de la intervención y control de la sociedad civil.

Existen distintas clases de control, según la fase del proyecto contractual. Antes de la realización de la licitación, el Tribunal de las Cuentas puede solicitar la evaluación previa del pliego de licitación y del contrato, además de determinar plazos para eventuales modificaciones y emitir recomendaciones. Esta posibilidad está establecida en el artículo 113, § 2 de la Ley 8.666. En general, el control del Tribunal de Cuentas es realizado a posteriori.

La administración pública tiene la capacidad de modificar el contrato, por medio de las cláusulas exorbitantes. Además, existe el principio de mutabilidad de los contratos.

El Tribunal de Cuentas tiene el poder de determinar plazos para que la administración corrija irregularidades en los contratos. Esta prerrogativa está prevista en el artículo 45 de la Ley 8.443, referida al Tribunal de Cuentas de la Unión: verificada la ilegalidad del acto o contrato, el Tribunal, en la forma establecida por el reglamento interno, establecerá un plazo para que el responsable adopte las providencias necesarias para el exacto cumplimiento de la ley, indicando expresamente las medidas que deben

ser observadas. Además, el Congreso Nacional tiene la prerrogativa de interrumpir la ejecución de los contratos, según la previsión del artículo 71, § 1 de la Constitución.

9. ÓRGANOS JUDICIALES COMPETENTES PARA RESOLVER CONTROVERSIAS

Aunque el derecho administrativo brasileño haya tenido mucha influencia de los sistemas francés e italiano, no existe en Brasil una jurisdicción especializada para el juzgamiento de los contratos. En Brasil hay unidad de jurisdicción. Esto significa que el Poder Judicial es competente para juzgar todas las demandas, en razón del principio de universalidad de la jurisdicción. En consecuencia, todos los actos administrativos están sujetos al control judicial, incluyendo las controversias contractuales resultantes de los contratos firmados por la administración pública.

El artículo 5.º, XXXV de la Constitución Federal establece que la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza de derecho. Entretanto, esta norma constitucional no excluye la existencia de instancias administrativas responsables por el juzgamiento en el ámbito del contrato administrativo. En verdad, su efecto es la consolidación de la posibilidad de recurrir a la jurisdicción para contestar la decisión de la administración pública, en la medida en que será siempre el órgano judicial el competente para proferir un juzgamiento definitivo. En ese sentido, el Poder Judicial realiza control externo de la actividad administrativa.

Este Poder tiene la competencia para juzgar controversias en cualquier contrato suscrito por la administración. Esta prerrogativa existe con independencia del derecho aplicado: bien sea el régimen de derecho privado (los contratos privados de la administración, regulados por el derecho civil o empresarial) o el régimen de derecho público (los contratos también conocidos como contratos administrativos, con fuerte incidencia del derecho administrativo).

En cuanto a los tribunales internacionales, a priori no tienen jurisdicción sobre los contratos. De hecho, no hay previsión legal al respecto. Sin embargo, el Estado brasileño está sujeto a los tribunales internacionales, entre los cuáles la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, si hay una violación a los derechos humanos en el ámbito de un contrato administrativo y se cumple con los requisitos de admisibilidad aplicables (p. ej., el previo agotamiento de las instancias jurisdiccionales internas), el contratista privado está facultado para recurrir a la Corte.

En cuanto al aspecto procesal, existen acciones específicas que pueden ser utilizadas contra la administración pública. Estas modalidades de acciones no se limitan a los contratos administrativos, sino que pueden ser utilizadas, en general, para cuestionar actividades en las que la administración es parte, incluso los contratos. Por lo demás, estas acciones no son las únicas aptas para ejercer el control jurisdiccional del ciclo contractual. Asimismo, pueden ser intentadas las acciones ordinarias.

En este ámbito de acciones especializadas para el control de la administración, que pueden ser utilizadas por particulares en la esfera contractual, se encuentran (i) el “*mandado de segurança*” (*injuction action*) individual y colectivo, (ii) la acción popular y (iii) la acción civil pública.

A continuación se realiza una breve descripción de cada una de estas acciones, incluyendo su finalidad, previsión legal, condiciones específicas y titularidad de la acción.

El *mandado de segurança*⁶⁴ es una acción civil constitucional que tiene por objeto la protección de un derecho particular y directo en caso de ilegalidad o abuso de poder ejercido por autoridad o agente en el ejercicio de atribuciones del poder público. Es considerado un remedio constitucional, previsto en el artículo 5.º, LXIX de la Constitución Federal, y solamente procede en casos en los que no sean admisibles el *habeas corpus* o el *habeas data*. La previsión infra-constitucional del *mandado de segurança* se encuentra en la Ley 12.016 de 2009, con el objetivo de cesar la agresión al derecho subjetivo (forma represiva) o de prevenir tal agresión (forma preventiva). En razón de la exigencia de derecho particular y concreto, es necesario que sea posible la demostración de su existencia y titularidad en el proceso, por medio de prueba documental. Así, no es posible la dilación probatoria en el *mandado de segurança*. De hecho, el *mandado de segurança* sigue un rito procesal sumario y, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 12.016 de 2009, su proceso y respectivos recursos tienen prioridad sobre todos los actos judiciales, con excepción del *habeas corpus*. En cuanto a la titularidad, hay dos modalidades: (i) el individual y (ii) el colectivo. El individual puede ser impetrado por toda persona (en sentido amplio: nacional o extranjera, natural o jurídica, órganos públicos), cuyo derecho subjetivo sea violado por ilegalidad o abuso de poder. En cuanto al colectivo, está previsto en el artículo 5.º, LXX de la Constitución y el artículo 21 de la Ley 12.016, y se destina a la defensa de los intereses colectivos o individuales homogéneos, con dos posibilidades de aplicación. La primera se refiere al partido político con representación en el Congreso Nacional, en defensa de intereses relativos a sus integrantes o a la finalidad partidaria, que es un concepto extremadamente amplio (puesto que los partidos políticos representan a toda la sociedad). La segunda posibilidad de aplicación tiene requisitos más claros y límites más definidos. En estos casos, la acción es ejercida por una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos desde un año antes, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados. O sea, en este segundo caso, es necesario probar la correspondencia temática entre el objeto de la acción y la función desarrollada por la entidad asociativa.

La acción popular es también una acción civil constitucional, que puede ser propuesta por cualquier ciudadano para la protección del patrimonio público, de la

⁶⁴ El *mandado de segurança* individual puede ser iniciado por cualquier persona, sin necesidad de tener titularidad ni ejercicio de sus derechos políticos, pudiendo incluso ser extranjero o persona jurídica, cuando sea plausible la violación de un derecho.

moralidad administrativa, del medio ambiente, del patrimonio público, del patrimonio histórico-cultural, de acuerdo con el artículo 5.º, LXXIII de la Constitución Federal. Esta acción deriva de la concepción según la cual todos los ciudadanos tienen el derecho de defender el patrimonio y el interés público. Así, su característica distintiva es justamente el hecho de permitir que cualquier persona en pleno goce de sus derechos políticos pueda provocarla, con la sola presentación del documento electoral. Por lo tanto, es una garantía inherente al sistema democrático, resultante del poder-deber del ciudadano de participar en la fiscalización de la administración pública.

A diferencia del *mandado de segurança*, la acción popular no tiene por objeto la protección de un interés subjetivo, sino de intereses de la colectividad, según los casos previstos en la ley y la Constitución, destacándose el patrimonio público. También a diferencia del *mandado de segurança*, esta es una acción que admite el despliegue probatorio, o sea, no necesita de prueba previamente constituida. Su efecto es la anulación o declaración de nulidad del acto. El artículo 2.º de la ley sobre la acción popular establece la nulidad de los actos lesivos en los casos de incompetencia, vicio de forma, ilegalidad de la finalidad, inexistencia de motivos y desvío de finalidad. Cada uno de esos conceptos se define en el párrafo único del artículo. Luego, en el ámbito de control del ciclo contractual, todo ciudadano puede ejercer una acción popular para plantear la anulación de un contrato con la administración pública que cause daños al patrimonio histórico.

Por último, la acción civil pública también se dirige a reprimir o impedir daños al patrimonio público y social, al medio ambiente y a otros intereses difusos y colectivos, según la previsión del artículo 129, III de la Constitución. En el plano infra-constitucional, la acción civil pública es reglamentada por la Ley 7.347 de 1985, cuyo artículo 1.º la caracteriza como una acción por daños patrimoniales y morales causados a una serie de intereses. Su finalidad es lograr una sentencia condenatoria, que determine el pago de indemnización, lo que engloba daños patrimoniales y morales, o el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer. En el ámbito de los contratos administrativos, la acción civil pública puede ser usada para requerir la nulidad de un contrato administrativo, que no haya sido precedido de licitación, como en el ejemplo del recurso especial REsp 1280321/MG 2011/0180122-9, juzgado por el STJ.

A diferencia de la acción popular, la legitimidad activa es atribuida solamente a los órganos indicados en el artículo 5.º de su ley: (i) el Ministerio Público (ver también el art. 129, III CRFB), (ii) la Defensoría Pública, (iii) los entes federativos (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios), (iv) sus autarquías, (v) las empresas públicas, (vi) y las asociaciones que estén constituidas desde hace por lo menos un año e incluyan en sus finalidades la protección al bien jurídico que sea objeto de la acción (protección al consumidor, p. ej.). Antes de interponer la demanda, es conveniente que haya investigaciones previas sobre la depuración de los indicios concretos, en cuanto a la irregularidad y autoría. Asimismo, el artículo 8.º de la Ley 7.347 de 1985 establece que

el interesado podrá requerir a las autoridades competentes las certificaciones e informaciones que considere necesarias, y su § 1 establece que el Ministerio Público podrá instaurar una averiguación civil para la recolección de información con el objetivo del ejercicio de la acción.

En cuanto a las eventuales diferencias procesales según el objeto del litigio, no hay acciones específicas destinadas a las diferentes fases del ciclo contractual: preparación, licitación y ejecución del contrato. Las acciones pueden ser ejercidas en todas las fases, cuando la ilegalidad se constate y los requisitos de admisibilidad se cumplan. Por regla general, el control por el poder judicial se realiza a posteriori⁶⁵, en la medida en que los actos administrativos tienen presunción de legitimidad y auto-ejecutoriedad y no dependen de autorización para ser aplicados.

Sin embargo, es necesario anotar que la protección constitucional (art. 5.º, XXXV) no se limita a la lesión, pues también comprende la amenaza de lesión a derecho. Así, es posible impetrar acción de carácter preventivo, desde que la amenaza sea inminente. El *mandado de segurança* y la acción civil pública pueden ser ejercidas en modalidades preventivas. Asimismo, es plenamente posible el inicio de acciones durante la fase de selección del contratista, lo que corresponde a la licitación. Además, hay también la posibilidad de requerir la tutela preventiva en todas las acciones, lo que será explicitado en las consideraciones sobre medidas cautelares.

En este sentido, debe anotarse que el poder judicial en Brasil respeta el principio de jurisdicción rogada, según el cual solamente actúa cuando se ejerce una acción. Por consiguiente, al contrario de lo que pasa en el ámbito de los tribunales de cuentas, el juez no puede iniciar un proceso de oficio, para averiguar eventuales irregularidades en el ciclo contractual. El principio de inercia de la jurisdicción está establecido en el artículo 2.º del Código de Proceso Civil, que establece que “ningún juez prestará tutela jurisdiccional, salvo cuando la parte o el interesado la requiera, en los casos y formas legales”.

Asimismo, el artículo 5.º, XXXV de la Constitución prescinde del agotamiento de la vía administrativa antes de emprender la vía judicial. Así, la regla general es la posibilidad de acudir directamente al juez, lo que exige que las excepciones tengan una previsión expresa en sentido contrario. Por ejemplo, según el artículo 217, § 1 de la Constitución, el Poder Judicial solamente admite acciones relacionadas con las competencias deportivas después del agotamiento de las instancias de justicia deportiva. En cuanto al ámbito de control del ciclo contractual, hay una excepción relativa al *mandado de segurança*, cuya Ley 12.016 de 2009 establece en su artículo 5.º, I que no será concedido *mandado de segurança* contra un acto susceptible de recurso administrativo con efecto suspensivo, independientemente de la posibilidad de solicitar

⁶⁵ Así también, CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*, 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 933 y LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 775.

caución. Así, a fin de impetrar el *mandado*, todas las instancias administrativas que puedan decidir sobre recursos con efecto suspensivo deben ser agotadas.

Además, en Brasil la titularidad del ejercicio de acciones es reconocida a sujetos especiales. Por ejemplo, el *mandado de segurança* colectivo puede ser propuesto por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional o por organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas con por lo menos un año de anterioridad, en defensa de los intereses de sus miembros y asociados, de acuerdo con el artículo 5.º, LXX de la Constitución y el artículo 21 de la Ley 12.016 de 2009. En cuanto a la acción civil pública, también puede ser propuesta por asociaciones constituidas con por lo menos un año de anterioridad e incluyan entre sus finalidades institucionales la protección al bien jurídico que se busca proteger con la acción, según previsión del artículo 5.º, V de la Ley 7.347. Por ejemplo, el derecho de grupos raciales, los grupos protectores del medio ambiente o del consumidor. El mismo dispositivo legal establece que la acción civil pública puede ser propuesta por una serie de entidades estatales: el Ministerio Público, la Defensoría Pública, la Unión, los Estados, el Distrito Federal, los Municipios, las autarquías, las empresas públicas, las fundaciones o las sociedades de economía mixta. De todas maneras, los grandes protagonistas en el ejercicio de la acción civil pública son el Ministerio Público, cuya competencia tiene base constitucional en el artículo 129, III, y la Defensoría Pública.

A fin de analizar la efectividad de la ejecución de los fallos judiciales, es importante anotar que la legislación procesal común (Código de Procedimiento Civil) prevé la posibilidad de solicitar tutela preventiva en todas las acciones judiciales, lo que permite al juez suspender los efectos del contrato adoptando medidas liminares. Esta tutela preventiva puede tener naturaleza satisfactoria o cautelar. La naturaleza de satisfacción del pedido en la tutela está prevista en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil (Ley 5.869 de 1973, incluida por la Ley 8.952 de 1994), que exige la prueba inequívoca, combinada con (i) la alegación sobre el fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación o (ii) el abuso del derecho de defensa y el manifiesto propósito del reo de retrasar el proceso.

Las tutelas cautelares se destinan a asegurar la eficacia de la futura tutela definitiva, y no a satisfacer el derecho. En este sentido, las tutelas cautelares tienen exigencias menos rigurosas que la tutela anticipada, y por ello basta con el indicio del buen derecho (*fumus boni iuris*) y la posibilidad de causar daños con el transcurso del tiempo (*periculum in mora*). Además, por regla general, las tutelas cautelares tienen que ser requeridas en procedimiento judicial especial, distinto del proceso principal. Este proceso separado puede ser anterior, incidental o posterior al proceso principal. El Código de Procedimiento Civil dispone sobre diversos tipos de medidas cautelares que pueden ser pedidas, por ejemplo, en los contratos administrativos, llegando a suspender la realización de una licitación irregular.

Las tutelas preventivas también están previstas en dispositivos específicos por las leyes de cada una de las tres acciones mencionadas. En el caso de *mandado de segurança*, la Ley 12.016 de 2009 prevé una tutela de urgencia, de naturaleza cautelar, en su artículo 7.º, III, para la suspensión del acto que motivó el pedido, cuando haya fundamento relevante y la falta de suspensión pueda llevar a la ineficacia de la acción, siendo posible la exigencia de caución, fianza o depósito a cargo del solicitante. En cuanto a la acción popular, el artículo 5.º, § 4 de la Ley 4.717 de 1965 afirma expresamente que “en la defensa del patrimonio público será posible la suspensión liminar del acto lesivo impugnado”, siendo por lo tanto una tutela anticipada. En la ley sobre la acción civil pública (Ley 7.347 de 1985), el artículo 4.º faculta el otorgamiento de acción cautelar con las finalidades de la acción civil pública, y su artículo 12 afirma que el juez podrá conceder el mandato liminar, en decisión sujeta a agravio, que es un tipo de recurso.

Finalmente, el juez puede utilizar todos los medios legales a su disposición para la efectiva ejecución de las sentencias. Por ejemplo, la expedición de oficios, de diversos mandatos como los de entrega, de busca y aprehensión, de intimación para el cumplimiento de sentencia, de embargo de obras, así como el bloqueo y secuestro de fondos públicos.

10. MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS (ADR – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS)

Entre los mecanismos existentes de solución alternativa de conflictos, solamente el arbitraje está previsto por la Ley 9.307 de 1996. Sin embargo, otros medios clásicos de solución alternativa de disputas, por ejemplo, la conciliación y la mediación, pueden ser previstos en los contratos. Además de la ley de arbitraje, que establece en su artículo 1.º que las personas capaces de contractar podrán utilizar el arbitraje para solucionar litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles, otras leyes se refieren al instrumento. La ley de alianzas público-privadas (Ley 11.079 de 2004) establece la posibilidad de su utilización en un contrato de PPP (art. 11, III). Además, en 2015 la ley de arbitraje fue modificada⁶⁶ y se refiere ahora acerca de la utilización del instituto por la administración pública. En consecuencia, tenemos una verdadera autorización legislativa en ese sentido, a fin de evitar dudas sobre la admisión del arbitraje para esos contratos.

Lo mismo pasa en la ley de concesiones (Ley 9.987 de 1995), que en 2005 fue reformada para incluir el artículo 23-A, disponiendo de manera expresa la admisión de mecanismos privados de resolución de conflictos como el arbitraje. Antes de esta reforma, muchos ya entendían que era posible el arbitraje, en razón del artículo 23, XV de esta ley, según la cual era cláusula esencial del contrato de concesión la relativa al

⁶⁶ Ley 13.129 de 2015.

foro y al modo amigable de solución de litigios contractuales⁶⁷. Sin embargo, las controversias sobre el tema eran frecuentes y muchos defendían la necesidad de una autorización legal expresa para su utilización en el contrato de concesión, lo que motivó la reforma⁶⁸. Así mismo, algunos marcos regulatorios sectoriales prevén expresamente el uso del arbitraje. Por ejemplo, en el sector de energía eléctrica, el arbitraje es utilizado en las disputas dentro de la Cámara de Comercialización de Energía Eléctrica, según la previsión del artículo 4.º, §§ 5 y 6 de la Ley 10.848 de 2004, que contiene autorización a las empresas públicas y sociedades de economía mixta para someter sus diferencias a tribunales arbitrales.

Además de las previsiones legales, la jurisprudencia ha consolidado la posibilidad de utilización del arbitraje en contratos firmados por la administración pública. En 1973, antes de la ley que permitió el arbitraje en contratos de la administración, el que es conocido como “Fallo Lage”, que contó con la decisión unánime de la relatoría del ministro Bilac Pinto, se consideró conforme a la Constitución el uso del juicio arbitral por la administración pública⁶⁹. Actualmente, la jurisprudencia es pacífica al permitir el uso del arbitraje para intereses disponibles manejados por el Estado, que son aquellos tradicionalmente ligados a los actos de gestión y sobre los cuales la administración tiene capacidad de contratar.

De todas maneras, la inclusión de un método alternativo de disputa en un contrato es facultativa.

Por otro lado, una vez inserto en el contrato por medio de una cláusula compromisoria, o aun posteriormente a la celebración del contrato, su observancia es obligatoria. Así, si en el contexto de un contrato se prevé el sometimiento de las disputas al arbitraje, el particular o la administración que recurra al Poder Judicial, sin antes haber agotado el procedimiento arbitral obtendrá del juez la extinción de la acción, y este ordenará que la parte se sujete al arbitraje. El artículo 273, VII del Código de Procedimiento Civil establece el compromiso como una de las causales de extinción del proceso sin resolución del mérito.

En los casos de métodos alternativos consensuales (la mediación y la conciliación), sin la previsión del arbitraje, es posible utilizar este de modo facultativo. Para esos casos, una parte podrá iniciar una acción judicial sin recurrir a los métodos alternativos consensuales y el juez no estará obligado a extinguir el proceso. Sin embargo, considerando el principio de la buena fe contractual, el juez podrá terminar el proceso y determinar la sumisión de la disputa a la mediación o conciliación.

Además, si la parte no se comprometió con el arbitraje u otro método alternativo de resolución de disputas, esto no puede ser requisito de admisibilidad de la acción

⁶⁷ TÁCITO, CAIO. *Temas de Direito Público*, v. 3, p. 83-88, APUD, MAURÍCIO, PORTUGAL RIBEIRO. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 167.

⁶⁸ PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: editora Atlas, 2011, pp. 167-169.

⁶⁹ STF, AI 52.181, j. 14.11.1973.

judicial, debido al artículo 5.º, XXXV de la Constitución. En conclusión, solamente si el arbitraje estuviera previsto será necesario su agotamiento para poder recurrir a la jurisdicción. Por otra parte, el compromiso arbitral vincula tan solo a las partes que lo han suscrito. Esto significa que un tercero que no suscribió el compromiso arbitral podrá, sin problema, ejercer su derecho de acción ante la jurisdicción, en relación a un contrato administrativo, por cualquiera de las vías posibles: acción popular o acción civil pública, cuando exista una ilegalidad.

Igualmente, la propia ley de arbitraje limita su aplicación a los derechos patrimoniales disponibles, según su artículo 1.º. Esta limitación ha sido especialmente importante en la discusión sobre el uso del arbitraje en el derecho administrativo, en razón del principio de indisponibilidad del interés público por el gestor público. Así, el objeto y las materias susceptibles de la solución alternativa de conflictos se circunscriben a los derechos patrimoniales disponibles⁷⁰. Por consiguiente, la clásica distinción entre los actos de imperio y los actos de gestión es importante: en cuanto los primeros son caracterizados como indisponibles, mientras que los segundos, en razón de envolver relaciones jurídicas comunes, son pasibles de sometimiento al arbitraje.

Como los contratos firmados por la administración pública son, por lo general, actos de gestión, no hay obstáculo para que ellos establezcan el arbitraje. Precisamente, no se puede contratar con los particulares materias relativas a los derechos indisponibles. Así, defendemos la lógica según la cual las materias vedadas a la resolución por arbitraje son aquellas ligadas a los derechos indisponibles. Dentro de los derechos indisponibles se destacan en el ámbito de los contratos administrativos las cuestiones regulatorias, el poder de policía y la garantía de continuidad de los servicios públicos⁷¹.

En cuanto al procedimiento arbitral, hay algunas condiciones que deben ser cumplidas. Primero, el arbitraje debe realizarse en Brasil. Segundo, durante el procedimiento debe ser utilizado el idioma portugués, según la Ley de Concesiones y PPPs. No hay obligatoriedad legal respecto del establecimiento de requisitos de admisibilidad para la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de disputas. Así, es posible asegurar en el contrato pura y simplemente que toda controversia se someterá al juez arbitral. Por otro lado, es posible establecer en el contrato administrativo la previsión de requisitos para la utilización del arbitraje, que serán de obligatorio cumplimiento.

Por lo demás, si el arbitraje es realizado nacionalmente, según la ley brasileña, no hay necesidad de homologación o confirmación de la sentencia arbitral. El artículo 31 de la Ley 9.307 de 1996 establece que la sentencia arbitral produce entre las partes los mismos efectos de la sentencia proferida por los órganos del poder judicial, o sea, la

⁷⁰ Cfr. ARRUDA CÂMARA, JACINTHO, "O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos", en SUNDFELD, CARLOS ARI (org.) *Contratações Públicas e seu Controle*, p. 252-264.

⁷¹ PORTUGAL RIBEIRO, MAURÍCIO. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: editora Atlas, 2011, p. 170.

sentencia arbitral constituye un título ejecutivo judicial, según la indicación del artículo 475-N, IV del Código de Procedimiento Civil (Ley 5.869 de 1973, con la modificación que incluye para este dispositivo la Ley 11.232 de 2005). Así, para proceder a la ejecución de una sentencia arbitral, es solamente necesario acudir a la jurisdicción, presentándola de la misma forma que se ejecuta una sentencia judicial autónoma.

Como las leyes de concesiones y de PPPs establecen que el arbitraje será realizado en Brasil, una carta rogatoria para conferir el *exequatur* a las sentencias arbitrales extranjeras no es común, como ocurre en el ámbito de los arbitrajes privados. De todas maneras, el *exequatur* de sentencias arbitrales es realizado en Brasil por el Tribunal Superior de Justicia, que tiene la competencia para la homologación de sentencias extranjeras.

Además, es posible recurrir a la jurisdicción en caso de controversias entre las partes, en las hipótesis previstas en la Ley 9.307 de 1996: (i) para que sea firmado el compromiso arbitral, (ii) para la nominación de árbitros y (iii) para plantear la nulidad de la sentencia arbitral. Por ejemplo, es posible que una de las partes, después de haber acordado con anterioridad someterse a arbitraje, se rehúse a hacerlo en el momento de la controversia. Así, considerando que hay una cláusula compromisoria, si una de las partes decide desistir del arbitraje, la otra podrá recurrir a la jurisdicción para ratificar el compromiso arbitral, según el procedimiento del artículo 7.º de esta ley. De la misma forma, es posible que las partes no estén de acuerdo sobre la selección de los árbitros. En consecuencia, el artículo 13, § 2 de la ley establece que las partes pueden requerir a la autoridad judicial que sería originariamente competente para juzgar el conflicto, que haga la nominación de los árbitros.