

Análisis a la regulación en materia de contratos administrativos en Brasil

*Norma Estela Pimentel Méndez**

La doctrina brasileña sobre la contratación administrativa en el sector gubernamental guarda diversas similitudes con el régimen jurídico mexicano; sin embargo la nota diferenciadora entre el procedimiento de licitación pública en México y el propio de la República Federativa de Brasil es la inclusión de una etapa de “revisión o revocación” conocida como “homologación”, así como la ausencia en la legislación brasileña de un mecanismo de negociación incluido en el procedimiento mexicano, no obstante que en la Ley N° 2.546/2003, que instituye Normas Generales sobre Asociación Público-Privada en el ámbito de la Administración Pública, si se consideran mecanismos de flexibilización como lo es la “etapa de negociación”.

Brazilian doctrine on administrative contracts in the government sector keeps several similarities with the Mexican legal regimen; however the differentiating factor between the public tender procedure in Mexico and the Federative Republic of Brazil is the inclusion of a stage of “revision or revocation” “known as approval” as well as the absence in Brazilian legislation of a negotiation mechanism included in the Mexican procedure, however in No. 2.546/2003 Act, which establishes general standards for Public-Private Partnership in the field of public administration, if it consideres the flexibilization mechanism such as the “stage negotiation”.

SUMARIO: Introducción / I. Preceptos emanados de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil / II. Casos de excepción para la adjudicación de los contratos por medio de licitación pública / III. Etapas del procedimiento licitatorio en lo general / IV. Licitación pública y sus modalidades / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dra. en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Investigadora Académica en la Universidad Popular Autónoma de Puebla.

Introducción

La doctrina brasileña tradicionalmente sigue la línea de pensamiento trazada por el derecho francés, para reconocer la posibilidad de que el Estado celebre contratos de tipo civil o administrativo, radicando la diferencia en que “los contratos de derecho privado celebrados por la administración se regulan en su contenido por las normas de esta área de derecho [...] los “contratos administrativos” se sujetan a las reglas y principios existentes en el derecho público”.¹ Para Bandeira de Mello, esta situación no se aproxima a la realidad, pues los representantes del poder público siempre podrán disponer del servicio y de los bienes de naturaleza pública, situación que por ninguna vía, aún la contractual, se puede otorgar a los administrados; por esta razón, los “contratos administrativos no tienen nada de contractuales. Son poderes relativos a la práctica de actos unilaterales, inherentes a las competencias públicas que inciden sobre aquellos objetos [...] lo cierto es que no se puede impedir que la doctrina absolutamente mayoritaria en Brasil, como en Francia, decida designar bajo el nombre de “contratos administrativos” esta variedad de relaciones tan dispares”.²

En este documento se propone identificar y analizar el motor de las regulaciones en materia de contratación administrativa para el caso brasileño, para lo cual es necesario iniciar el estudio desde el marco establecido por la Constitución Política de 1988 de la República Federativa de Brasil, en sus artículos 22, 37 y 173, con la finalidad de resolver como problema de estudio principal, la presencia de mecanismos de negociación que impriman flexibilidad en los procedimientos de asignación de contratos, con lo cual se podrán obtener conclusiones sobre el cambio en el paradigma de los contratos del sector público.

La relevancia de este tema además de insertarse en el análisis normativo, también se encuentra relacionado a uno de los pilares más representativos en la economía internacional, pues según reportes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), por sus siglas en inglés, el gasto en adquisiciones puede representar entre el 10% y el 20% del PIB y no menos del 50% o incluso más, del total del gasto público.³ Hay que destacar que el crecimiento económico que ha caracterizado a Brasil en los últimos años, ha llevado a incluirlo junto con Rusia, India, China, Sudáfrica, bajo el acrónimo BRICS —utilizado para identificar economías emergentes con grandes dimensiones geográficas y demográficas;⁴ razón por la cual, cobra relevancia el estudio a sus contratos administrativos toda vez que no sólo tendrá proveeduría nacional sino internacional.

¹ Celso Antonio Bandeira De Mello, (Trad.) Labraña Parra, Valeria Estefanía. *Curso de Derecho Administrativo*, primera edición en español, México, Porrúa, 2006, p. 544.

² *Idem*.

³ Información obtenida del sitio oficial http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html

⁴ Osvaldo Rosales y Mikio Kawayama, *China y América Latina y el Caribe Hacia una relación económica y comercial estratégica*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, 2012, p. 15.

La posición económica de Brasil, tomando como punto de comparación el Producto Interno Mundial,⁵ lo coloca por encima de cualquiera de las economías de América Latina y el Caribe, por lo que se debieran analizar sus estrategias financieras y legislativas que han contribuido en ese desarrollo. Se incluye para mayor referencia (ver Figura 1) que refleja el predominio de Estados Unidos en el crecimiento anual del PIB, la importante posición de Brasil con un séptimo lugar a nivel mundial, así como la presencia de México en la posición número quince.

De aplicarse el porcentaje más bajo referido por UNCITRAL en materia de adquisiciones públicas en relación al PIB, en Estados Unidos se estarían destinado al menos 16 mil 800 000 millones de dólares, mientras que en Brasil 224 mil 567 millones de dólares y para el caso de México 126 mil 091 millones de dólares;⁶ sin duda las adjudicaciones que se generen en los procedimientos administrativos impactarán en el desarrollo económico, en el complejo entorno internacional en que se desenvuelven.

I. Preceptos emanados de la Constitución Política de la República Federativa de Brasil

El artículo 22 fracción XXVII, ubicado en el título III, denominado “De la organización del Estado”, capítulo II, denominado “De la unión”, señala que, “es competencia de la Unión, legislar sobre normas generales de licitación y contratación en todas sus modalidades, estableciendo, que para la administración pública directa (lo que para la doctrina mexicana es la administración centralizada), autárquicas (organismos autónomos), fundaciones de la Unión, estados, distrito federal y municipios obedecerán a los lineamientos establecidos en el artículo 37 fracción XXI, para las empresas públicas y sociedades económicas mixtas en los términos del artículo 173, §1(párrafo), fracción III”. Por lo tanto, la actividad legislativa estará dirigida y limitada conforme a dichos preceptos que establecen la base armonizada del régimen jurídico para la contratación de obras, servicios, compras y enajenaciones, en razón de que las normas que surjan en los Estados y Municipios, tendientes a regular la materia que nos ocupa, deberán estar en sintonía con las normas generales.

Dentro del título VII denominado “De la orden económica y financiera”, capítulo I denominado “De los principios generales de la actividad económica”, en su artí-

⁵ El PIB mundial se compone de los gastos en las adquisiciones de activos fijos de la economía, más la variación neta en el nivel de inventarios. Los activos fijos incluyen mejoras en la tierra (cercas, zanjas, desagües, etcétera), las compras de plantas, maquinaria y equipo y la construcción de carreteras, ferrocarriles y similares, incluidas las escuelas, oficinas, hospitales, viviendas residenciales privadas y comerciales y edificios industriales. Los inventarios son las existencias de bienes en poder de las empresas para hacer frente a las fluctuaciones temporales o inesperadas en la producción o las ventas, y la fuerza del “trabajo en progreso” (*Gross Capital Formation*) Traducción de la definición oficial del Banco Mundial, visible en el sitio web oficial: <http://data.worldbank.org/indicador/NE.GDI.TOTL.ZS>.

⁶ Para el caso de México esta cifra equivaldría aproximadamente al 25% del gasto presupuestado en 2015 a nivel Federal.

Posición	País.	PIB (US\$ a precios Actuales) (Millones de dólares)	Crecimiento % anual del PIB	Posición	País.	PIB en base a la Paridad de Poder Adquisitivo (Millones de dólares)
1	Estados Unidos	16,800,000	1,9	1	Estados Unidos	16,800,000
2	China	9,240,270	7,7	2	China	16,157,704
3	Japón	4,901,529	1,5	3	India	6,774,441
4	Alemania	3,634,822	0,4	4	Japón	4,624,359
5	Francia	2,734,949	0,2	5	Alemania	3,493,479
6	Reino Unido	2,521,380	1,7	6	Federación de Rusia	3,461,259
7	Brasil	2,245,673	2,5	7	Brasil	3,012,197
8	Federación de Rusia	2,096,777	1,3	8	Francia	2,436,930
9	Italia	2,071,306	-1,9	9	Indonesia	2,388,413
10	India	1,876,797	5,0	10	Reino Unido	2,320,104
11	Canadá	1,826,768	2,0	11	Italia	2,052,364
12	Australia	1,560,597	2,7	12	México	2,014,006
13	España	1,358,262	-1,2	13	Republica de Corea	1,664,259
14	Republica de Corea	1,304,553	3,0	14	Arabia Saudita	1,550,429
15	México	1,260,914	1,1	15	Canadá	1,520,493
Mundo		74,909,811	2,2			101,827,928
América Latina y el Caribe		5,654,890	2,4			8,531,927

Figura 1. Cifras aportadas por The World Bank, consultadas el día 3 de noviembre de 2014, a través de su página web: <http://data.worldbank.org/>, PIB (US\$ a precios actuales), crecimiento % anual del PIB, *Gross domestic product* 2013.

culo 173 establece que: “Salvo los casos que prevea esta constitución, la exploración directa de la actividad económica por el Estado sólo será permitida cuando sea necesaria a los imperativos de seguridad nacional o relevante al interés colectivo, conforme lo definido en Ley”, ésto se traduce en la generación de empresas públicas o de sociedades de economía mixta como PETROBRAS, estableciendo, en el primer párrafo fracción III, la obligación del legislador brasileño de incluir en su estatuto jurídico o en la Ley, las disposiciones relativas a la licitación y contratación con apego a los principios de la administración pública.

El artículo 37⁷ ubicado en el título III, capítulo VII, denominado “De la Administración Pública”, sección I, denominada “Disposiciones Generales”, señala los principios mínimos que deberán guiar la actividad pública: legalidad,⁸ impersonalidad,⁹ moralidad,¹⁰ publicidad y eficiencia. En materia de licitación y contratación, impone la fracción XXI (del mismo artículo citado), que “toda obra, servicio, compra o enajenación serán contratadas mediante proceso de licitación pública, asegurando la igualdad de condiciones para todos los concurrentes, con excepción de los casos específicos establecidos en Ley”,¹¹ haciendo del procedimiento licitatorio un antecedente y presupuesto necesario de la contratación administrativa (su consecuente lógico), salvo las excepciones que son traducidas en la Ley como dispensas o inexigibilidades, otorgándole al legislador la flexibilidad necesaria para atender las situaciones que por motivos de un proceso licitatorio se viera afectado alguno de los principios rectores de la administración pública o porque simplemente así lo requiera.¹² Además de esta excepción, el mismo numeral establece las cláusulas obligatorias que deberán de contener dichos contratos, las cuales son: la obligación de pago, y el mantenimiento de las condiciones efectivas de la oferta, en los términos de la Ley, imponiendo a su vez el mandato constitucional para el legislador brasileño de que dicho proceso sólo permitiese las exigencias de cualificación técnica y económica indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

⁷ *Center of Latin American Studies Research, Georgetown University*, Base de Datos de las Américas, visible en el sitio web oficial: <http://pdba.georgetown.edu/>

⁸ María Sylvia identifica “dos principios fundamentales que emanan de la bipolaridad marcados del Derecho Administrativo —la libertad individual y la autoridad de la junta— son los principios de legalidad y la supremacía del interés público sobre el particular [...] esenciales, porque de ellos, se construye todos los demás” Di Pietro, María Sylvia Zanella. *Derecho administrativo*. 21ª ed., Sao Paulo, ed. Atlas, 2008, p. 62.

⁹ “En él se traduce la idea de que la administración tiene que tratar a todos los administrados sin discriminaciones, benéficas o perjudiciales. Ni favoritismos ni persecuciones son tolerables [...] El principio en cuestión no es, sino el propio principio de la igualdad o isonomía”. Celso Antonio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰ De acuerdo con él, la administración y sus agentes tienen que actuar de conformidad con principios éticos [...] se incluyen en su ámbito, como es evidente, los llamados principios de la lealtad y la buena fe”. *Ibidem*, p. 84.

¹¹ Câmara dos Deputados, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 41º ed, 2014, visible en el sitio web de la cámara de los diputados de la República federativa del Brasil: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html

¹² Meirelles, Hely Lopes, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 22º ed., São Paulo, Malheiros, 1992.

I.1 Legislación secundaria constitucional

Es así, que se genera una dicotomía en la técnica legislativa, que el constituyente de 1988 comprendió e impuso, por la necesidad de establecer regímenes especiales en el proceso licitatorio para un óptimo desarrollo en las actividades económicas ejercidas por el Estado. Generó la base constitucional para la creación de la Ley reglamentaria del artículo 37 constitucional fracción XXI, 8.666/93 denominada Ley de Licitación y Contratación Pública, que establece las disposiciones y condiciones contractuales fijas, así como el procedimiento de licitación pública para la adjudicación del contrato, sus etapas y el método para declarar a la oferta ganadora. Mediante la aplicación de otras Leyes se construye una aproximación al procedimiento de licitación, por ejemplo, las Leyes 12.232/10 (normas generales para licitación y contratación pública por la administración pública de servicios publicitarios prestados por intermediarios de agencias de propaganda y otras medidas), 10.520/02 (Ley de subasta inversa o *pregão*), 8.987/95 (Ley de las concesiones de servicio público) y 11.079/04 (Normas Generales sobre Asociación Público-Privada en el ámbito de la Administración Pública), indican los poderes extraordinarios otorgados a la entidad pública, como las denominadas por la teoría administrativa como “cláusulas exorbitantes” —cláusulas extraordinarias en favor del ente público— que pueden ser ejecutadas en contratos públicos. Otra alteración al texto original de la Ley de Licitaciones se dio por la Ley 8.666/93, en particular los artículos 24 y 25, bajo los cuales se establecen los supuestos por los cuales es posible dispensar del proceso licitatorio o cuando es inexecutable.¹³

Desde la norma jurídica suprema de la nación, queda identificado el régimen normativo modelo, así como el procedimiento de adjudicación de los contratos. En Brasil la licitación pública se presenta por excelencia como el procedimiento de selección para la celebración de contratos administrativos, así como de concesión, debido a que en el artículo 175 constitucional impone el proceso licitatorio para la prestación de servicios públicos. Lo anterior no es resultado de una incorporación casual en la Constitución de 1988, pues la intención de admitir un proceso licitatorio para que la administración contrate con los particulares fue introducido en el ordenamiento jurídico brasileño en el siglo XIX a través del Decreto 2.926, del 14 de mayo de 1862,¹⁴ comenzando una larga travesía hasta llegar a la actual Ley 8.666/93 de Licitación y Contratación Pública.

Los mecanismos de adjudicación que la Ley ordinaria autoriza, crean un amplio abanico de posibilidades para abstenerse de la Licitación. Por otro lado, el uso de la

¹³ Es aquí donde la excepción establecida en el artículo 37 frac. XXI respecto a contratar mediante licitación hace presencia en la Ley reglamentaria, al indicarse: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, es decir “excepto en los casos previstos en la Ley de obras públicas, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública.” (traducción del autor)

¹⁴ Jairdilson Da Paz Silva, *Contratación Pública y Preocupación Ambiental: Perspectiva de Derecho Comparado Entre La Unión Europea y Brasil*, España, Universidad Internacional de Andalucía, 2011, p. 68.

licitación —o su dispensa o prohibición— no presenta ningún conflicto en incluir modalidades consideradas desde la competencia; consulta de precios, invitación, concurso, remate, y más recientemente, modelos de asociación público-privada. No podría ser de otra manera, pues de aplicar un solo mecanismo de adjudicación o de sancionar los nuevos modelos de ejecución flexibles para los contratos administrativos obstaculizaría el desempeño de sector público y el desarrollo de los sectores económicos a su cargo.

II. Casos de excepción para la adjudicación de los contratos por medio de licitación pública

De acuerdo a la instrucción dictada en la Constitución Política de Brasil, la regla general para adjudicar un contrato administrativo, debiera ser la licitación pública.¹⁵ Sin embargo, la propia legislación creada por la Unión Europea, ofrece excepciones a esta regla, como lo son las licitaciones relativas a telecomunicaciones, para las cuales se emitió un subrégimen especializado, de conformidad con la Ley 9.472/97 (Ley General de Telecomunicaciones) que facultó a su vez la creación de una Agencia Nacional de Telecomunicaciones, que podrá instrumentar procedimientos de adjudicación por medio de subastas y consultas, reguladas por la reglamentación que al efecto emita la Agencia, situación criticada por Bandeira, quien expresa: “el hecho es que todas esas liberaciones para que las licitaciones sean disciplinadas por reglamentos son también inconstitucionales”. Estas modalidades no tienen aplicación al tratarse de algunos servicios en telecomunicaciones, pues la radiodifusión —entendida en el amplio sentido para radio y televisión— se excluye, otorgando la facultad al titular del Ejecutivo para definir su distribución.

Para conocer la totalidad de situaciones por las que puede excluirse o dispensarse la licitación pública, se presenta el Cuadro núm. 1, elaborado a partir de la información publicada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en Brasil.

Indicar que la simple sujeción al principio de legalidad es la solución para otorgar certeza jurídica a todos los actos de la administración, puede resultar un tanto incompleto si no se estudian en su conjunto las situaciones particulares por las que la autoridad emitió su razonamiento, lo que se tradujo en cierto tipo de conducta desplegada. Lo anterior se representa con facilidad en el caso de la legislación mexicana que reconoce la necesidad de que todos los actos administrativos se encuentren no sólo fundamentados en los preceptos normativos vigentes, sino debidamente motivados para demostrar las situaciones particulares por las que las hipótesis jurídicas se actualizan en la práctica.

¹⁵ “Licitación es un certamen que las entidades gubernamentales deben promover y en el que abren disputa entre los interesados que desean celebrar con ellas determinadas relaciones de contenido patrimonial, para elegir la propuesta más ventajosa para las conveniencias públicas. Se basa en la idea de competición, a celebrarse en igualdad de condiciones entre los que reúnan los atributos y aptitudes necesarias para el buen cumplimiento de las obligaciones que se proponen asumir”. Celso Antonio Bandeira de Mello, *op. cit.* nota 206, p. 459.

Cuadro No. 1 Casos en los que procede la Adjudicación Directa

Dispensa de Licitación Pública	Inexigibilidad
Obras, servicios y compras de valores mínimos indicados en la Ley.	Adquisición de materiales, equipamientos o géneros que sólo pueden ser ofrecidos por los productores exclusivos, debiendo de comprobarse la exclusividad a través de certificado.
En casos de guerra, grave perturbación de orden, emergencia o calamidad pública.	En servicios técnicos de naturaleza singular, con profesionales o empresas de notoria especialización, cuando de desempeños anteriores, estudios, experiencias, publicaciones, organizaciones, aparatos, equipo técnico, se permita inferir que el trabajo es esencial e indiscutiblemente el más adecuado a la plena satisfacción del objeto del contrato.
Cuando no existieron interesados en la licitación anterior.	En contratación de un profesional de cualquier sector artístico, directamente o por empresario exclusivo, desde que sea consagrado por la crítica especializada o por la opinión pública.
Cuando la Unión tuviera que intervenir en el dominio económico para regular precios o normalizar el abastecimiento.	El autor Bandeira interpreta que la redacción “en especial cuando” del artículo 25 de la Ley 8.666, puede dar lugar a otras situaciones que también podrían ser posibles, por ejemplo, cuando estén ausentes los presupuestos jurídicos o fácticos que condicionen los certámenes licitatorios.
Cuando en las propuestas se presenten precios superiores a los del mercado nacional o fueran compatibles con los fijados por el órganos oficiales competentes.	
Cuando la operación relacione exclusivamente personas jurídicas de derecho público interno	
Cuando sea posible comprometer la seguridad nacional.	
En compra o alquiler de inmueble destinado a los servicio público, siempre que el precio sea compatible con el valor del mercado.	
Para remaneciente de obra, servicio o continuidad por rescisión de contrato.	
Compras eventuales de géneros alimenticios perecederos, con base del precio del día	
Para investigaciones, enseñanza o desenvolvimiento institucional, científico o tecnológico.	
Adquisición de bienes y servicios por intermedio de organización internacional.	
Adquisición o restauración de obras de arte y objetos históricos, de autenticidad certificada.	

Fuente: Elaboración propia a partir de la información en Ministerio de Relaciones Exteriores, Inversión en Brasil paso a paso, Estado de Sao Paulo, Brazil Trade Net, 2004, pp. 53-54

Los factores exógenos que influyen en la creación de las hipótesis normativas contenidas en las Leyes les otorgan características particulares; situación similar ocurre con las políticas públicas que en cada país se han trazado para los fines que cada uno persigue —que debieran invariablemente estar enfocados a perseguir la satisfacción de las necesidades de su pueblo—. Lo anterior sumado a la posibilidad de

dispensa e inexigibilidad, hace factible considerarlas como presunciones que pueden traducirse en actos de corrupción, amparados por la propia Ley. Bandeira tiene una forma particular de resumir estas características denominándolas “el epitafio de la licitación pública”.¹⁶

11.1 Las excepciones en materia petrolera

La propia Ley 8.666, indica los casos en que la licitación pública podrá ser dispensada (artículo 24) o se declarará la inexigibilidad (artículo 25) de sujetar este procedimiento a la adjudicación del contrato. Siguiendo la línea dada por su propia Constitución, al existir esta distinción desde la propia norma, sería innecesario discutir que no hubiera sujeción al principio de legalidad en este tipo de actos. No deja de ser interesante la manera en que el aparato legislativo, al abrir caminos para acelerar la adjudicación de contratos, simplificó al extremo la elección para las autoridades en las siguientes opciones: o realizan la licitación pública con todas sus etapas, o simplemente proceden a adjudicaciones directas. Bajo la interpretación del autor Coimbra de Manuel, estas opciones sólo pueden aplicarse cuando “no haya pluralidad de objetos y/o de interesados, o aun cuando la realización de la licitación se muestre incompatible con la necesidad a ser satisfecha (compras de pequeño valor, situaciones de emergencia, entre otras)”.¹⁷

En materia de contratación pública, la Ley 9.478/97 mejor conocida como “Ley del petróleo” (Ley del petróleo), referente a los principios y objetivos de la política energética nacional, considera un procedimiento apartado de lo estipulado en la Ley 8.666/93, ésto por tratarse de la dicotomía devenida de la constitución política, cuya flexibilidad en los procedimientos licitatorios genera que el mismo sea competitivo en la industria.

Las actividades de exploración, desarrollo, producción de petróleo y gas, conforme al artículo 23 de la Ley del petróleo, serán ejercidas mediante contratos de concesión presididos de licitación. Dentro de la sección III del capítulo V referente a la exploración y la producción, se encuentran enunciados los requisitos de la publicación de la licitación, que dependerán del tipo de empresa que participe, sin menoscabo de la minuta básica del respectivo contrato a licitar, que hace referencia el artículo 37 de la mencionada Ley, conteniendo obligatoriamente:

- I. El bloque de concesión, el tiempo estimado para la duración de la fase de exploración, las inversiones y los programas mínimos de exploración.

¹⁶ Siempre que se pueda detectar una indudable y objetiva contradicción entre la atención a una finalidad jurídica cuyo alcance sea de incumbencia de la administración para el cumplimiento de sus menesteres y la realización de certamen licitatorio, porque éste frustraría el correcto alcance del bien colocado bajo su tutela, se deberá concluir que está ausente el presupuesto jurídico de la licitación y, si ésta no fuese dispensable con base en uno de los incisos del artículo 24, se la deberá considerar como excluida con base en el artículo 25, caput. Celso Antonio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 481.

¹⁷ Luis Eduardo Coimbra de Manuel, “La revocatoria de licitación por “falta de competitividad” y el control jurisdiccional”, *Revista TCEMG Direito Comparado*, marzo 2012, p. 114.

Sección Artículos de Investigación

- II. Los requisitos de competencia, y los criterios para la precalificación, cuando se adopta este procedimiento;(establecidos por la Agencia Nacional del Petróleo).
- III. La participación mínima del gobierno, conforme a lo dispuesto en el Art. 45 (bonos de asignatura, regalías, participación especial, pago por la ocupación o retención del área), y la participación de los propietarios de superficie previstas en el Art. 52 (entre .5% y 1% de la producción de petróleo o gas natural conforme a los criterios de la Agencia nacional del Petróleo).
- IV. La lista de documentos requeridos y los criterios que deben seguirse para la estandarización de la capacidad técnica, la capacidad financiera y la regularidad jurídica de las partes, así como la prueba técnica y económico-financiera de la propuesta.
- V. La indicación explícita de que el concesionario será el que pagué por las indemnizaciones derivadas por las desapropiaciones o servicios necesarios para el cumplimiento del contrato.
- VI. El lugar, fecha y hora que se proporcionará a las partes interesadas, los datos, estudios y otros documentos y la información necesaria para la preparación de las ofertas y el costo de adquisición.

Además de estos requisitos, deberán acompañar los establecidos por el artículo 38 cuando se trate de empresas nacionales en consorcio, o los contenidos en el artículo 39 cuando se trate de empresas extranjeras que concurran individualmente o en consorcio.

En cuanto al “Julgamiento” (proceso) de la licitación, como la legislación la denomina en su sección IV del mismo capítulo, formada por los artículos del 40-42, en donde se estipulan los principios que se seguirán para la identificación de la propuesta más ventajosa, los cuales son los que rigen la actividad de la administración pública enunciados en el artículo 37 y repetidos en la legislación. Además de los criterios establecidos en cada publicación, serán tomados en cuenta obligatoriamente los siguientes: el programa general de trabajo, las propuestas para las actividades de exploración, los plazos, los volúmenes mínimos de inversión y los cronogramas físico-financieros. Para el caso de empate, la legislación establece una clara predilección por Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS)¹⁸ cuando ésta no concurra en consorcio.

Para el caso de PETROBRAS, sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Minas y Energía, se prevé en el artículo 67 que los contratos celebrados para la adquisición de bienes y servicios, serán presididos por el procedimiento licitatorio

¹⁸ “Artículo 61 Ley 9.478/1997. PETROBRAS es una empresa de capital mixto que depende del Ministerio de Minas y Energía, que tiene por objeto la exploración, explotación, refinación, procesamiento, comercialización y transporte de petróleo de los pozos, el esquisto y otras rocas, de sus derivados, gas natural y otros hidrocarburos fluidos, así como de otras actividades afines o similares, tal como se define en la Ley.” Traducción propia del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

simplificado el cual será definido por decreto del presidente de la República, el cual fue expedido el 24 de Agosto de 1998, núm. 2.745,¹⁹ fundamentado constitucionalmente en el artículo 173, por tratarse de una facultad delegada de la misma Ley hacia el ejecutivo federal.

El régimen simplificado contempla en su numeral 3.1 las modalidades de:

- a) Concurrencia: modalidad que admite la participación de cualquier interesado.
- b) Toma de precios: modalidad que admite la participación de personas físicas o morales que se encuentren previamente registradas y clasificadas en PETROBRAS.
- c) Invitación: modalidad que admite la participación de personas físicas o morales que se encuentren debidamente inscritas en el registro de licitantes de PETROBRAS, con un número mínimo de tres.
- d) Concurso: modalidad prioritariamente de trabajos técnicos o artísticos, mediante la institución de premios a los vencedores.
- e) Subasta: modalidad prioritariamente para la enajenación de bienes para el activo fijo de PETROBRAS.

En cuanto al procesamiento, será presidida por comisiones permanentes o especiales designadas por la dirección o mediante delegación de ésta al titular de la unidad administrativa. El proceso licitatorio comenzará con el acto de la unidad administrativa interesada, por la cual requiere una licitación para la adquisición de bienes o servicios, con observancia de los requisitos establecidos en el numeral 5.2 fracción I tratándose de obras o servicios, o fracción II en el caso de compra, a la cual la comisión de licitación podrá solicitarle cualquier información necesaria para la elaboración de la publicación. Una vez realizada la publicación, previa firma y sanción de titular de la unidad administrativa será anunciada en el *Diario Oficial de la Unión*. Si bien la elaboración al igual que el proceso licitatorio toma en cuenta principios que deberán ser observados, además de las condiciones y exigencias técnicas y económicas-financieras requeridas para la participación. Estos principios son:

- a) Igualdad de oportunidad y de trato a todos los interesados en la licitación.
- b) Publicidad y amplio acceso a los interesados de las informaciones y trámites del procedimiento.
- c) Fijación de criterios objetivos para el procedimiento de la habilitación de los interesados, para la evaluación y clasificación de las propuestas.

En resumen se observa que dentro de la materia de telecomunicaciones existe un modelo de concesión, mientras que en materia petrolera persiste el *régimen de contratación*, reglamentando los procesos de licitación por una Ley general, la cual dispone diversos mecanismos como el proceso simplificado de licitaciones para PE-

¹⁹ *Idem.*

TROBRAS o las facultades de la Agencia Nacional de Telecomunicaciones,²⁰ que muchos doctos brasileños consideran inconstitucionales por tratarse de facultades doblemente delegadas, sin embargo, dejando de lado los problemas de corrupción, suele ser una opción viable para adecuar los procesos licitatorios a las exigencias de la industria.

III. Etapas del procedimiento licitatorio en lo general

Cualquier modalidad de procedimiento licitatorio se puede resumir en seis pasos, dependiendo el caso para la modalidad de invitación o subasta, en cuanto al concurso éste se seguirá por el procedimiento establecido en el instrumento convocatorio. Los pasos son:

- a) La apertura de los sobres que contienen la documentación en liquidación, y su evaluación.
- b) Devolución de los sobres sellados a los postores descalificados, a condición de que no ha habido ninguna apelación después de su negación.
- c) Apertura de los sobres que contienen las propuestas de los postores calificados, desde la expiración sin una apelación, o haya sido retirada de forma expresa, o después del juicio de apelación.
- d) Comprobación del cumplimiento de cada propuesta con los requisitos de la convocatoria de oferta, la promoción de la descalificación de la disconformidad o propuestas incompatibles.
- e) Clasificación de las propuestas y la preparación de Premio Informe;
- f) Aprobación de los resultados y adjudicar el ganador del objeto.

Más que considerarlo un proceso simplificado, se podría calificar como un proceso menos burocratizado, puesto que este tipo de licitación es llevada por un aparato administrativo más especializado, pequeño en comparación al aparato de la administración pública, y flexible en cuanto a que el poder ejecutivo proporcionó el dinamismo necesario para que dicha empresa se desarrolle, sin embargo esto no se encuentra exento de debilidades ya que por el mismo dinamismo y flexibilidad del proceso propicia la corrupción.²¹

²⁰ Artículos 177 y 37 de la Constitución Política de 1988 de la República Federativa del Brasil, reglamentan la materia petrolera y comunicaciones.

²¹ Véase, Alberto Armendariz “*Crece el escándalo de corrupción en PETROBRAS: más empresas en la mira*”, <http://www.lanacion.com.ar/1763902-crece-el-escandalo-de-corrupcion-en-petrobras-mas-empresas-en-la-mira>, La Nación, Rio de Janeiro, 29 de Enero de 2015.

IV. Licitación pública y sus modalidades

De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 8.666 existen cinco modalidades para desarrollar la licitación pública, mismas que de acuerdo con el punto número 8, está prohibido combinarlas o adoptar alguna que sea distinta. La primer modalidad es la Competencia, la cual ocurre entre cualquier interesado que, en la fase inicial preliminar, compruebe poseer los requisitos mínimos de calificación exigidos por la autoridad para ejecución del objeto del contrato.²² En segundo lugar aparece la Consulta de precios, que ocurre en el caso de licitaciones entre interesados debidamente registrados o que cumplan con todas las condiciones exigidas para registrarse hasta el tercer día antes de la fecha de recepción de las propuestas, sin perjuicio de ser calificadas.²³ La tercera modalidad se denomina Invitación, misma que ocurre entre los interesados de la industria relacionada con el objeto del contrato, registrados o no, escogiendo e invitando en número mínimo a tres por unidad administrativa; la invitación se fijará en un lugar apropiado, colocando copia del instrumento convocante, debiendo manifestar el interés con antecedente de hasta 24 horas de la presentación de las propuestas.²⁴ Bandeira considera que estas son las tres modalidades más importantes, dado que dependiendo de los límites económicos que establezca la regulación reglamentaria, las autoridades optarán por alguna de estas modalidades.

La siguiente modalidad es el Concurso, que tiene lugar entre todos los interesados en optar por trabajar técnica, científica o artística, mediante el incentivo de premios —remuneración— a los ganadores, de acuerdo a los criterios publicados en anuncio en la prensa oficial con antecedente mínimo de cuarenta y cinco días.²⁵ El Remate se realiza entre todos los interesados en la venta de bienes, muebles e inmuebles, inservibles para la administración o de los productos legalmente incauta-

²² §1º La Competencia es la forma de licitación entre todos los interesados que en la fase inicial de la calificación preliminar, para demostrar tener los requisitos mínimos exigidos en la licitación para la ejecución de su objeto. Traducción del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

²³ §2º Consulta de precios es la forma de licitación entre interesados debidamente registrados o que cumplan con todos los requisitos para el registro de los tres días antes de la fecha de recepción de las ofertas, sin perjuicio de calificación necesaria. Traducción del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

²⁴ §3º Invitación es la forma de ofertas entre las partes interesadas de la sucursal correspondiente a su objeto, registrados o no, y los invitados seleccionados al menos 3 por la unidad administrativa, que pondrá en marcha los procedimientos, con la copia del anuncio de licitación y la extenderá a otros registrados en la especialidad correspondiente que expresan su interés con antelación de hasta 24 horas siguientes a la presentación de las ofertas. Traducción del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

²⁵ §4º Concurso es la forma de ofertas entre las partes interesadas para la elección de la labor técnica, científica o artística, bajo el incentivo o la compensación de premios a los ganadores, de acuerdo con la publicación de los criterios en la prensa oficial con al menos 45 días de anticipación. Traducción del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

dos, a quien ofrece la oferta más alta, igual o superior al monto determinado como precio mínimo.²⁶

IV.1. El pregón, modalidad particular brasileña

El Ministerio de Relaciones Exteriores en el documento publicado bajo el título “Inversiones en Brasil, paso a paso”, incluyen una sexta modalidad, denominada Pregón, utilizada para la adquisición de bienes de muebles y prestación de servicios comunes, que se realiza por medio de una audiencia pública, a través de propuestas, ofertas para la clasificación y calificación del licitante con la oferta más baja”, (bienes cuyos padrones de desempeño y calidad que puedan ser objetivamente definidos en edicto, por medio de especificaciones usuales de mercado), cualquiera que sea el valor estimado de la contratación. También llamada subasta en reversa u holandés, en donde se realizan propuestas decrecientes, al contrario que una subasta normal, se realiza pregonando el característico, “¿quién da menos?”

Surgió en el sistema brasileño en 1997, por la Ley general de telecomunicaciones que creo ANATEL (Agencia Nacional de Telecomunicaciones) dotándole de independencia administrativa, lo que le permitió la creación de nuevas reglas organizacionales. Bajo este contexto, la legislación en esta pauta estableció un régimen propio de contrataciones para la agencia, dando surgimiento al *pregão* (pregón) como nueva modalidad de licitaciones, posterior a tres años de resultados positivos en la agencia, el gobierno federal optó por extender esta modalidad para la administración expidiendo el 17 de julio de 2002 la Ley número 10.520 (*lei do pregão*).²⁷

El pregón también trae consigo la posibilidad de realizarlo a través de medios electrónicos o presenciales, diferenciándose entre ellos la identificación de los participantes antes de ocurrir la sesión, puesto que el licitante deberá estar registrado ante el órgano responsable por el sistema a ser utilizado, además de la obligación por parte de dicho órgano de esclarecer todos y cada uno de los procesos, medios y sitios por los cuales se realizarán. Dicha posibilidad permite ampliar el mercado y el número de licitantes que puedan concurrir, generando una verdadera competencia al estar al alcance las mejores propuestas.

De la mencionada modalidad concurren ventajas, principalmente de economía procesal y de economía formalmente, sin embargo, también ocurre que contiene desventajas, haciendo que el titular que lleve a cabo el proceso licitatorio pondere las ventajas al caso en particular.

²⁶ §5º Remate (Subasta) es el proceso que ocurre entre las partes interesadas para la venta de bienes muebles inservibles para la administración o legalmente incautados, o para la venta de bienes inmuebles prevista en el art. 19, a quien ofrece la oferta más alta igual o superior al valor de tasación. Traducción propia del autor con base en el texto original, visible en el sitio web oficial BASE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm

²⁷ Karine Daniele Byhain de Souza y Eduardo Bernardes de Castro, “*Pregão: Vantagens e Desvantagens para a Administração Pública*”, VIII Congresso nacional de excelencia em gestão, 8 y 9 de junio de 2012, pp. 7-9.

Una de las principales ventajas del modelo licitatorio es la inversión de las fases procedimentales de habilitación y clasificación, a ésto Vera Scarpinella nos dice que: “[...] significa la ganancia en agilidad, eficiencia y rapidez, al no analizar los documentos de habilitación apenas el proponente es clasificado, la cantidad de documentos a ser verificada disminuye bastante, dándole celeridad al certamen, economía procesal y simplificación del proceso.”²⁸ Otra ventaja es que por la naturaleza de dicha modalidad asegura, en teoría, el precio más bajo, dándole cavidad a las empresas pequeñas y medianas el acceso a las compras gubernamentales.

Las desventajas, en mayor parte provienen en contraposición de las mismas ventajas que propicia. Por la economía procesal que deviene de la inversión de fases (habilitación y clasificación) nos dice Scarpinella: “la pérdida de transparencia del procedimiento, ya que el conductor de la licitación tiende a ser más flexible en el análisis de los documentos habilitantes de los proponentes que se conoce que presentan la oferta más favorable a la administración pública. O de otra parte, más rígido en el caso de la propuesta clasificada en primer lugar consigan el precio considerablemente reducido, tornando la propuesta inviable”. Por otra parte, existen autores como Santana que exponen que la economía que obtiene la administración pública en dichos modelos de licitación es irreal, basado en que la estimación real de los precios no refleja la existencia de una reducción, ya que los valores iniciales serán por encima de los precios cobrados por el mercado. Ésto por la tendencia de que las empresas en la encuesta realizada por la administración para realizar dicha estimación a menudo inflan los precios de los productos que sean objeto de contratación futura, por lo que requería mucho cuidado a la hora de la estimación del precio.

IV.2. Las asociaciones público-privadas

Se incluye como séptima modalidad, la de Asociaciones Público-Privadas, misma que se encuentra regulada por Ley N° 11.079/04 del 30 de diciembre, que instituye Normas Generales sobre Asociación Público-Privada en el ámbito de la Administración Pública, en cuya exposición de motivos se indica “La Asociación Público-Privada constituye una modalidad de contratación en la que los entes públicos y las organizaciones privadas, compartiendo los riesgos y con financiación obtenida del sector privado, asumen la realización de servicios o emprendimientos públicos”.²⁹ Una de las mayores preocupaciones expresadas por los investigadores sobre esta nueva modalidad es en relación a los niveles de endeudamiento público, “toda vez que, en el párrafo 2° del artículo 3° del PL 2.546/2003, dispone que la Administración Pública podrá ofrecer al socio privado una contraprestación adicional a la tarifa cobrada al usuario o, en casos justificados, cargar integralmente con su remuneración”.³⁰ Es decir, esta relación se presenta como un tipo de contrato incen-

²⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁹ Vânia das Gracias Soares, “Asociación Pública-privada en Brasil”, *Revista de la Asociación Brasileña de Presupuesto Público*, N° 48, enero-abril 2006, p. 43.

³⁰ *Ibidem*, p. 51.

tivado, lo que puede dificultar, si se excede su utilización, identificar en cualquier momento las obligaciones reales por razón del contrato, los “incentivos” que se hubieren alcanzado, así como en el caso de Brasil, los posibles intereses sobre las deudas por servicios prestados, que estuviesen pendientes de cubrir.

Independientemente de la modalidad seleccionada, el proceso licitatorio se desarrolla en dos fases distintas, una interna³¹ y otra externa,³² dentro de esta última se encuentra las subdivisiones en otras fases, como la Convocatoria que será el acto por medio del cual se realice el llamado a los interesados, indicándoles cuáles serán las condiciones que regirán la licitación. La segunda fase denominada de Habilitación, es el acto por el cual se admite a los proponentes aptos. Posteriormente se iniciará el Juzgamiento, en donde se ordenan las propuestas admitidas —estudiando las propuestas técnicas y comerciales presentadas— para elegir a la más apta; en el caso de que existiera empate entre dos o más que hubiesen cumplido con todos los requisitos se procederá a un sorteo con la presencia de todos los participantes. La siguiente etapa es la Homologación, por medio de la cual se examina la regularidad del desarrollo del procedimiento, para dar lugar a la Adjudicación, que traerá aparejada la firma del contrato y el inicio de su ejecución.

V. Conclusiones

Se identificaron algunos de los espacios en los que el procedimiento administrativo de licitación pública es suplido por otros, toda vez que la legislación secundaria que la regula reconoce la posibilidad de su dispensa o inexigibilidad del procedimiento, con lo cual se abre la puerta a aplicar procedimientos alternativos que provienen de la Ley de *subasta inversa o pregão*, la Ley de las concesiones de servicio público y las Normas Generales sobre Asociación Público-Privada, entre otras.

Adicionalmente se identificó la legislación específica para regular los procedimientos de adjudicación en contratos administrativos en el sector Energético, mientras que en el Telecomunicaciones la asignación de las concesiones también cuenta con procedimientos específicos.

Respecto de la licitación pública se analizaron sus etapas en lo general, así como las modalidades por las que se puede llegar a la adjudicación del contrato.

Cuando se inició este análisis se consideró que la posibilidad de ofrecer flexibilidad al procedimiento de licitación pública, provendría de la incorporación de la negociación durante el procedimiento de adjudicación, sin embargo, se concluye que en el caso de Brasil, ni la regulación Constitucional, la secundaria en materia de

³¹ “En la fase interna la promotora del certamen, practica todos los actos que condicionan la propia apertura de la licitación, por lo tanto concluye antes de implementar la convocatoria de los interesados”. Bandeira de Mello, Celso Antonio, *op. cit.* nota 206, p. 502.

³² “En fase externa, ocurrirá la convocatoria, habilitación, competición y contratación de la obra pública o servicio”, José Matías-Pereira, *Curso de Administración Pública*, Sao Paulo, ed. Atlas, 2009, p. 202.

licitación, ni la específica de sectores económicos relevantes, incluyen mecanismos de negociación con los particulares, como puede observarse desde el llamado a la licitación que sólo es preparado por las entidades públicas sin permitir que los particulares intervengan hasta el desarrollo de lo que denominan “fase externa”.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 2.546/2003 que faculta la celebración de Asociaciones Público-Privadas, se observa la implementación no sólo de la negociación, sino del mecanismo más representativo de flexibilidad implementada en algunos sectores de las administraciones públicas alrededor del mundo, así como la posibilidad de cambiar el paradigma en las relaciones entre lo público y lo privado, con lo que Brasil se coloca junto con otros países, entre ellos México, en la vanguardia de la innovación jurídica, como resultados que permitirán diversas líneas de investigación.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Bandeira De Mello, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*. (Trad.) Valeria Estefanía Labraña Parra. Primera edición en español. Porrúa, 2006.
- Byhain de Souza, Karine Daniele y Eduardo Bernardes de Castro. “Pregão: Vantagens e Desvantagens para a Administração Pública”. *III Congresso nacional de excelencia em gestão*. 8 y 9 de junio de 2012.
- Da Paz Silva, Jaírdilson. *Contratación Pública y Preocupación Ambiental: Perspectivas de Derecho Coparado entre la Unión Europea y Brasil*. 2011.
- Di Pietro, María Sylvia. *Derecho Administrativo*. 21° Atlas, s.f.
- Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 22° Sao Paulo: Malheiros, 1992.
- Pereira, José Matías. *Curso de Administración Pública*. Sao Paulo: Atlas, 2009.
- Rosales Osvaldo y Mikio Kawayama. *China, America Latina y el Caribe hacia una Relacion Economica y Comercial Estratégica*. Naciones Unidas. Santiago de Chile, 2012.

Hemerográficas

- Coimbra de Manuel, Luis Eduardo. “La revocatoria de licitación por “falta de competitividad” y el control jurisdiccional”, *Revista TCEMG Direito Comparado*, marzo 2012.
- Soares, Vânia das Gracias. “Asociación Pública-privada en Brasil”. *Revista de la Asociación Brasileña de Presupuesto Público* N° 48, enero-abri, 2006.

Electrónicas

- Armendariz, Alberto. “Crece el escandalo de corrupcion en PETROBRAS: más empresas en la mira”. *La nación* 29 de enero de 2015. <<http://www.lanacion.com.ar/1763902-crece-el-escandalo-de-corrupcion-en-petrobras-mas-empresas-en-la-mira>>.

Sección Artículos de Investigación

- Banco Mundial. 2014. <<http://data.worldbank.org/indicator/NE.GDI.TOTL.ZS>>.
- Base da Legislação Federal. s.f. <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>.
- Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. “Câmara dos Deputados”. 2014. Ed. 41° ed. <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>.
- UNCITRAL. 2011. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html>.
- University, Georgetown. *Center of Latin American Studies*. s.f. <<http://pdba.georgetown.edu/>>.