

II. TENDENCIAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN AMÉRICA LATINA

*José Luis Benavides**

Sumario. 1. Dos especies de contratos de la administración y excepciones; 2. Reconstrucción de la sustantividad del contrato público; (a) Reglas de contratación; (b) Procedimientos de contratación; (c) Sustantividad del contrato mismo; (d) Poderes exorbitantes de la administración contratante; 3. Particularidades de los sistemas.

La lectura de los informes nacionales presentes en esta obra indica la variedad de características comunes de los regímenes contractuales latinoamericanos, aunque también pone en evidencia distintas condiciones particulares, inherentes a las condiciones jurídicas locales, y tradiciones administrativas particulares.

En cuanto a las fuentes normativas contractuales, además de la influencia internacional, que se ha puesto de presente en el estudio introductorio de esta obra, resulta pertinente destacar el necesario complemento de los regímenes jurídicos nacionales con los tratados relacionados con la contratación pública, como las convenciones, tanto americana como de Naciones Unidas, referidas a la lucha contra la corrupción.

De manera concreta, esta normatividad diversa y de influencia variada internacional, se manifiesta en instituciones contractuales, como el establecimiento de un Sistema de contratación pública que estructura y jerarquiza las entidades públicas vinculadas con la actividad contractual. Los textos legales definen, de manera uniforme, que los Sistemas de contratación se estructuran bajo un esquema jerarquizado desde el orden nacional (o federal), al interior de la Rama Ejecutiva, con el Ministerio de Hacienda (o de Economía y Finanzas), como institución tutora del Gobierno Central, o las entidades de planeación (Colombia y Venezuela), y un Órgano Rector, descentralizado, a quien se confía la coordinación del Sistema y la preparación de políticas públicas de contratación.

El funcionamiento de este Órgano Rector podrá generar cierta incertidumbre en varios países, por sus funciones normativas (reglamentarias),

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

que pueden adaptarse mal a su condición de organismo descentralizado por servicios. Más cercanos a las agencias gubernamentales americanas, con funciones regulatorias y sancionatorias, los Órganos Rectores de contratación no responden al concepto de establecimiento público descentralizado de carácter técnico, propio de la organización administrativa de influencia francesa. Tal vez por ello, aunque algunas legislaciones les confían directamente el diseño y la elaboración de normas generales (Nicaragua), otras, más prudentes frente a la tradición administrativista, les otorgan competencias limitadas, consistentes en *proponer* políticas, *proyectar* normas legales y reglamentarias (Argentina), o *asesorar* en la elaboración y seguimiento de las políticas (Uruguay), lo que sugiere un alcance restringido de sus competencias, al prever funciones operativas de *desarrollo e impulsión* de las políticas públicas contractuales (Colombia), la *promoción de la máxima competencia* posible en la contratación (Chile), o *dictar actos administrativos que garanticen la aplicación de la ley y sus reglamentos* (Panamá).

La limitación de las posibilidades de reglamentación por organismos técnicos explicaría por qué algunas pocas legislaciones establecen en el Ministerio de Economía y Finanzas la calidad de órgano rector (Bolivia, El Salvador). En estos casos, el Gobierno ejerce así directamente la tradicional competencia reglamentaria.

En todo caso, los Órganos Rectores tienen a su cargo la implementación y definición de lineamientos, la elaboración de manuales e instructivos para dar una aplicación uniforme a las reglas de contratación. También se les confía la respuesta a consultas sobre el sistema y su reglamentación, la concepción y gestión de la contratación electrónica, de los sistemas de publicidad a través del portal de Internet de contratación, la suscripción de acuerdos marco para la venta de bienes y servicios en línea (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador). La mayoría de legislaciones también les confía la gestión del registro de proponentes u oferentes y de contratistas, así como los catálogos de bienes y servicios (Chile, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay). Algunos países complementan estas funciones con tareas de control, al confiar al Órgano Rector la investigación de denuncias por irregularidades en los procesos de contratación o de ejecución de los contratos, pudiendo imponer sanciones, tanto a los proponentes y contratistas como a los funcionarios (Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela).

Los diversos sistemas jurídicos también presentan gran homogeneidad en el establecimiento de planes anuales de compras. Promovidos ampliamente

por los tratados de libre comercio y los modelos contractuales internacionales, estos planes promueven una labor de planificación de cada entidad pública para anticipar los contratos que deberá suscribir el año siguiente. Ellos también hacen parte de las herramientas de promoción de la competencia, en la medida en que la difusión, a través de los portales de Internet de contratación, administrados por los Órganos Rectores, auspicia la mayor participación de oferentes, quienes no solo tendrán información global, o solo de la contratación de cada entidad pública, sino también de las diversas oportunidades de negocios en todo el sector público.

Del igual modo, constituye un elemento común la decidida promoción de la contratación electrónica, en torno a la cual surgió la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, referida en el estudio introductorio de esta obra. Sin duda, la vanguardia en este tema la tiene Chile, quien ha difundido su modelo y experiencia a lo largo del sub-continente, lo que permite compartir buenas prácticas y realizar ajustes a partir de las herramientas y dispositivos que han probado sus bondades. La tendencia generalizada también permite aprender de los errores, como del caso costarricense, donde las dificultades de implementación de plataformas generaron dos sistemas de contratación en línea (Mer-Link y Compra Red), que el Gobierno Central se esfuerza, con dificultad, en unificar en el Sistema Integrado de Compras Públicas.

Aunque todas las legislaciones consagran en sus textos la realización de la contratación electrónica, su implementación práctica ha sido más modesta y el estado de los sistemas es en extremo disímil de un país a otro. En todo caso, todos los países cuentan hoy con un portal de contratación, y la difusión amplia de la mayoría de proyectos de contratación constituye un avance importante de transparencia y promoción de la competencia.

Dejando de lado las instituciones específicas de influencia común, para abordar el régimen general de contratación, resulta interesante constatar los esfuerzos por la unificación. Incluso en los países donde los reportes nacionales constatan la inexistencia de un régimen general de contratación (Chile, Uruguay), existe un referente común básico. Brasil resalta una dinámica pendular, que hizo propender hacia un régimen unificado en los años 90, para reconocer una serie de tratamientos particulares en la actualidad, respondiendo así a situaciones heterogéneas. En todo caso, la realidad legislativa ilustra las dificultades mayores para establecer un verdadero régimen único, que simplificaría el panorama normativo de la contratación pública.

Varios regímenes enuncian un tratamiento unificado con un criterio orgánico de “entidades estatales”, que cubre tanto las que cumplen funciones administrativas como las que desarrollan tareas industriales o comerciales (Colombia), o se refieren genéricamente a la contratación del “sector público” para incluir en él a todas las entidades de las diversas ramas del poder público, los organismos independientes, sin importar su régimen jurídico (Nicaragua). En otros casos, se adopta el referente determinante de los recursos públicos, para involucrar en el mismo régimen todo contrato que los comprometa (Costa Rica), o el cumplimiento de los fines públicos (El Salvador). Esta tendencia materializaría la sustantividad del contrato público, al punto de afirmar la inexistencia de contratos de derecho privado de la Administración (Bolivia).

No obstante, la unificación total de la contratación pública aparece prontamente como una quimera. Aunque solo Argentina conserva la tradicional división francesa dual de los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, en realidad, muchos regímenes admiten excepciones, que admiten un régimen privado a través de regímenes especiales. En el otro extremo, el régimen chileno, que consagra la regla general del contrato privado, restringiendo la denominación de contratos administrativos a unos pocos, así definidos por la legislación, se ve ampliado por la importancia de estos, que comprenden gran parte de la contratación de la Administración (Ley de concesión de obras públicas y Ley de Bases de los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios). Además, la enorme dispersión de regímenes favorece, al igual que en el caso uruguayo, la aplicación de principios de contratación, de franca inspiración administrativista.

En estas condiciones, sin perjuicio de las excepciones particulares que establecen todos los regímenes jurídicos, pueden definirse las orientaciones generales de los regímenes de contratación.

I. DOS ESPECIES DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y EXCEPCIONES

En primer lugar, se identifican dos bloques generales que ameritan tratamientos cercanos pero no idénticos.

Por una parte, las compras públicas, entendidas como los contratos sinalagmáticos en los que el contratista ofrece a la Administración obras,

bienes o servicios a cambio de una remuneración proveniente de recursos presupuestales. En este bloque, la atención se centra sobre el procedimiento de contratación, en razón de los recursos públicos, lo que reduce la atención sobre el régimen de ejecución del contrato, pudiendo concebir los contratos de las empresas públicas y de las sociedades de economía mixta con capital público mayoritario.

Por otra parte, se identifican los modelos de participación privada, bien sea a manera de concesión o de las modernas asociaciones público-privadas. El carácter conmutativo de estos contratos se diluye, tanto por la participación de otros actores (banco, usuarios finales) como por los riesgos inherentes a la remuneración del contratista. Las modalidades de contratación de las compras públicas no aparecen óptimas para estos contratos y su ejecución exige también un tratamiento particular. La rigidez de los procesos licitatorios resulta inconveniente y por ello las dinámicas contemporáneas se orientan a los nuevos modelos, más flexibles (Brasil, Uruguay). Por su parte, la ejecución del contrato también exige imaginación frente a una relación de larga duración, en la que no se puede anticipar todo.

En segundo lugar, estos dos bloques de régimen de contratos, que cubren la mayor parte de la contratación, no pueden incluir todos los eventos imaginables. De allí surgen las exclusiones generalizadas en las distintas legislaciones, que obedecen a razones diversas.

En un primer grupo pueden identificarse las actividades que se ejercen en plena competencia con el sector privado. Aquí se encuentran las actividades bancarias, financieras y de seguros, pero también los servicios públicos básicos, en los cuales se ha abierto la competencia al sector privado (agua, electricidad, telefonía, gas). Estas actividades son desarrolladas tanto por empresas privadas como públicas o por sociedades de economía mixta, de tal suerte que solo quedarán en el régimen de compras públicas aquellos contratos que desarrollen actividades monopolísticas, en las que la decisión de la empresa pública puede obedecer a razones distintas de la dinámica del mercado.

En un segundo grupo se encuentran los contratos que tienen una dinámica particular, ajena a las preocupaciones del conjunto de la contratación pública, como ocurre con los empréstitos, la contratación de funcionarios o agentes públicos, los contratos internacionales, los contratos ejecutados en el exterior por los servicios diplomáticos o consulares, así como los convenios de colaboración entre entidades públicas y el desarrollo de proyectos

científicos o tecnológicos. La dinámica particular también puede provenir del carácter especial de la relación con el privado, en la medida en que no existe una verdadera condición de contratista sino de beneficiario de una actividad autorizada por el Estado. Es un terreno difícil, en el que se tiende a la contractualización, pero la precariedad del privilegio conferido al particular incita aún a conservar un régimen de licencias, como algunos servicios de telecomunicaciones, la ocupación de espacios públicos o la explotación minera o de hidrocarburos.

Un tercer grupo, residual, puede estar comprendido por los regímenes particulares que obedecen a las condiciones especialísimas de la relación con el contratante, por razones diversas, como es el caso del Canal de Panamá, los contratos de petróleo, o la comercialización de medicamentos, que exige controles y precalificaciones particulares.

Finalmente, las distintas legislaciones ponen de presente que los contratos especiales, así como los contratos privados de la Administración, nunca son enteramente ajenos a las reglas de contratación pública. La gestión de recursos públicos y las finalidades particulares de interés general, incluso en las empresas comerciales del Estado, imponen la aplicación de principios constitucionales, administrativos y de contratación pública que se erigen hoy como un terreno común y universal. Así, la legalidad, motivación, derecho de defensa, transparencia, publicidad, imparcialidad, moralidad, eficacia, eficiencia, oficialidad, realidad, razonabilidad, celeridad, economía, confianza legítima y buena fe constituyen referentes y orientadores básicos de toda actuación contractual de la Administración, independientemente del régimen del contrato y de la actividad de la entidad concernida.

2. RECONSTRUCCIÓN DE LA SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO PÚBLICO

La huida del derecho administrativo de los años 90 generó la crisis de la sustantividad de los contratos administrativos, entendida esta como un régimen jurídico particular. El estímulo a la inversión extranjera, que caracterizó el último decenio del siglo XX, propició también la influencia de la contratación internacional, irrigada por la concepción contractual angloamericana, hasta el famoso informe *Doing Business* de 2004, elaborado por una filial del Banco Mundial, según el cual el sistema del *common law* sería más favorable a los negocios (ver análisis *supra* 1, núm. 6).

No obstante, esta tendencia, que propendía hacia la aplicación del derecho privado y el derecho de los negocios a la contratación pública, generó reacciones en los distintos países latinoamericanos, en los que la evolución normativa refleja una reconstrucción de cierta sustantividad de los contratos públicos que mezcla las influencias ressaltadas con la permanente preocupación por atacar la corrupción, que encuentra en las actividades contractuales del Estado un terreno particularmente vulnerable. La sustantividad de los contratos de la Administración no consiste hoy en la afirmación de un régimen particular público del contrato administrativo, derivado de la condición de poder público de la Administración contratante y de los vínculos estrechos del contrato con servicios públicos. La sustantividad se orienta hoy a la constatación de que los contratos de la Administración pública deben respetar principios y lineamientos mínimos de toda gestión pública, en razón de la gestión de recursos públicos y de las finalidades particulares que han de guiar toda actuación pública hacia el interés general, incluso en las empresas públicas que desarrollan actividades industriales y comerciales. Pero, al mismo tiempo, la sustancialidad de los contratos de la Administración también se fundamenta en la dinámica contractual que exige mayor flexibilidad de la actividad, frente a otras actuaciones administrativas, lo que comporta esfuerzos permanentes por la simplificación del sistema, para realizar efectivamente los principios de eficacia y eficiencia que también constituyen orientaciones esenciales de toda actuación de la Administración moderna.

El delicado equilibrio entre flexibilidad y cumplimiento de fines públicos, entre autonomía y sujeción al principio de legalidad, no se materializa de la misma manera en todos los contratos ni en las diversas etapas del ciclo contractual.

a. REGLAS DE CONTRATACIÓN

Existe una constatación de las particularidades de los procedimientos de contratación, cuya dinámica tiene autonomía, con relación a las reglas que regirán la ejecución de los contratos. Las particularidades comienzan con la estructuración misma de los proyectos. Como una de las manifestaciones del gasto público, la génesis misma del contrato ha de estar en correspondencia con los planes y programas de funcionamiento e inversión de la entidad pública contratante y respetar los ciclos presupuestales, marcados por la

regla de la anualidad. Esta rigidez en la concepción de los proyectos exige una tecnificación importante, en la que la adopción generalizada en el subcontinente de *Sistemas de Contratación*, implementados y dirigidos por los Órganos Rectores, mencionados antes, constituyen un avance significativo, pese a que los comentaristas destaquen con frecuencia, en sus reportes nacionales, graves deficiencias en su implementación práctica. Del mismo modo, las dificultades en la implementación práctica de la institución generalizada de los *Planes Anuales de Compras Públicas* no impiden que todos los países se vean forzados a mejorar su planificación contractual, al punto que Panamá aparece ya como ejemplo aislado de no implementación de este mecanismo.

En todo caso, el refuerzo de la planificación en la concepción de los proyectos contractuales es una constante en todos los sistemas. Además, la preocupación por la realización práctica de la normatividad ha propiciado nuevas aproximaciones sobre la definición de los proyectos. Aunque la Administración conserva el monopolio para la definición del proyecto contractual, los mecanismos de participación ciudadana y de los interesados en la contratación van en aumento. Las legislaciones contemplan así una etapa de definición de los pliegos o carteles de los procesos de selección, en la que los interesados pueden consignar observaciones técnicas a los proyectos de pliegos, para su mejor definición (Colombia). Los grandes proyectos, o aquellos que tienen una sensibilidad particular por el impacto social, ambiental o cultural, comprenden también una fase de consulta sobre la viabilidad del proyecto mismo (Bolivia, Colombia). Estas técnicas han permitido redefiniciones importantes en grandes proyectos sensibles, en beneficio del proyecto mismo, como lo constatan los informes de Chile y Brasil. Del mismo modo, la reglamentación que permite a los particulares interesados proponer contratos de inversión del capital privado para infraestructuras y servicios, contemplada en la mayoría de legislaciones, ha generado buenos resultados en la concepción de proyectos de Asociaciones Público-Privadas (Perú, Brasil).

Desde otra perspectiva, la preservación de una correcta planificación y la efectividad de la competencia pueden lograrse mediante la posibilidad de impugnar los pliegos o carteles ante las autoridades de control (Costa Rica) o ante el Órgano Rector (Panamá, Perú, Chile), frenando así la decisión de adjudicación. Las exigencias de los tratados de libre comercio también han fomentado la instauración de instancias administrativas independientes que resuelvan de manera rápida las impugnaciones contra las adjudicaciones o

buena pro, como la Procuraduría General de la República en Costa Rica, la Dirección de Contrataciones Públicas del Ministerio de Hacienda, Órgano Rector en República Dominicana, o el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE), en Perú. La ley panameña incluso creó un Tribunal Administrativo de Contratación Pública, de carácter administrativo, dotado de independencia, para resolver específicamente las impugnaciones contra las adjudicaciones, las reclamaciones por irregularidades durante los procesos, cuando el Órgano Rector no las haya resuelto en el corto plazo que le impone la ley, y las apelaciones contra las rescisiones administrativas del contrato e inhabilitaciones del contratista. Por su parte, el sistema chileno concibe una protección judicial, a través de la creación de un Tribunal de Contratación Pública, de naturaleza jurisdiccional, a quien se confió la resolución de los conflictos relacionados con los procesos concursales, desde la elaboración de los pliegos o bases de la licitación hasta su adjudicación.

Estas modalidades de control reemplazan o complementan la concepción tradicional de control de tutela, en la que las decisiones de adjudicación son refrendadas por un organismo de control (Costa Rica) o de la alta administración (Panamá: a través del Consejo de Ministros o el Consejo de Gabinete, según cuantía del contrato), tutelas que en otros sistemas (Colombia) se han suprimido, al considerar que no solo hacen más compleja la actuación contractual, sino que también enturbian la responsabilidad de la decisión de contratar en cabeza del director o jefe de la respectiva entidad contratante.

Por otra parte, la vinculación de los particulares a la fase de planificación de los contratos públicos puede tener un sentido distinto. Aunque los vicios en la fase de preparación de los contratos no suelen tener consecuencias jurídicas sobre la validez de los mismos, los comportamientos ilícitos de los particulares, como la información falsa, pueden generar la anulación del contrato (Perú). Del mismo modo, algunos ejemplos de evolución jurisprudencial han restringido de manera significativa la aplicación del enriquecimiento sin causa en las relaciones contractuales informales o irregulares (Argentina, Colombia) e incluso se ha considerado recientemente que las falencias aberrantes en la preparación de los contratos pueden afectar la licitud de su objeto y que el contratista puede ver comprometidos sus derechos a compensaciones e indemnizaciones si el juez considera que su condición profesional le exigía advertir las graves falencias de la estructuración del contrato y abstenerse de hacer una oferta (Colombia).

b. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Las reglas particulares de contratación también se concretan en las distintas modalidades de procesos de contratación.

Todas las legislaciones establecen la regla general del concurso público, independientemente de la denominación específica, e incluso algunos regímenes la han elevado a principio constitucional (Brasil, El Salvador, Panamá), de tal suerte que los eventos de selección directa del contratista, sin concurso previo, han de estar explícitamente previstos por el legislador.

De manera clásica, las legislaciones destinan la licitación pública a los proyectos fundados en factores técnicos y económicos de las propuestas, mientras que el concurso público responde a la mejor valoración técnica-científica de los proponentes, como en el caso de la contratación de consultores y los concursos de arquitectura. Los proyectos complejos suelen permitir una fase de precalificación, en la que se analiza solo el perfil y experiencia de los proponentes, para definir quiénes podrán depositar su oferta técnica-económica (Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica). Estos proyectos también suelen justificar una licitación privada en la que existe un llamado restringido a los proponentes hábiles, identificados en los registros de proponentes (Argentina, Brasil, República Dominicana y Venezuela).

Resulta igualmente clásico el proveer una licitación simplificada, justificada por el valor del proyecto, así como la lista común de los casos que legitiman la contratación directa, como la contratación reservada por razones de defensa nacional, los convenios interadministrativos, los casos de urgencia o calamidad, la existencia de un proveedor único o con derechos exclusivos de autor o industriales, los trabajos artísticos y los servicios profesionales, en los que resulta esencial el *intuitu personae*, los víveres y mercados en ferias y la caja chica.

Junto a estos procedimientos clásicos, aparecen las modalidades contemporáneas orientadas por dos características diversas de los proyectos.

Por una parte, se encuentran los proyectos en los que se privilegia el valor de las ofertas, como factor de selección. Ello ocurre con la compras de bienes o servicios de frecuente uso por la Administración, cuyas características técnicas permiten elaborar fichas técnicas con su descripción completa, de tal suerte que el único factor competitivo es el precio de las ofertas. De allí se derivan los procedimientos como el pregón o puja a la

baja, que puede realizarse de manera presencial o electrónica, gracias a las plataformas en línea desarrolladas. El “*pregão*” brasilero agiliza el proceso aún más, en la medida en que se comienza por la fase competitiva de la puja a la baja, reservando la verificación de las condiciones de habilitación solo al proponente seleccionado.

Los *Acuerdos Marco de Precios* también responden a esta dinámica. En ellos se realiza una licitación pública de amplia concurrencia para seleccionar varios proveedores de una serie de productos preestablecidos. Los proveedores así seleccionados podrán responder a las solicitudes de oferta dirigidas por las entidades públicas a través de las tiendas virtuales, realizándose la selección exclusivamente sobre el menor precio ofertado.

Las bolsas de productos constituyen otra modalidad de este grupo de procedimientos de contratación centrado en el factor precio.

En la medida en que la simplificación importante de estos procedimientos, que representan el mayor porcentaje numérico en compras públicas, se fundamenta en la identificación de los bienes y servicios que permiten identificaciones claras de sus condiciones técnicas, las fichas técnicas que los definen resultan esenciales. Por ello, todas las legislaciones confían la realización de los convenios marco de precios a los Órganos Rectores, dada su conformación técnica e independiente, y suelen atribuirles también la aprobación de las fichas técnicas de las subastas inversas que realizan directamente las entidades contratantes.

Por otra parte, en los proyectos complejos y de participación de capital privado, los mecanismos automáticos, fundados en los precios de las ofertas, así como los parámetros rígidos de la licitación pública, no resultan aptos para seleccionar el mejor candidato. En estos proyectos de *Asociación o Colaboración Pública-Privada*, la Administración acude al privado cuando no tiene los medios técnicos para definir completamente la modalidad bajo la cual serán realizadas ciertas infraestructuras complejas y los servicios que están vinculados a ellas. La Administración tiene así interés en la vinculación de los proponentes a la fase de concepción del proyecto, de tal suerte que se abra un espacio de diálogo con ellos, al que se tiene verdadera aversión en los procesos licitatorios clásicos, por concebir que cualquier diálogo con los proponentes incrementa los riesgos de corrupción.

Las particularidades de estos proyectos exigen una flexibilización de los procesos de selección, y es así como Uruguay ha adoptado el diálogo competitivo del derecho europeo. Otros sistemas, más modestos, permiten a los

proponentes realizar estudios técnicos durante la fase de consolidación de los pliegos, para sugerir adaptaciones (Colombia). Y, aunque el procedimiento no otorga la flexibilidad a los pliegos, las modalidades de iniciativa privada, en las que los particulares proponen un anteproyecto a la Administración, también constituyen una forma de participación en la definición del contrato. Estas iniciativas son generalizadas en las legislaciones especiales sobre *Asociaciones Público-Privadas* que tienen hoy todos los países.

Finalmente, las necesidades urgentes de grandes infraestructuras que tuvo Brasil, con ocasión del Mundial de Fútbol y la organización de los Juegos Olímpicos, auspiciaron la adopción y adaptación de todo lo que se hace hoy en el mundo en materia de procedimientos ágiles de selección de contratistas. Es así como se concibió en 2011 el Régimen Diferenciado de Contrataciones (RDC). En este proceso se puede confiar al contratista, de manera conjunta, la concepción y realización del proyecto, auspiciando la buena realización de uno y otro mediante una remuneración variable, vinculada al desempeño del contrato y las economías logradas para la entidad contratante. Los proponentes pueden hacer propuestas secuenciales, sin que se conozca el presupuesto oficial estimado para la realización del contrato, lo que busca mayor competitividad y juego del mercado, y se puede establecer una precalificación simplificada de los candidatos.

Las modalidades clásicas de procedimientos, ampliadas con estas tendencias contemporáneas, ofrecen un amplio abanico de procedimientos. De hecho, las legislaciones contemplan variantes y complementos de estos, lo que genera un panorama complejo. El derecho uruguayo tiene una interesante disposición que permite a la Administración elegir el procedimiento que mejor se adapte al proyecto específico a contratar, al establecer la regla general de la “licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente”.

La concepción de los distintos procedimientos se origina en las particularidades de los proyectos que exigen, bien sea mayor atención sobre el precio, o sobre las condiciones técnicas del proponente, la definición misma del proyecto, la experiencia, la definición equilibrada de riesgos, etc. El desafío de la legislación será entonces buscar que la escogencia de uno y otro procedimiento obedezca exclusivamente a razones técnicas y no al propósito de simplificar artificialmente el proyecto u otorgarle calidades inexistentes.

De hecho, el Banco Mundial reflexiona actualmente en esta concepción, que confía al gerente público la selección del procedimiento pertinente sobre la base del análisis de las exigencias de cada proyecto, abandonando la propensión hacia los procedimientos rígidos, centrados sobre el precio, que mostraron ampliamente su ineficacia en muchos proyectos en el mundo. Será necesario idear desincentivos para impedir intercambiar anti técnicamente un procedimiento por otro, suprimiendo la “rentabilidad” personal de los funcionarios que lo hacen.

Los comentarios nacionales resaltan, de manera reiterada, las prácticas que buscan evadir los procesos competitivos, incluso de manera institucional, al multiplicar los eventos de contratación directa, así como los regímenes especiales de contratación, que en muchos casos no obedecen a condiciones particulares del régimen jurídico de la ejecución del contrato sino a un deseo de simplificar, o evitar, la frondosa y compleja reglamentación general de contratación.

C. SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO MISMO

Los contratos administrativos clásicos, de influencia francesa, tan presente en la tradición de muchos de los regímenes de contratación del subcontinente, consolidan sus particularidades en las misiones particulares de la Administración contratante a las que el contratista se encuentra vinculado por la ejecución del contrato. Esta condición justifica un régimen de exorbitancia irrenunciable, en el que la entidad contratante tiene poderes unilaterales que se imponen a su contratista para la realización de los cometidos públicos. En compensación, el contratista, en su condición de colaborador en el logro de los fines públicos, ha de gozar de una protección particular para que no se vea sacrificado desmedidamente a favor del interés general. Esa protección se estructura en torno a la noción de equilibrio financiero del contrato. Potestades unilaterales exorbitantes y equilibrio financiero del contrato emergen así como los elementos característicos del contrato administrado, que le otorgan su especificidad y sustantividad particulares.

Los reportes nacionales presentes en esta publicación reiteran estas condiciones de manera homogénea, aun en el caso chileno, donde se ha establecido que no existe una caracterización general del contrato administrativo y la mayoría de la contratación es regida por el derecho privado, lo que resulta, en principio, paradójico.

No obstante, pese a esta constatación de principio, las condiciones de ejercicio de los poderes unilaterales de la Administración contratante, así como la dinámica del equilibrio financiero del contrato, expuestas unas y otras por los comentaristas nacionales, reflejan una evolución particular de estas nociones, distantes hoy de la concepción que caracterizó Péquignot en su tesis clásica de la teoría general del contrato administrativo en 1945^[1].

d. PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

La mayoría de reportes nacionales enuncian las prerrogativas unilaterales de la Administración, como manifestación del poder público que tiene la entidad contratante de someter a su colaborador contratista, en razón de las finalidades públicas que se busca satisfacer con el contrato. Incluso se afirma la existencia de poderes implícitos derivados del *imperium* del Estado como gestor del bien común (Bolivia).

Se enuncian así los poderes clásicos de dirección e inspección sobre la ejecución del contrato, modificación, terminación e interpretación unilaterales por causas de interés general, sanciones por incumplimiento, multas, rescisión administrativa del contrato o declaratoria de su caducidad.

Pero, tanto el derecho positivo como la jurisprudencia en América Latina exigen la consagración expresa de los poderes unilaterales de la Administración contratante. Aunque los informes nacionales afirman las prerrogativas de carácter genérico, establecen también parámetros limitativos muy importantes. En efecto, salvo en Bolivia, donde se conciben poderes implícitos de la Administración, todas las legislaciones contemplan una regulación específica que permite una tipificación de los poderes. Unos tienen por finalidad la preservación del interés general involucrado en el contrato, permitiendo que la Administración los rescinda unilateralmente, introduzca adaptaciones y modificaciones e incluso interprete las cláusulas ambiguas. Otros tienden a asegurar la correcta ejecución del contrato, otorgando a la Administración poderes generales de dirección y control, de inspección sobre los bienes, libros y actividades de los contratistas, posibilidades de imponer multas por incumplimientos, hasta llegar a la rescisión administrativa (ca-

1 PÉQUIGNOT, GEORGES. *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, Paris, 1945.

ducidad), como sanción última por el incumplimiento grave del contratista, que incluso puede generar sanciones colaterales como las inhabilitaciones para contratar. Con frecuencia se adiciona la toma de posesión por parte de la entidad pública, en particular en las concesiones de obras o de servicios (Argentina, Bolivia, Panamá, República Dominicana), y Brasil contempla la ocupación de bienes en servicios públicos esenciales.

En Colombia, la ley de contratos define las cláusulas excepcionales al derecho común (modificación, terminación e interpretación unilaterales y rescisión por incumplimiento (caducidad)), fijando sus finalidades específicas y los límites de su uso, legitimado solo cuando está en riesgo la afectación grave de los servicios públicos o la paralización del contrato. La jurisprudencia consideró inicialmente que otros poderes, no previstos en la ley, como la rescisión por incumplimiento no calificado y la imposición de multas, podían ser ejercidos en virtud de la autotutela declarativa, pero luego observó que los actos administrativos de ejercicio de poderes públicos exigen una habilitación legal expresa que haría ilícito incluso el pactarlos contractualmente, si no están previstos en la ley. Por ello fue necesario que una ley especial estableciera los poderes de imposición de multas pactadas y la rescisión por incumplimiento simple, para hacer efectiva la cláusula penal pactada en el contrato. Con la misma orientación, la jurisprudencia ha reiterado que las partes no pueden pactar la inclusión de estas cláusulas, ni ninguna otra que contemple un poder unilateral, en los contratos regidos por regímenes de derecho privado.

El caso chileno es significativo por cuanto, no existiendo contrato administrativo (salvo la calificación especial del contrato de obra y las concesiones de obra y servicios), tan solo existen poderes unilaterales si los textos legales los establecen o si se incluyen en los pliegos de condiciones, haciendo así parte de la relación contractual. Se estima que la facultad sancionatoria es consecuencia del poder de fiscalización y control, pero no hay unanimidad sobre su fundamento contractual o legal, como se explica en el informe chileno de esta obra. Con todo, en uno y otro caso, los poderes están consagrados en un texto positivo. Si los poderes unilaterales están reconocidos por ley, forman parte del marco regulatorio del contrato. Si lo están por pliegos, son objeto de control por el Órgano de Control (órganos internos y Contraloría), para preservar la libre concurrencia y la proporcionalidad de su ejercicio.

Esta concepción, a diferencia del derecho colombiano, permite la habilitación contractual de los poderes unilaterales. Y, si se tiene en cuenta

que la regla general de los contratos de la Administración es su régimen privado, la inclusión de poderes unilaterales por voluntad de las partes (aun en el contrato de adhesión) genera el interrogante sobre su carácter eminentemente público. Si la habilitación de su ejercicio se deriva de su inclusión voluntaria en los pliegos o carteles de un contrato de derecho privado, ¿cuál sería el fundamento para afirmar que son “exorbitantes” al mismo derecho privado?

En todo caso, las legislaciones nacionales han ido reforzando la reglamentación del ejercicio de los poderes unilaterales de la Administración contratante. No solo deben estar previstos en los textos, sino que su ejercicio exige el cumplimiento de parámetros garantes del debido proceso y del derecho de defensa. Con frecuencia los textos contractuales mismos los definen, pero si no es así, la jurisprudencia hace extensiva la aplicación de las reglas generales de los procedimientos administrativos, establecidas por los códigos o leyes generales.

Más aún, en el caso de las sanciones contractuales, su imposición unilateral involucra el poder sancionador del Estado, y con él se aplican los principios, reglas y, cuando existen, las disposiciones legales generales establecidas para todo poder sancionador del Estado. La asimilación con el derecho disciplinario es fuerte e incluso se acude a la aplicación de los principios del derecho penal: *in dubio pro* disciplinado, debido proceso, tipicidad, proporcionalidad (Argentina).

Además, la regulación de la modificación unilateral suele incluir límites de su alcance, por el porcentaje de modificación frente al costo original del contrato. Por una parte, se considera que una modificación excesiva constituiría una carga desproporcionada para el contratista y por ello, a partir cierto límite (generalmente el 20%), este no está obligado a admitirla. Por otra parte, una variación significativa de las condiciones originales del contrato desnaturalizaría, no solo el contrato mismo, sino también el proceso de selección del contratista, que lo precedió. Los límites suelen estar así entre el 15% y el 35%, y excepcionalmente el 50%, aunque la modificación sea aceptada por el contratista.

Las legislaciones también establecen los casos en los que se puede rescindir administrativamente el contrato, y la evolución de la legislación ha ido precisándolos y restringiendo la discrecionalidad administrativa en su identificación. Por ello, en el caso argentino se critica que el texto legal sea enunciativo, lo que atenta contra el principio de tipicidad.

El comentario uruguayo recuerda que la concepción clásica del contrato administrativo concebía los poderes unilaterales como ejercicio de prerrogativas públicas implícitas en el contrato. Por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas rechazan la legitimidad de poderes exorbitantes implícitos, reorientando el análisis desde “la perspectiva de la eficacia vinculante del contrato como regla de Derecho obligatoria para ambas partes”. Esta evolución y el reforzamiento de los postulados esenciales del Estado democrático de derecho contemporáneo renuevan el sentido y sujeción estricta del principio de legalidad, como regla habilitante de todo comportamiento de la Administración pública, y dan actualidad a la discusión doctrinal de los maestros franceses De Laubadère y L’Huillier en los años 50.

En un artículo aparecido en la *Chronique du recueil Dalloz*, el profesor L’Huillier puso en duda el carácter extracontractual de los poderes unilaterales de la Administración, en la medida en que se podía constatar que tanto la rescisión como la modificación unilaterales estaban sistemáticamente previstas en los carteles o pliegos de condiciones de los contratos administrativos. Estando incorporadas así a las reglas contractuales, los poderes no constituían en realidad un principio general de los contratos administrativos sino una regla habilitante de carácter contractual. Por consiguiente, “el principio fundamental del derecho de los contratos privados, según el cual *las convenciones legalmente celebradas constituyen ley para las partes que las han suscrito*, es aplicable a la Administración tanto como a los particulares, pese a las excepciones aparentes”². El profesor De Laubadère le respondió, considerando que los poderes de rescisión y modificación unilaterales no se fundaban en habilitaciones contractuales sino en prerrogativas propias de la Administración³. El Consejo de Estado francés daría razón al maestro De Laubadère al afirmar, tres décadas después, que el poder de modificación unilateral hace parte de las reglas generales aplicables a los contratos administrativos, con independencia de toda consagración legal o contractual⁴.

2 L’HUIILLIER, JEAN. “Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l’administration ?”, París: Rec. 1953, p. 90.

3 DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. “Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”. *Revue du droit public* (RDP). París: 1954, p. 36.

4 Sentencia del 02/02/1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. 33; RDP, 1984, p. 212, nota AUBY, RFDA, 1984, p. 45, nota LLORENS.

Esta concepción francesa consagra así un poder implícito de la Administración contratante, que escapa a las reglas contractuales. Los poderes unilaterales no son el resultado de una regla positiva sino de una prerrogativa de poder público, cuyo fundamento se encuentra fuera del contrato, en los privilegios con los que debe contar la Administración para lograr los fines públicos. La naturaleza extracontractual, por encima del contrato, explica que no sea necesaria su consagración positiva. Estas prerrogativas públicas no necesitan que las partes las hayan pactado, e incluso tampoco que la ley las consagre. Ellas son inherentes a la Administración y por ello no son disponibles para las partes. Incluso la Administración no puede renunciar válidamente a ellas.

Por consiguiente, a diferencia de la regla esencial del Código Civil, que limita la obligatoriedad del contrato a lo que las partes han convenido y lo que por ley se adiciona a su acuerdo explícito, el contrato administrativo clásico francés integra poderes supra contractuales, propios e inherentes a la Administración pública, que se imponen al contratista. El origen y fundamento de la prerrogativa escapa así a la dinámica propia del contrato para encontrar su fuente y legitimación en las potestades públicas de preservación del interés general y las responsabilidades de la Administración en el mantenimiento del correcto desarrollo y prestación de los servicios públicos.

El carácter extracontractual de las prerrogativas unilaterales caracteriza así su naturaleza exorbitante frente al contrato privado entre los particulares. La posibilidad de poderes unilaterales en los contratos entre particulares exige una habilitación contractual explícita, bien sea porque han sido estipulados por las partes o porque la ley los ha incorporado al contrato. Por el contrario, las prerrogativas unilaterales públicas inherentes no necesitan esta habilitación, por cuanto se derivan de condiciones extracontractuales, inherentes a la Administración pública y a sus responsabilidades en la representación y preservación del interés general.

Es esta la ambivalencia esencial del contrato administrativo clásico francés que generó las controversias sobre su naturaleza verdaderamente bilateral. Es también esta la esencia de la concepción diversa del derecho clásico alemán de Otto Mayer, que encuentra incompatible el ejercicio de prerrogativas públicas con la naturaleza misma de una relación con-

tractual⁵. Si la Administración ejerce poderes públicos no puede estar vinculada con el particular a través de un contrato. Ella se impone de manera unilateral. Y, por el contrario, si la Administración establece una relación contractual con el particular debe, necesariamente, despojarse de su ropaje de poder público para descender a un plano de igualdad con el particular. Pero, en este caso, el contrato suscrito no tendrá diferencia con el contrato civil. Por ello, la concepción clásica alemana desconoce el contrato administrativo.

Con todo, esta concepción civilista de los contratos de la Administración, que en realidad es la mayoritaria en el derecho europeo, no conlleva el que la Administración contratante carezca de poderes unilaterales. La particularidad es que estos no son implícitos. Ellos constituyen una regla contractual que, por consiguiente, debe estar explícitamente contenida en el contrato.

En el derecho latinoamericano es justamente esta realidad la que se constata, de manera uniforme, en los informes nacionales. El derecho público contemporáneo tiene aversión a los poderes implícitos de la Administración. El principio de legalidad estricto, remodelado por la configuración de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, exige que toda prerrogativa de poder público tenga una habilitación legal expresa. Los poderes implícitos de la Administración contratante son substituidos por la necesidad de una consagración normativa específica. La Administración no deriva así sus poderes de su condición de poder público sino de una regla contractual. Los poderes derivados y enmarcados por disposiciones legales, por las previsiones de los pliegos y las estipulaciones contractuales integran las reglas contractuales.

El derecho positivo latinoamericano finalmente confirma la afirmación del profesor L'Huillier: los contratos de la Administración también son ley para las partes, al igual que en el derecho privado.

Esta realidad se acentúa además con la ampliación de los contratos públicos a los contratos que suscriben entidades que no ejercen prerrogativas públicas ni funciones administrativas, en sentido estricto. Las legislaciones latinoamericanas abandonan así la calificación clásica francesa de contratos administrativos, por la más comprensiva de *contratos estatales* (Colombia),

5 STELKENS, ULRICH y SCHRÖDER, HANNA. "Reporte del derecho alemán", en NOGUELLOU, ROZEN y STELKENS, ULRICH (dir.), *Droit comparé des contrats publics / Comparative Law on Public Contracts*. Bruselas: Bruylant, 2010, p. 315.

contratos de la Administración pública (Brasil, El Salvador), *contratación pública* (Panamá, Venezuela), *contrataciones del Estado* (Perú), o las expresiones descriptivas de contratación de bienes, servicios (Bolivia), obras y concesiones (República Dominicana). Además, no se trata solo de un cambio terminológico, en la medida en que la mayoría de estas regulaciones no solo comprende los contratos de las entidades netamente administrativas, sino también los de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital público mayoritario.

La identificación del contrato público con el ejercicio de prerrogativas públicas extracontractuales ha dejado entonces de existir en América Latina.

La realidad también se refuerza con la más reciente regulación de los contratos de Asociación o Colaboración Pública-Privada que, bajo la concepción anglosajona, en la que el contrato ha de regular la relación entre las partes de la manera más completa e integral posible, el mismo contrato debe definir el alcance de los poderes unilaterales de la Administración. La rescisión unilateral ha de estar explícitamente prevista en los contratos brasileiro y uruguayo. Más aún, el contrato también debe definir los aspectos concretos susceptibles de modificación unilateral, así como el monto máximo de las inversiones adicionales requeridas y el plazo en el que la potestad podrá ser ejercida. Del mismo modo, el derecho colombiano prevé la regulación contractual de la situación de las partes al terminar anticipadamente el contrato, mediante la definición previa de fórmulas matemáticas indicativas de indemnizaciones.

Las regulaciones normativas indican así una modulación contemporánea de los poderes unilaterales de la Administración contratante. Previstos sistemáticamente por el legislador, ellos habilitan su utilización y enmarcan su ejercicio en el contrato. Los poderes unilaterales se ven así restringidos de manera reforzada, para ser utilizarlos con fines eminentemente públicos, por la preservación de la continuidad de los servicios públicos y otras finalidades públicas vinculadas con el contrato, y subordinados al respeto del debido proceso y el derecho de defensa. Más que el carácter unilateral en su ejercicio, que se constata en el derecho privado y viene siendo reconocido cada vez con mayor fuerza por las legislaciones privadas en el mundo, los poderes unilaterales de los contratos públicos se caracterizan por sus finalidades particulares, propias de la Administración pública, con la carga de procedimientos igualmente especiales, garantes de los intereses del particular contratista.

3. PARTICULARIDADES DE LOS SISTEMAS

La comparación general de las legislaciones sobre la contratación pública en América Latina indica tendencias comunes muy significativas. No obstante, la influencia internacional, presente en la mayoría de países del mundo, adquiere condiciones particulares en el subcontinente, por la ausencia de una regulación comunitaria, la proliferación de acuerdos de libre comercio y la presencia latente de la banca multilateral en muchos proyectos contractuales y en los procesos de reestructuración institucional y normativa. La constatación de instituciones comunes, como los sistemas integrados de contratación, los procedimientos recientes de contratación (acuerdos marco de precios, subastas inversas, contrataciones electrónicas), registros de proveedores, incluso con nombres homogéneos, como los órganos rectores de contratación, o la denominación común de los portales de Internet de contratación⁶, no constituyen una simple coincidencia. Los compromisos adquiridos en los capítulos de compras públicas de los tratados de libre comercio y la Red Interamericana de Compras Públicas auspician dinámicas de aproximación de los regímenes de contratación.

No obstante, las tendencias comunes no erradican particularidades de regulación derivadas de tradiciones jurídicas específicas y contextos particulares. La tendencia general a definir un régimen común de contratación para todas las entidades de la Administración, incluso las de carácter industrial y comercial, se ve frustrada por diferentes razones. En algunos casos, por la imposibilidad de dar un tratamiento homogéneo a realidades contractuales diversas. En otros, por buscar soluciones particulares a sectores determinados o situaciones de inversión coyunturales o incluso por razones *non sanctas* de flexibilidad y contratación simplificada. Del mismo modo, los fundamentos técnicos que justifican la contratación directa suelen ser ampliados a casos particulares con definiciones genéricas, que permiten aplicación extensiva. Las legislaciones exigen la definición específica de criterios de selección y propenden hacia el establecimiento de factores técnicos distintos del precio de la oferta, pero su aplicación específica suele traducirse en fórmulas que

6 ArgentinaCompra, ChileCompra, ColombiaCompraEficiente, ComprasGovernmentais, ComprasPúblicas (Ecuador), CompraSal (El Salvador), GuateCompras, HonduCompras, NicaraguaCompra, CompraNet (México), PanamaCompra, ComprasDominicana, ComprasEstatales (Uruguay).

terminan otorgando un valor a los distintos factores y el factor precio sigue teniendo un peso preponderante.

Finalmente, los controles del ciclo contractual siguen siendo mayoritariamente genéricos. En todos los países el control de la contratación hace parte del control genérico de la gestión administrativa a cargo de los órganos de control financiero o fiscal (Contralorías o Tribunales de Cuentas), que suelen tener también competencias disciplinarias, aunque existan también organismos especializados por temas (transporte, servicios básicos, aeropuertos). Dejando de lado las instancias jurisdiccionales de solución de litigios entre las partes y los mecanismos alternos de solución de conflictos, ampliamente auspiciados por todas las legislaciones, al punto que Perú impuso constitucionalmente el arbitraje en todo contrato público, tan solo unos pocos países han instaurado instancias autónomas y especializadas en contratación, que permitan impugnar rápida y eficazmente el proceso de contratación o los carteles de pliegos, con el objeto de suspender la atribución del contrato. Costa Rica ha confiado esta misión a la Contraloría, con las dificultades de cumplir las misiones contractuales dentro de las más genéricas de control de la Administración. Panamá confía a su Órgano Rector de contratación las impugnaciones a las bases o pliegos y las impugnaciones durante el proceso de selección, dejando a un tribunal no jurisdiccional el control del acto de adjudicación. Pero la conformación del tribunal por períodos relativamente cortos (5 años), las calidades exigidas de los miembros, su número reducido y su nombramiento por el Presidente de la República fragilizan su eficacia e independencia. Por su parte, Perú también atribuye a su Organismo Superior de las Contrataciones de Estado (OSCE) el control de los actos proferidos en los procesos de selección, a través de una apelación administrativa que con frecuencia se resuelve tardíamente, como lo resalta el informe nacional de esta publicación. Tan solo Chile ha optado por confiar a un tribunal jurisdiccional especializado la resolución de las impugnaciones contra los procesos de contratación.

El control sigue siendo así uno de los aspectos frágiles de los sistemas. Los temas de corrupción en contratación siguen siendo un problema de fondo y los mecanismos de participación ciudadana, que pueden generar consultas y debates previos a la contratación, como en Brasil, suelen reducirse a la previsión normativa y formal de la denuncia por parte de organizaciones civiles, sin ningún dispositivo que ofrezca efectividad. La invención e instauración de mecanismos originales de control, adaptados a las realidades de los países latinoamericanos, sigue siendo tarea pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

- DE LAUBADÈRE, ANDRÉ. “Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs”, *Revue du droit public (RDP)*. París, 1954, pp. 36 ss.
- L’HUILIER, JEAN. Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l’administration?, París: Rec. 1953, pp. 90 ss.
- PEQUIGNOT, GEORGES. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris: A. Pédone, 1945.
- STELKENS, ULRICH y SCHRÖDER, HANNA. “Reporte del derecho alemán”, en NOGUELLOU, ROZEN y STELKENS, ULRICH (dirs.). *Droit comparé des contrats publics / Comparative Law on Public Contracts*, Bruselas: Bruylant, 2010, pp. 307-338.