

Contratação pública local:
perspectivas de modificação
do ordenamento brasileiro a
partir da nova Lei de contratação
pública na Espanha

Contratación pública local: perspectivas de modificación del ordenamiento brasileño a partir de la nueva Ley de contratación pública en España

Public procurement local: prospects
for modification in Brazilian
planning from the new public
procurement Law in Spain

55 Regap

Regap



NOTAS

RICARDO HERMANY*

Coordinador del grupo de estudios Gestión Local y Políticas Públicas
Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC
hermany@unisc.br

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO**

Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC
Abogada
betielisauzem@yahoo.com.br

Recibido: 05/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Resumen: Este artículo se centra en examinar la Ley 8.666/93 y el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva Ley de licitaciones) con el objetivo de verificar las contribuciones que la nueva Ley de contratación pública española puede aportar a los contratos públicos locales en Brasil. Tal investigación queda justificada por la necesidad de modificar el ordenamiento brasileño en cuanto a los contratos administrativos y licitaciones. El tema de la investigación se centra –basándose en la Ley 9/2017 de los contratos del sector público en España– en las siguientes cuestiones: ¿qué tratamiento da esta norma a las autoridades locales, en particular si establece criterios diferenciados con respecto al tamaño de la población de los municipios? Y, además, ¿cómo puede esta normativa contribuir a modificar la legislación brasileña? De este modo, para responder al objeto del estudio, se ha dividido este en las siguientes partes: primera, se aborda el principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y del federalismo en Brasil; en segundo lugar, se

* Doctor en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos (2003) y Doctor en Doctorado sándwich de la Universidad de Lisboa (2003); Posdoctorado en la Universidad de Lisboa (2011); Profesor de la graduación y del Programa de Postgrado en Derecho - Máster / Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC; Máster en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1999); Coordinador del grupo de estudios Gestión Local y Políticas Públicas – UNISC. E-mail: hermany@unisc.br

** Máster por el Programa de Posgraduación en Derecho - Máster y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC, con beca CAPES, modalidad II. Licenciada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC (2016). Abogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br

hace un análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, comparando la Ley 8.666 de 1993 con el Proyecto de Ley 6.814 de 2017; finalmente, se analiza la Ley 9/2017, que trata sobre la contratación del sector público español como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil. La investigación utiliza el enfoque del método hipotético-deductivo y el procedimiento bibliográfico. A partir de estas premisas, se puede concluir que la legislación española tiene normas diferenciadas en los municipios dependiendo del número de habitantes, y que dicha legislación puede influir en la modificación de la legislación brasileña, en materia de licitaciones y contratos, con el fin de establecer reglas conforme al escalonamiento de las entidades locales.

Palabras clave: Descentralización y federalismo, Ley 8.666/93, Ley 9/2017 de España, principio de subsidiariedad, Proyecto de Ley 6.814/2017.

Resumo: O presente artigo centra-se em examinar a Lei 8.666/93 e o Projeto de Lei 6.814/2017 (nova Lei de Licitações), com perspectivas de verificar as contribuições que a nova Lei de Contratações do Setor Público na Espanha pode dar respaldo aos contratos públicos em âmbito local no Brasil. Se justifica tal pesquisa pela necessidade de se modificar o ordenamento brasileiro, quanto os contratos administrativos e licitações. O problema de pesquisa evidencia-se –com base na Lei 9/2017 dos Contratos do Setor Público na Espanha– com as seguintes indagações: qual tratamento a referida norma dá aos entes locais, em especial se estabelece critérios diferenciados quanto a dimensão populacional dos municípios? E ainda, como tal normativa pode contribuir para as modificações na legislação brasileira? Assim, visando responder o objeto da pesquisa, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, aborda-se o princípio da subsidiariedade como base teórica da descentralização e do federalismo no Brasil; segundo, faz-se uma análise das diretrizes da contratação pública local no Brasil, realizando um comparativo entre a Lei 8.666 de 1993 frente ao projeto de lei 6.814 de 2017; por fim, analisa-se a Lei 9/2017, a qual trata da contratação do setor público espanhol como subsídio ao debate do novo regramento dos contratos no Brasil. A pesquisa utiliza o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento o bibliográfico. A partir destas premissas pode-se concluir que a legislação espanhola traz normas diferenciadas conforme o número de habitantes nos municípios, bem como tal normativa pode influenciar na modificação da legislação brasileira, em matéria de licitações e contratos, no sentido de se estabelecer regras conforme o escalonamento dos entes locais.

Palavras-chaves: Descentralização e federalismo, Lei 8.666/93, Lei 9/2017 da Espanha, Princípio da Subsidiariedade, Projeto de Lei 6.814/2017.

Abstract: This article focuses on examining the law of 8.666/93 and the project of law 6.814/2017 (new bidding law), with prospects to check the contributions that the new law on public sector contracts in Spain can give support to public procurement in locally in Brazil. Such research is justified by the need to change the Brazilian planning, as administrative contracts and tenders. The problem of research evidence, based on 9/2017 Law of public sector contracts in Spain, the following questions: which treatment that gives the local standard, particularly if different criteria about the size the population of the municipalities? And yet, as such rules may contribute to changes in Brazilian legislation? So, to answer the search object, divided the investigation in the following moments: first address-if the principle of subsidiarity as theoretical basis of decentralization and federalism in Brazil. In the second, an analysis of local public procurement guidelines in Brazil, making a comparison between the law 8.666 of 1993 front project of law 6.814 of 2017. Finally, analyze the law 9/2017, which deals with the recruitment of the Spanish public sector as grant to the debate on the new Bill of contracts in Brazil. The research uses the hypothetical-deductive method approach and the bibliographic procedure. From these premises it can be concluded that the Spanish legislation brings standards differentiated according the number of inhabitants in the municipalities, as well as such regulations may influence the modification of Brazilian legislation about tenders and contracts, to establish rules as the escalation of local ones.

Key words: Decentralization and federalism, Law 8.666/93, Law 9/2017 of Spain, Principle of subsidiarity, Project of Law 6.814/2017.

Sumario: 1 Notas introductorias. 2 El principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y federalismo en Brasil. 3 Directrices de la contratación pública local en Brasil: comparativa de la Ley 8.666/93 con el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional para las nuevas reglas de los contratos administrativos. Las contribuciones de la nueva Ley de contratación pública de España como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil: un enfoque en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales. 5 Consideraciones finales.

1 Notas introductorias

En 1993 surgió la Ley federal 8.666 (Ley de licitaciones), y a partir de entonces esta se convirtió en una de las herramientas más utilizadas por la Administración pública –directa e indirectamente– para la gestión del dinero y de los bienes públicos, con el objetivo de aplicar correctamente los recursos en el momento oportuno y conveniente. Esta ley trata sobre servicios de publicidad, enajenaciones, compras, concesiones, arrendamientos y permisos de la Administración pública, respetando los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia.

Sin embargo, con el paso de los años son necesarias algunas modificaciones en la legislación referente a licitaciones y contratos públicos, y con la tramitación del Proyecto de Ley 6.814/2017, en el Congreso Nacional, se analizará si tal proyecto atiende a las demandas referentes a las entidades locales con menor número de población.

Para la realización de este estudio, se analizó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que trata de los contratos del sector público en España, y a partir de este análisis surgieron las siguientes cuestiones: a) ¿qué tratamiento da esta ley a las entidades locales? y, en concreto, ¿qué criterios diferenciados establece en cuanto al tamaño poblacional de los municipios? Además, ¿cómo puede dicha ley contribuir a las modificaciones en la legislación brasileña de licitaciones y contratos administrativos?

Con el objetivo de responder al problema del estudio, se adoptó el método de investigación hipotético-deductivo y el procedimiento bibliográfico, dividiéndose la investigación en tres fases. En primer lugar, se tratará el principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y del federalismo en Brasil.

En una segunda fase, se realizará un análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, realizando una comparativa entre la Ley 8.666 de 1993 con el Proyecto de Ley 6.814 de 2017, que se tramita en el Congreso Nacional, para establecer nuevas reglas para los contratos administrativos. Por último, se analizará la Ley 9/2017, que trata sobre la contratación del sector público español y cómo puede influir en el debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil.

Este artículo se justifica buscando la verificación de cómo la Ley de contratos del sector público de España puede contribuir a la mejora de la ley de licitaciones y contratos brasileños, con referencia al tratamiento de las entidades locales, especialmente con respecto al tamaño de la población de las entidades locales.

2 El principio de subsidiariedad como base teórica de la descentralización y federalismo en Brasil

El principio de subsidiariedad cobró mucha importancia con el federalismo cooperativo; su primera referencia tiene origen en las lecciones de Aristóteles, así como en la encíclica papal *Quadragesimo anno* de Pío XI, pudiéndose encontrar también en la Carta Europea de Autonomía Local, que fue consolidada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, siendo

regap



NOTAS

en este instrumento donde se puede encontrar la cita de los elementos que caracterizan el principio¹.

De esta forma, el ejercicio de las responsabilidades públicas debería confiarse preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. En virtud de ello, la imputación de responsabilidad a otra autoridad tiene que tener en cuenta la naturaleza de la tarea y su amplitud, así como exigencias de economía y eficacia².

Asimismo, el principio de subsidiariedad presenta dos dimensiones, que son: una vertical, en la que se otorga el máximo de competencias a nivel menor; y otra horizontal, que se inserta en el propio espacio local, compartiendo el poder entre la sociedad y el gobierno³.

En consecuencia, la subsidiariedad se expresa a través de lo que puede hacer una sociedad, y no puede ser llevada a cabo por una entidad mayor, pues conlleva la idea de supremacía de la sociedad frente al Estado, e sitúa el poder público delante del poder de decisión, haciéndose evidente la adopción de tal principio en el ordenamiento brasileño cuando este se legitima a través del reparto de competencias, de la descentralización política y de las iniciativas privadas y comunitarias. Sin embargo, la excepción del principio se configura cuando las instancias menores no son aptas –desde el punto de vista de la economía y de la eficiencia– para ejecutar determinadas atribuciones⁴.

En consecuencia, si el principio de subsidiariedad se interpreta como un argumento para restringir o contener la intervención del Estado, este tendrá un amplio campo de aplicación; por ejemplo, en el ámbito estatal, en el caso del federalismo brasileño, se puede citar: el municipio, como ente menor de la federación, posee la capacidad de autogobernar y de solucionar de manera simple las cuestiones que le afectan directamente; la división de poderes muestra, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, que las entidades federales son subsidiarias entre sí en las competencias, es decir, que la Unión sólo puede llevar a cabo lo que el estado miembro o el Distrito Federal puedan no hacer, y para el Estado miembro sólo lo que los municipios no pueden realizar⁵.

Al mismo tiempo, la subsidiariedad confiere condiciones para la soberanía del individuo, por el hecho de aproximar el diálogo al ciudadano, estimulando su participación política, brindando apertura al diálogo pluralista y con las minorías, y también nos remite a una perspectiva de valoración de los espacios que están más cerca del ciudadano, fortaleciendo así las estrategias de decisión planteadas en el ámbito local de poder.

Además, el principio de subsidiariedad no está expresamente previsto en la Constitución Federal de 1988, pero puede encontrarse leyendo los artículos 1, 18 y 34, punto VII, apartado “c” de la Constitución⁶. Por tanto, la lectura implícita del mencionado principio, presente

1 MARTINS, M.S.D'O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra, 2003.

2 MARTINS, M.S.D'O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, cit.

3 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

4 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

5 CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positiva*, 15.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

6 Artículo 1 La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y el Distrito Federal, constituye un Estado Democrático de Derecho [...].

en la Constitución, se relaciona con el modelo federal adoptado, donde la organización descentralizada del Estado sobresale como un espacio favorable a la aplicación de este principio, teniendo en cuenta que el federalismo permite la formación de una base organizativa considerable para que la subsidiariedad desarrolle su contenido y alcance⁷.

De esta forma, se puede afirmar que la subsidiariedad asume un papel importante para los municipios y los ciudadanos en la búsqueda de la ciudadanía activa en el ámbito local. La subsidiariedad, como un criterio definitorio de competencias en el ámbito interno, se muestra extremadamente equilibrada y ponderada, y resalta la importancia del espacio de poder, especialmente en los municipios. Y es que, a partir del concepto de subsidiariedad, no sólo se valoran las estructuras institucionales locales, sino también la articulación de los actores sociales, tanto en su relación cotidiana como en los espacios institucionales.

Así, en el plano político, este principio se traduce a través del principio federativo, el cual se emplea como criterio de reparto de competencia entre las esferas federativas, si bien como una regla para la solución de conflictos de atribuciones que existan entre ellas, buscando con ello el fortalecimiento del poder local y el mantenimiento de la gestión administrativa de la forma más cercana posible a los ciudadanos. Esto implica la definición de qué tareas cumplirán las instancias más pequeñas y cuáles deben ser realizadas por las más grandes y centrales⁸.

Por tanto, tal principio contribuye al federalismo cooperativo, que representa una forma ideal de relaciones entre gobiernos basadas en la división de tareas, es decir, realizándose una mezcla entre las actividades de los entes federados, lo que hace necesarios algunos mecanismos que busquen habilitar las políticas de acciones conjuntas, garantizando de ese modo la participación y la representación de todos los actores de la federación⁹.

El sistema de cooperación entre los gobiernos se inicia con el reconocimiento de que cada una de las unidades tiene el deber de colaborar con las demás para orientar, coordinar y controlar el proceso político-administrativo. Los recursos y la capacidad de ejecución se distribuyen de manera desigual y por esta razón se justifica el sistema de cooperación, que adopta las condiciones mínimas para desempeñar el papel dentro de la estructura¹⁰.

De este modo, el federalismo cooperativo se concreta en el reparto de competencias verticales, basándose en el hecho de que el gobierno central, regional y local tiene como objetivo el desempeño de la tarea estatal que beneficie al ciudadano. El federalismo debe asumir una cooperación subsidiaria al proporcionar asistencia a las entidades menores si estas no logran realizar las tareas por sí solas¹¹.

Artículo 18. La organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución.

Artículo 34. La Unión no intervendrá en los estados ni en el Distrito Federal, excepto para: [...] VII - garantizar la observancia de los siguientes principios constitucionales: [...] c) autonomía municipal. (BRASIL) Constitución, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, Brasília, 5 out., 1988. Disponible en <http://www.planalto.gov.br> (28 de mayo de 2018).

7 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

8 TORRES, S.F., *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

9 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

10 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, cit.

11 KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, cit.



En este sentido, existe una laguna en el artículo 23, párrafo único de la Constitución Federal de 1988¹², y es que debería establecer normas para la cooperación entre entidades federales, buscando llevar a cabo competencias comunes, asignando a los estados y municipios las actividades de ejecución, alejando a la Unión, que se encarga de establecer directrices y políticas nacionales¹³.

Se puede afirmar que los municipios, junto con los estados y la Unión, tienen legítimamente poder estatal dentro del territorio, siendo la autonomía tanto de naturaleza política como administrativa. Por tanto, la efectividad de la Administración y el interés local forman uno de los dos principios que son la base de la formación de la estructura municipal¹⁴.

Sin embargo, aunque el municipio sea una entidad intermedia entre el Estado y los individuos, a través de él se concreta el principio de subsidiariedad, siempre que el individuo local no sea considerado como un ser utópico, es decir, debe ser visto como un ser concreto, considerado como ciudadano, vecino, contribuyente y participe directamente en la conducción y supervisión de las actividades en el ámbito administrativo, político y de servicio¹⁵.

Cabe señalar que, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Federal de 1988, Brasil adoptó el modelo federalista para la división de poderes entre las entidades (Unión, estados miembros, Distrito Federal y municipios), los cuales están dotados de autonomía.

El derecho de secesión está prohibido para todas las entidades de la federación, bajo cualquier circunstancia o condición, prohibición que es resultado de la insolubilidad del vínculo federativo, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil¹⁶, donde la forma federativa en Brasil tiene el estatus de una cláusula pétrea, según lo dispuesto en el artículo 60, § 4, apartado I de la Constitución¹⁷, prohibiendo la abolición de la federación.

La Constitución Federal expresó en su texto, de acuerdo con Tavares (2012), que los municipios componen la federación y están dotados de autonomía, por lo que es posible verificar tal posicionamiento en los artículos 1, 18 y 34. Por lo tanto, el artículo 1 expresa que la República brasileña está formada por la unión insoluble de los estados miembros, municipios y Distrito Federal. El artículo 18 muestra que la organización político-administrativa brasileña está compuesta por la Unión, por los estados miembros, Distrito Federal y municipios. Y el artículo 34 reconoce y asegura la autonomía municipal.

La Constitución Federal de 1988, por lo tanto, no estableció la federación descentralizada en su conjunto, sino que estableció la descentralización de las partes, pasando a tener tres

12 Artículo 23. Es competencia común de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios: [...] Párrafo único. Las leyes complementarias fijarán normas para la cooperación entre la Unión y los estados, el Distrito Federal y los municipios, teniendo en cuenta el equilibrio del desarrollo y del bienestar a nivel nacional. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

13 KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, Oficina Municipal, São Paulo, 2003.

14 KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, cit.

15 BARACHO, J.A.O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, cit.

16 TAVARES, A.R., *Curso de Direito Constitucional*, 10.ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

17 Artículo 60. La Constitución puede enmendarse por medio de una propuesta: [...] § 4 - La propuesta de enmienda a la abolición no será objeto de deliberación: I - la forma federativa del Estado. (BRASIL, Constitución, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

órdenes de poder, es decir, el orden total –la Unión–, las órdenes regionales –los estados miembros–, y las órdenes locales –los municipios–. Entonces el orden total al mismo tiempo que prevé y reconoce a los estados miembros, concediendo competencias y rentas, también prevé y reconoce a los municipios, dándoles competencias y rentas¹⁸.

Destaca que el reconocimiento de los municipios como entidades federadas dotadas de autonomía es una singularidad del Estado brasileño, pues los demás estados federados no atribuyen a sus entidades locales la capacidad de autoadministración, autogobierno y autolegislación¹⁹.

Por lo tanto, la autonomía municipal está consagrada en el proceso de descentralización administrativa, política y financiera, dividida entre las entidades de la federación –Unión, estados miembros y municipalidades– e incorporadas en los principios rectores que son capaces de proporcionar bases legítimas para la autoorganización²⁰.

La Constitución abandonó la división de competencias presente en las constituciones anteriores, comenzando a expresar un federalismo cooperativo y de equilibrio. De esta forma se estructuró un sistema complejo consistente en competencias privadas, distribuidas horizontalmente, y por competencias compartidas, distribuidas verticalmente, y también se autorizó la participación de los órdenes parciales dentro del ámbito de las competencias propias en el orden central, a través de la delegación²¹.

Por tanto, desde el punto de vista formal, los municipios brasileños son entidades territoriales locales investidas con la autonomía más amplia de todo el mundo. En el ejercicio de sus atribuciones, ellos actúan con absoluta igualdad de condiciones con las otras esferas gubernamentales, o sea, los actos practicados por los municipios no dependen de autorización previa o de ratificación posterior de cualquier otra entidad estatal²².

La Constitución adoptó la clasificación de competencias comunes a la Unión, a los estados, al Distrito Federal y a los municipios, conforme al artículo 23, apartados I al XII, y párrafo único. De esta forma, en las competencias comunes todas las entidades federales buscan el ejercicio de acciones cooperativas en ciertas materias, estando basado este sistema de competencias en el interés y, por tanto, corresponden a las cuestiones de la Unión los asuntos relacionados con el interés general; a los miembros los asuntos relacionados con el interés regional; y a los municipios los asuntos que están relacionados con el interés local.

Además, la Constitución Federal de 1988 enumeró una lista de competencias municipales, en sus artículos 29 a 31, §§ 1, 2, 3 y 4. Los municipios, con la enumeración de sus competencias, se convierten en entidades federales y dotados de autonomía, teniendo poder para elaborar sus propias leyes orgánicas, siendo estas elaboradas por el Ejecutivo o Legislativo, sin que sufran la interferencia de los estados o la Unión.

18 CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, cit.

19 MEIRELLES, H.L., *Direito administrativo brasileiro*, 36.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.

20 ZIMMERMANN, A., *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

21 ALMEIDA, F.D.M., *Competências na Constituição de 1988*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 2000.

22 MEIRELLES, H.L., *Direito Municipal Brasileiro*, 10.ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

En cuanto a los contratos administrativos y las licitaciones, se prevé que la Unión disponga de la competencia de editar normas generales, que se aplican a todas las entidades. Igualmente, la Unión, los estados miembros y los municipios tienen competencias legislativas en materia de contratos y licitaciones, dentro del ámbito de los intereses locales.

De este modo, el interés local se entiende no como un interés exclusivo de los municipios, es decir, lo que lo caracteriza y lo define es el predominio del interés de los municipios sobre el de los estados o el de la Unión²³. Para que sea posible la identificación de las competencias de los estados miembros y municipios, es necesario establecer las normas generales sobre las competencias de la Unión, según lo dispuesto en el artículo 22, XXVII de la Constitución²⁴.

En consecuencia, sólo las “normas generales” son de observancia obligatoria para las demás esferas del gobierno, las cuales tienen libertad para regular el resto de manera diferente, disponiendo sobre la “norma específica”. Por tanto, las demás entidades federativas disponen también de competencia para legislar sobre licitaciones y contratos administrativos.

De esta manera, la Unión, conforme a lo previsto en la Constitución Federal de 1988, tiene competencia para disponer de contratos y licitaciones a través de la Ley federal n. 8.666/1993, siendo esta norma obligatoria para todas las entidades de la federación. Y también existen competencias privativas de los entes federativos –estados y municipios– para editar normas especiales. En consecuencia, la eventual omisión de la Unión para editar normas generales no podrá ser un obstáculo para otras entidades federales en el ejercicio de sus competencias²⁵.

Por todo lo expuesto, hay que tener en cuenta que el principio de subsidiariedad es la base teórica que retrata la necesidad de la descentralización, a la vez que fortalece la idea del federalismo en Brasil, teniendo como referencia la justicia y la libertad. Con la llegada de la Constitución Federal de 1988, el federalismo en Brasil “innovó” al considerar los municipios como entidades federales dotadas de autonomía, mientras que tal autonomía permite a los municipios la contratación administrativa de forma autónoma.

De este modo, se establece el análisis de las directrices de la contratación pública local en Brasil, realizando una comparación entre la actual ley de contratos y licitaciones (Ley 8.666 de 1993) y el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional, con el objetivo de derogar la ley actual, que establece nuevas reglas para los contratos administrativos y licitaciones.

23 MEIRELLES, H. L., *Direito Municipal Brasileiro*, cit.

24 Artículo 22, Constitución federal: Es competencia privativa de la Unión legislar sobre: [...] XXVII – normas generales de licitación y contratación en todas sus modalidades para las administraciones públicas directas, autárquicas y fundacionales de la Unión, estados, Distrito Federal y municipios, según lo dispuesto en el artículo 37, XXI, y para las empresas públicas y sociedades de economía mixta, de acuerdo con el artículo 173, § 1º, III; [...]. (BRASIL. *Constituição, Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, cit.).

25 JUSTEN FILHO, M., *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14.ª ed., Dialética, São Paulo, 2010.

3 Directrices de la contratación pública local en Brasil: comparativa de la Ley 8.666/93 con el proyecto de ley que se tramita en el Congreso Nacional para las nuevas reglas de los contratos administrativos

El proceso de licitación ejecutado se convierte en un instrumento importante, que es utilizado por la Administración pública para la gestión del dinero público, donde se selecciona la propuesta más ventajosa, el momento conveniente y oportuno, y todo en beneficio del interés de la comunidad, asegurando, de esta forma, el cumplimiento de los principios rectores –tanto de los procedimientos de licitación como de los actos administrativos– y movilizándolo, también, las compras públicas²⁶.

En vista de ello, el proceso de licitación se constituye como un procedimiento administrativo, indispensable para las entidades gubernamentales, debiendo analizar la igualdad entre los participantes, eligiendo la mejor propuesta entre las expuestas por las partes interesadas, y debiendo cumplir los requisitos mínimos esenciales para la efectividad de las obligaciones propuestas.

Por tanto, la contratación pública puede definirse como una unidad de procedimientos para que la obligación de licitar se constituya con mecanismos rápidos. La Ley 8.666/93 –estatuto de las licitaciones y contratos– regula sus procedimientos.

En consecuencia, las licitaciones no serán siempre iguales, puesto que varían en virtud de ciertas exigencias de regímenes jurídicos diversos que dan lugar a sus diferentes tipos y modalidades. Entonces las modalidades son de varios tipos de licitaciones conforme a los regímenes jurídicos correspondientes; así, las modalidades de licitaciones varían de acuerdo con las formalidades y la cantidad²⁷.

La necesidad de licitar está prevista en la Constitución Federal de 1988, de acuerdo con el artículo 37, apartado XXI²⁸, que establece que todos los contratos públicos, por regla general, tienen la obligación de ser realizados por medio de un proceso de licitación. Es importante citar las excepciones previstas a la obligación de licitar, es decir, se trata de los casos en que la licitación es prescindible o inaplicable, debiendo el órgano público justificar los motivos de no haber licitado, ya que dicha conducta refuerza el carácter obligatorio de los procesos según Juruena y Marques (2016).

26 JURUENA, C.G. & MARQUES, M.P., “Casos emblemáticos envolvendo o controle de licitações públicas de municípios da região do vale do Rio Pardo: uma análise a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F. & Juruena, C.G. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

27 GASPARINI, D., *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2002.

28 Artículo 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios obedecerá a los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, al siguiente: [...] XXI - resaltados los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los competidores, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenidas las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, el cual sólo permitirá las exigencias de calificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones. (BRASIL. Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, cit.).

El artículo 3 de la Ley 8.666/93²⁹ expone que las licitaciones están destinadas a garantizar el cumplimiento del principio constitucional de isonomía, al seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración, con el objetivo de promover el desarrollo nacional sostenible. Destacan Fraga y Nunes (2016) que, al leer el texto constitucional, se interpreta que todo servicio público prestado en el país debe respetar los principios de legalidad, imparcialidad, moralidad, publicidad y eficiencia, teniendo en cuenta la finalidad pública resultante. Además, son objetos susceptibles de licitación las obras y servicios, las compras, las ventas de bienes, las concesiones y permisos de servicios públicos, los arrendamientos de bienes públicos, las concesiones y los permisos para el uso privado de un bien público.

De este modo, el objeto de una determinada licitación muestra dos formas en las que puede ser licitado, siendo estas: el edicto, por regla general, o por medio de la modalidad de carta invitación, de acuerdo con el artículo 22, §3, de la Ley 8.666. El procedimiento de licitación, conforme al artículo 38 de la Ley 8.666/93, comienza con la apertura del proceso administrativo, que contiene la breve descripción del objeto que se licitará y el propio recurso para el gasto³⁰.

Después de la fase interna, de acuerdo con los autores, se inicia la fase externa del procedimiento licitatorio, que comienza en el momento en que la licitación pasa a ser pública. Por lo tanto, la primera etapa de esta fase se configura por la publicación y difusión del acto de convocatoria, por lo que el artículo 43 de la Ley 8.666/93 regula todos los actos de la fase externa. El primero de ellos es la apertura de los sobres que contienen la documentación para la calificación de los concurrentes. En segundo lugar, la devolución de los sobres a los concurrentes que no hayan sido habilitados, siempre que no haya recursos. En tercer lugar, la apertura de los sobres de aquellos que fueron habilitados. En cuarto lugar, la verificación de la conformidad de cada propuesta y cumplimiento de los requisitos del pliego. En quinto, se produce la valoración y la clasificación de las propuestas. Por último, la deliberación de la autoridad competente para la homologación y adjudicación del objeto de dicha licitación³¹.

En consecuencia, de acuerdo con las necesidades de la Administración pública, esta podrá utilizar diversas modalidades para la ejecución de la licitación, que son: la concurrencia, cotización de precios, la invitación, el concurso y la subasta, según lo dispuesto en el artículo 22, puntos I a V, de la Ley 8.666/93, así como las modalidades de puja a la baja, con disposición legal en la Ley 10.520 de 17 de julio de 2002, y el régimen diferenciado de contratación, previsto en la Ley 12.462 de 4 de agosto de 2011.

La modalidad de concurrencia está prevista en el párrafo 22, §1, de la Ley 8.666/93, y se considera como la modalidad más compleja de licitaciones. Se puede utilizar en cualquier tipo de contrato, incluida la venta de bienes y derechos, siendo obligatoria para obras y servicios

29 Artículo 3. La licitación está destinada a garantizar la observancia del principio constitucional de la isonomía, la selección de la propuesta más ventajosa para la administración y la promoción del desarrollo nacional sostenible y será procesada y valorada en estricta conformidad con los principios básicos de legalidad, de impersonalidad, de moralidad, de igualdad, de publicidad, de probidad administrativa, de vinculación al instrumento convocatorio, de la valoración objetiva y de los que les corresponden. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo de 2018)).

30 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20.ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.

31 BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.

de ingeniería cuando el valor exceda de R\$ 1.500.000,00 o para compras y servicios que excedan de R\$ 650.000,00.

El artículo 22, § 2, de la Ley 8.666/93 establece el método de cotización de precios, proporcionando contratos de obras, servicios y compras de menor tamaño que los requeridos en la modalidad de concurrencia³². Es decir, compras y servicios por un valor de hasta R\$ 650.000,00 y servicios de ingeniería que no excedan de R\$ 1.500.000,00. Aquí sólo pueden participar los registrados anteriormente o que hayan cumplido los requisitos de participación hasta 48 horas antes de la fecha programada.

Por otro lado, la modalidad de invitación está prevista en el artículo 22, §3 de la Ley 8666/93, y se utiliza en la contratación de un valor inferior, el cual tiene un procedimiento más simple, es decir, valores de hasta 80.000,00 y de obras y servicios de hasta 150.000,00. Sólo podrán participar los invitados por la Administración pública y otras partes interesadas que estén registradas y que soliciten la extensión de la invitación hasta 24 horas antes de la presentación de las ofertas.

La modalidad de licitación concursal está destinada a la atribución de la selección de producción intelectual o de premio, es decir, tiene el objetivo de elegir trabajos científicos, técnicos o artísticos, de acuerdo con el artículo 22, §4, de la Ley 8.666/93. Y la modalidad de subasta se utiliza para la venta de bienes y el derecho al precio más alto, según lo dispuesto en el artículo 22, § 5, de la Ley 8.666/93. La modalidad de puja a la baja fue establecida por el MP 2.026/2000, modificada por la Ley 10.520/2002, que establece normas generales, de carácter nacional, en materia de licitaciones públicas. Por lo tanto, en esta modalidad es utilizada –por la Unión, por los estados, el Distrito Federal y los municipios– para la adquisición de bienes y servicios comunes, con cualquier valor de contrato³³.

La Ley 8.666 de 1993 prevé varios casos en los que la Administración puede o no suspender las licitaciones, haciéndolas dispensables, prescindibles e inaplicables. Los casos de exención se proporcionan en los párrafos 2 y 4 del artículo 17; y el artículo 24 de la Ley 8.666/93³⁴. Los de demora en la ejecución de obras y servicios, de acuerdo con el artículo 8, párrafo único, parte final, de la Ley 8.666/93. Y las situaciones de inaplicabilidad, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 8666/93.

Además, la Ley 8.666 de 1993 no cuenta con muchos mecanismos que faciliten y promuevan la realización del control social³⁵, acompañando los procedimientos de licitación y de los contratos administrativos, pues sólo en su artículo 39³⁶ se prevé que los procedimientos

32 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

33 ALEXANDRINO, M. & PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, cit.

34 El artículo 24 en los apartados I y II prevé los precios para la exención de licitación relacionada con obras y servicios de ingeniería, con valores de hasta R\$ 15 mil; y para compras y servicios, valores de hasta R\$ 8 mil.

35 Tiene como lógica la subsidiariedad en sentido horizontal, para que la sociedad puede controlar los contratos, buscando el perfeccionamiento de la democracia representativa. Así, se aplica la lógica de la subsidiariedad para tener mayor competencia y controlar los contratos a través de instrumentos de control social, por lo tanto, por medio de audiencia pública.

36 Artículo 39. Siempre que el valor estimado para una licitación o para un conjunto de licitaciones simultáneas o sucesivas sea mayor a 100 (cien) veces el límite establecido en el artículo 23, apartado I, letra “c” de esta ley, el proceso de licitación se iniciará, obligatoriamente, con una audiencia pública por parte de la autoridad responsable, con una antelación mínima de 15 (quince) días hábiles desde la fecha prevista de la publicación del aviso público, y divulgada con una antelación mínima de diez (10) días hábiles desde su realización, por los mismos medios previstos para la publicidad de la licitación, a la que tendrán acceso con derecho a toda la información pertinente y a manifestarse

de licitación comiencen a través de una audiencia pública únicamente para los casos en que los valores excedan de R\$ 150.000.000,00.

La previsión de una audiencia pública, obligatoria y previa a la publicación del edicto en las licitaciones de valores más elevados, busca aumentar el acceso a la información sobre los contratos que serán firmados con la Administración. Sin embargo, a nivel local, se percibió que el control social y la expansión del acceso a la información, a través de audiencias públicas, es frágil, ya que sólo está permitido para procesos de licitación con valores muy altos, por lo que se demuestra el descuido con los procesos licitatorios que involucran valores menores, los cuales, frecuentemente, son utilizados por los gestores municipales, de modo que tal hecho puede perjudicar a la población en los municipios.

También se debe señalar que, dado que Brasil se compone de 5.570 municipios, donde, en su mayoría, tienen un presupuesto con montos pequeños e inferiores a la cantidad prevista como requisito para el inicio del proceso de licitación a través de audiencia pública, se dificulta el control y el acceso a la información de estos ciudadanos sobre las licitaciones de valores pequeños.

La Constitución Federal de 1988 prevé, como organismo público y de control, el Tribunal de Cuentas, especializado en asistir y orientar al Poder Legislativo en el ejercicio del control externo del gasto público, en relación con las actividades presupuestarias, contables y financieras, en relación con la legitimidad, legalidad, economía, puntualidad, eficiencia y propósito, sin estar subordinado al Poder Legislativo, conforme al artículo 71 de la Constitución³⁷.

La Ley 8.666 de 1993 aborda todas las particularidades relacionadas con la licitación y, cuando menciona el control externo de estas, establece criterios como el control de la legalidad, la regularidad del gasto y su ejecución, y especialmente la lucha contra las irregularidades en la ejecución de dicha ley, al amparo de los preceptos constitucionales³⁸. Es importante destacar que tales criterios están específicamente previstos en el artículo 113³⁹ de dicha ley.

En este sentido, la Constitución del Estado de Rio Grande do Sul enumera las atribuciones del Tribunal de Cuentas del Estado en el ejercicio del control externo, de acuerdo con el artículo 71. De este modo, Camargo y Antonello (2016) explican que la Constitución del Estado garantiza un amplio poder para investigar, examinar y requerir los elementos necesarios para el ejercicio de sus funciones, prohibiendo la ocultación de información, derivada de la confidencialidad, de ahí que se cultive la transparencia de los actos de la Administración pública como forma de ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información.

todas las partes interesadas. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

37 JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12.ª ed., Rev., Actual. y ampliamente, Revista de los Tribunales, São Paulo, 2016.

38 CAMARGO, D.A. & ANTONELLO, I.P., "O caso de inexigibilidade de licitação na região oeste: uma análise jurisprudencial do TJ/RS e do Licitacão como forma de monitoramento das licitações", Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G. & Giacobbo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa del Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

39 Artículo 113. El control de los gastos derivados de los contratos y otros instrumentos regulados por esta ley lo llevará a cabo el Tribunal de Cuentas competente, de conformidad con la legislación pertinente, siendo los organismos interesados de la Administración responsables de demostrar la legalidad y la regularidad de los gastos y de la ejecución, de conformidad con la Constitución y sin perjuicio del sistema de control interno previsto en el mismo. (BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, cit.).

En el ejercicio de sus competencias, el Tribunal de Cuentas tiene varios mecanismos y herramientas para ejercer la fiscalización de los actos de la Administración pública, de los gestores públicos, de las licitaciones y de los contratos.

El Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul, en el uso de sus facultades, creó LicitaCon, que es una importante herramienta sistematizada que contribuye de manera significativa a la supervisión y seguimiento de las licitaciones y los contratos administrativos firmados por órganos, entidades y poderes en los ámbitos público, municipal y estatal de Rio Grande do Sul.

Por lo tanto, la Resolución 1.050 de 2015 del Estado de Rio Grande do Sul prevé el envío y puesta a disposición, a través del Sistema de Licitación y Contratos - LicitaCon, de datos, información y documentos relacionados con licitaciones y contratos administrativos de los poderes, órganos y jurisdicciones del Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul. En consecuencia, el artículo 2 de la resolución mencionada establece que dicho sistema informatizado está destinado a enviar información, datos y documentos relacionados con licitaciones y contratos, buscando el ejercicio efectivo del control externo y la disponibilidad de información a la sociedad, facilitando y fomentando el control social.

Por todo lo anterior, merece la pena mencionar los proyectos de ley relacionados con la nueva Ley de licitaciones –Proyectos de leyes 1.292 de 1995; 6.814 de 2017 y otros 230 anexos– del Congreso Nacional, para modernizar licitaciones y contratos. Estos proyectos derogan las leyes vigentes que regulan las licitaciones y contratos (Ley 8.666/93), puja a la baja (Ley 10.520/02) y el régimen diferenciado de contratación (Ley 12.462/1). El proyecto de ley utilizado como base para la redacción final es PL 6.814/17.

De este modo, en el análisis del Proyecto de Ley 6.814 de 2017, son fácilmente identificables varias innovaciones, en comparación con la ley actual de licitaciones y contratos, la Ley 8.666 de 1993. En este sentido, una de las innovaciones es la inversión de fases, después de la presentación de propuestas y ofertas, la valoración de propuestas previa a la autorización, según lo previsto en el artículo 15 del Proyecto de Ley 6.814/17⁴⁰. En consecuencia, el proyecto de resolución establece en el capítulo II –fase preparatoria–, en la sección III, los criterios de valoraciones de las propuestas, conforme a lo previsto en los artículos 30 a 35. En el capítulo V se aborda el tema “de la valoración”, entre los artículos 53 y 54. Y, luego, indica los requisitos para la habilitación, comprendidos entre los artículos 55 al 63 de dicho proyecto de ley. Además, existe la obligatoriedad de la contratación del seguro, que viene a garantizar la conclusión de una obra pública cuando la empresa entonces contratada se enfrente a dificultades, conforme a lo previsto en el artículo 19, §2, apartado III⁴¹ del proyecto de ley.

40 Artículo 15. El proceso de licitación cumplirá con las siguientes fases, en el siguiente orden: I - preparatoria; II - publicación del aviso de licitación; III - presentación de propuestas y ofertas, cuando corresponda; IV - valoración; V - habilitación; VI - recurso; VII - aprobación. (CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Ley 6814, de fecha 3 de febrero de 2017). *Establece normas para contratos y contratos de contratación pública y deroga la Ley 8666 del 21 de Junio de 1993, la Ley 10.520 del 17 de Julio de 2002 y las disposiciones de la Ley N° 12.462, del 4 de Agosto de 2011.* Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo de 2018).

41 Artículo 19. El instrumento convocatorio podrá contemplar matriz de asignación de riesgos entre el contratante y el contratado, caso en que el cálculo del valor estimado de la contratación podrá considerar una tasa de riesgo compatible con el objeto de la licitación y los riesgos atribuidos al contratado, de acuerdo con la metodología predefinida por la entidad contratante. [...] § 2 El contrato deberá reflejar la asignación realizada por la matriz de riesgos, especialmente cuando: [...] III - a la contratación de seguros obligatorios, previamente definidos en el contrato y cuyo coste de contratación integrará el precio ofertado. (CÁMARA DE DIPUTADOS, Proyecto de Ley 6814, del 3 de febrero de 2017. *Establece normas para licitaciones y contratos de la Administración pública y revoca la Ley n° 8.666, del 21 de junio de 1993, la Ley n° 10.520, del 17 de julio de 2002, y dispositivos de la Ley n° 12.462, de 4 de agosto de 2011, cit.*)

El texto también pone fin a los proyectos básicos y ejecutivos, introduciendo la figura del proyecto completo, previsto en el artículo 5, apartado XXIII. Otra medida es la reformulación de límites conceptuales de la contratación integrada, que podrá ser utilizada sólo en caso de contratación de obras, servicios y suministros de gran tamaño, conforme al artículo 5, apartado XXX. El referido proyecto de ley trata también de la responsabilidad conjunta y solidaria de la empresa que presta un servicio particular, por los daños causados a la tesorería al contratar la exención o inaplicabilidad de la licitación, con base en el artículo 66.

Además, el Proyecto de Ley 6.814/17 crea la modalidad de diálogo competitivo, que se utiliza en Europa. En este sentido, la Administración promueve el diálogo con los licitadores previamente seleccionados para desarrollar los medios para satisfacer sus necesidades. Al final, los licitadores se presentan a la propuesta final, donde, normalmente, este tipo de licitación será utilizado en casos de innovación técnica o tecnologías restringidas en el mercado, según lo establecido en el artículo 25, ítem VI combinado con el artículo 29.

El Proyecto de Ley 6.814/17 (Nueva Ley de licitaciones), aprobado por el Senado y enviado a la Cámara de Diputados, introduce el uso del arbitraje en los contratos administrativos, incluso cuando se trata de su equilibrio económico-financiero. En consecuencia, los artículos 44-A (aplicable a la contratación bajo el régimen RDC) y el artículo 86, párrafo 3, de dicho proyecto de ley introducen la solución amistosa en los contratos públicos resultantes de los procesos de licitación.

Además, el mencionado proyecto establece un aumento en los montos referidos a la exención de licitación, es decir, aumenta el valor relacionado con obras y servicios de ingeniería de hasta R\$ 15 mil hasta R\$ 60 mil; ya para compras y servicios, los valores aumentan de hasta R\$ 8 mil hasta 15 mil, de acuerdo con las disposiciones en los apartados I y II del artículo 68. Sin embargo, el PL 6.814/17, para los municipios no trae cambios que resuelvan la cuestión del escalonamiento de los municipios, es decir, no establece normas diferenciadas según su tamaño.

La Confederación Nacional de Municipios (CNM) ha presentado demandas a los parlamentarios que integran la comisión mixta para analizar el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva Ley de licitaciones), durante el Consejo Político. Por lo tanto, este documento preparado por el CNM destaca la necesidad de cambios en dicho proyecto con respecto a cuatro puntos.

Uno de los puntos destacados por el CNM es la creación de un sistema electrónico nacional de contratos y licitaciones que contemple los sistemas de contratación pública que generan enormes colas para la ejecución de las ofertas. De esta forma, es importante que se busque una solución integrada y que se elimine en la propia ley, creando un sistema unificado de licitaciones.

Así, la sugerencia de incluir y prever en el PL 6.814/2017 un sistema electrónico nacional integrado de contratos y licitaciones es especialmente importante, ya que la Administración pública carece de dicho sistema. Como se destaca en el documento presentado a los parlamentarios, la existencia de diferentes sistemas de contratación pública no interconectados entre las entidades de Administración pública directa e indirecta conlleva altos costes y dificulta el acceso a todos los proveedores.

Además, la creación de un sistema como este puede facilitar el control de licitaciones públicas y contratos, como ya sucede en el Estado de Rio Grande do Sul, a través del sistema LicitaCon, el cual fue creado y puesto a disposición por el Tribunal Estatal de cuentas, enviando información, datos y documentos relacionados con licitaciones y contratos, con el objetivo de ejercer de forma efectiva el control externo y la provisión de información a la sociedad, facilitando y fomentando el control social.

La segunda demanda indicada por la CNM como susceptible de modificación en el PL 6.814/2017 es la exclusión de la modalidad de invitación, observando que con el surgimiento de la puja a la baja es necesario flexibilizar y democratizar la participación de un número mayor de concurrentes. Se evidencia aún más la necesidad de esta modificación frente a los mecanismos que fueron insertados en el proyecto y las licitaciones en los casos de contratación directa, que pueden generar problemas con la interpretación de la norma. La tercera enmienda dirigida a los parlamentarios es la actualización de los valores de la contratación directa, pues uno de los grandes desafíos y problemas a solucionar es la actualización de los valores en esa modalidad. El valor que está dispuesto en la ley no es suficiente para la adquisición o ejecución de servicios relevantes. Y la última trae la exclusión de la publicación en periódico de gran difusión, observando los criterios de economía y transparencia de los actos administrativos.

Por tanto, el enfoque de las contribuciones de la nueva ley de contratación pública en España tiene como objetivo realizar aportaciones para el debate sobre la nueva regulación de la contratación pública en Brasil, de acuerdo con el PL 6.814/2017, centrándose en concreto en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales.

4 Las contribuciones de la nueva ley de contratación pública de España como aportación al debate del nuevo reglamento de los contratos en Brasil: un enfoque en la diferenciación de requisitos en virtud del tamaño de la población de las entidades locales

En el análisis de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de 2017, que trata de los contratos del sector público en España, el cual entró en vigor el 8 de marzo de 2018, transponiendo al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, fue posible verificar que la ley aporta diferencias en la contratación a entidades locales con menos habitantes.

Así, la legislación española es aplicable a entidades locales con menos de 20.000 o menos de 5.000 habitantes, y estas normas se encuentran en la disposición adicional segunda (competencias contractuales en entidades locales) y en la disposición adicional tercera (normas específicas de contratación pública en las entidades locales).

De acuerdo con la directiva adicional 2, en el párrafo 12 de la LCSP (DA 2, §12 LCSP), las entidades del sector público que no cumplan con el estatuto de la Administración pública local se regirán por las disposiciones generales de la ley. Cabe señalar que dichas reglas relativas a las administraciones públicas locales se aplican a municipios con diferentes tamaños.

Regap



NOTAS

De esta forma, se pueden encontrar en la LCSP varias reglas que establecen diferenciaciones a los municipios con población inferior a 5.000 habitantes. En este sentido, DA 2.^a, §3 de la LCSP aborda que se aplica el régimen común previsto para los municipios a estos. Además, la competencia se atribuye al pleno para autorizar la redacción y la licitación de proyectos independientes, relativos a cada parte de una obra en que el período de ejecución sobrepase el presupuesto anual, siempre que sea probable que se utilicen por separado o se definan de manera considerable.

Con respecto a las competencias en materia de contratación, la DA 2, §6 de la LCSP, con el fin de facilitar la contratación de municipios con menos de 5.000 habitantes, establece que las entidades contratantes puedan ser organismos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la LCSP mediante acuerdos al efecto, y que igualmente es posible celebrar acuerdos para la gestión de procedimientos de contratación para disputas provinciales o para comunidades autónomas de naturaleza uniprovincial.

En este mismo sentido, se puede citar la DA 3, §10, de la LCSP: las entidades locales, sin perjuicio, pueden adherirse al sistema de contratación centralizada y de las centrales de contratación de las comunidades autónomas y de otras entidades locales, y aun a centrales de contratación creadas por asociaciones de entidades locales.

En cuanto a la aprobación de gastos, la D.A. 3, § 4, de la LCSP establece que, en los municipios con menos de 5.000 habitantes, puede ser reemplazado por un certificado de crédito emitido por el secretario auditor, o si procede, por el auditor de la empresa.

Con respecto a los contratos de obras firmados por los municipios con hasta 5.000 habitantes, la LCSP, en la D.A. 3, §7, establece que si la financiación excede el presupuesto anual, se pueden elaborar proyectos independientes para cada parte de la obra, siempre que sean susceptibles de uso separado en el sentido de uso general o de servicio, o puede ser definido de manera sustancial. La ejecución de cada uno de los proyectos puede estar sujeta a un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 y 101 de la LCSP.

Además, en relación con los municipios con una población de hasta 20.000 habitantes, la LCSP, en la DA 3, §11, establece que pueden licitar contratos sin estar sujetos a la regulación armonizada de la concesión de servicios relacionados con la gestión de dos o más servicios públicos, siempre que la anualidad contractual media no supere los 200.000 euros y que el órgano de contratación justifique en el registro de contratación esta decisión en función de la necesidad objetiva de proceder con la gestión unificada de estos servicios. En cualquier caso, la lista de cláusulas administrativas específicas debe concretar el alcance funcional y territorial del contrato de concesión del servicio.

Además, es importante señalar que la nueva legislación española que regula los contratos del sector público (Ley 9/2017) también establece regulaciones generales como instrumentos para la formulación de políticas públicas. Es decir, se busca utilizar los contratos públicos como herramientas para la implementación de políticas públicas, especialmente a nivel local, lo que crea un amplio espacio para la elaboración de contratos públicos que apuntan a esta finalidad.

Como se puede ver en el capítulo anterior, el Proyecto de Ley 6.814/2017, que trata de la nueva Ley brasileña sobre licitaciones y contratos públicos, no diferencia el tamaño y la estructura de los municipios, como lo hace la legislación española. Se puede observar en el proyecto de ley brasileño que esto no trae ninguna mejora que resuelva la cuestión del escalonamiento de los municipios, es decir, no establece normas proporcionales que atiendan a las potencialidades locales en licitación y contratación en los municipios de acuerdo con su tamaño y densidad de población.

5 Consideraciones finales

Esta investigación ha tenido como objetivo analizar el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva ley de licitaciones), verificando las modificaciones que son propuestas para ser insertadas en el ordenamiento brasileño y si tales modificaciones supondrían una mejora en las licitaciones y los contratos públicos en el ámbito local. Igualmente, se buscó analizar los tipos de contribuciones que la Ley 9/2017 de contratos del sector público de España podrían suponer para la mejora de las contrataciones realizadas por los municipios.

En el transcurso de este trabajo se verificó que el principio de subsidiariedad sirve de base teórica, retratando las necesidades de la descentralización y fortaleciendo también los ideales del federalismo en Brasil, pues este, a partir de la Constitución Federal de 1988, trajo innovaciones al elevar y considerar a los municipios como entes federados, dotados de autonomía, la cual permite que los entes locales realicen contrataciones públicas de modo autónomo.

En cuanto a las directrices de la contratación pública local en Brasil, podemos extraer del análisis comparativo entre la Ley de licitación actual (8.666/93) y el Proyecto de Ley 6.814/2017 (nueva ley de licitación), que puede incluir las siguientes innovaciones: la inversión de las fases, es decir, después de la presentación de las propuestas y ofertas, las propuestas deben ser valoradas antes de la autorización; el requisito de contratar un seguro obligatorio que sirva de garantía para la realización de un trabajo público cuando la empresa contratada entre en dificultades; el texto también pone fin a los proyectos básicos y ejecutivos, que son reemplazados por el proyecto completo; otra modificación de los límites conceptuales de la contratación integrada.

Además, el proyecto de ley establece la responsabilidad solidaria para la empresa que preste un determinado servicio y cause daños al erario en la contratación por exención o inaplicabilidad de la licitación; la creación de un diálogo competitivo entre los licitadores previamente seleccionados; el uso del arbitraje en los contratos administrativos; y también prevé un aumento en los importes referidos a exención de licitación.

En este sentido, la Confederación Nacional de Municipios presentó las pertinentes solicitudes a los parlamentarios, con la intención de lograr modernizaciones en la legislación que satisfagan las necesidades de los gerentes locales. Por lo tanto, estas peticiones se refieren a la sugerencia de crear un sistema electrónico nacional integrado de contratos y licitaciones públicas; la exclusión de la modalidad de invitación; la actualización de los valores de contratación directa (exención); y la exclusión de la publicación en un periódico de gran difusión.

En vista de lo anterior, se verificó que el proyecto de ley tiene varios defectos, además de que no aporta ninguna mejora que resuelva el problema del escalonamiento municipal, es decir,

regap



NOTAS

no busca establecer normas proporcionales que cumplan con el potencial a nivel local en licitación y contratación en los municipios de acuerdo con su tamaño y densidad de población.

Además, está claro que el proyecto de ley sigue presentando carencias de mecanismos que faciliten e impulsen el control de la sociedad. En consecuencia, el proyecto de la nueva ley de licitaciones, que es idéntico a la Ley 8.666/93, es especialmente impreciso en asuntos relacionados con el control social, en el ámbito municipal, previendo la opción de la audiencia pública, para valores elevados, en una realidad que está lejos de la situación actual de los municipios, sin extender esa posibilidad a las licitaciones de pequeño valor. Además, dicha ley presenta fallos al no proporcionar mecanismos o herramientas específicas para el control de los contratos administrativos.

Sin embargo, vale la pena señalar que LicitaCon es una herramienta sistematizada desarrollada por el Tribunal de Cuentas del Estado de Rio Grande do Sul, y es importante que contribuya significativamente a la supervisión y seguimiento de las licitaciones y los contratos administrativos firmados por las entidades y poderes en los ámbitos público, municipal y estatal de Rio Grande do Sul.

Entonces, para responder al problema del estudio que se basa en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que trata sobre los contratos del sector público en España, han surgido las siguientes preguntas: a) ¿Qué trato da esta norma a las entidades locales, en particular si establece criterios diferenciados en cuanto al tamaño de la población de los municipios? Además, ¿cómo puede esa legislación contribuir a cambios en la legislación brasileña sobre licitaciones y contratos administrativos?

Se pudo verificar que la legislación española sobre contratos del sector público establece directivas diferenciadas adicionales, buscando la mejor asistencia a las necesidades municipales, de acuerdo con el número de habitantes; es decir, entidades locales que presentan población de hasta 5.000 habitantes o hasta 20.000 habitantes tienen apoyo en la legislación a través de normas específicos para ellos.

Asimismo, se analizó que, por lo general, la referida norma establece instrumentos para la formulación de políticas públicas, buscando el uso de contratos públicos como herramienta para la implementación de políticas públicas, especialmente a nivel local.

En este sentido, dicha norma puede contribuir a la legislación brasileña sobre licitaciones y contratos administrativos, en cuanto a que el Proyecto de Ley 6.814/2017 carece de regulaciones para los municipios que tienen un bajo número de habitantes, en los cuales, en los procesos burocráticos de las licitaciones y contratos, existe una dificultad para satisfacer las necesidades de manera rápida y efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDRINO, M., y PAULO, V., *Direito administrativo descomplicado*, 20.ª ed. rev. e atual, Método, Rio de Janeiro, 2012.

ALMEIDA, F. D. M., *Competências na Constituição de 1988*, 2.ª ed., Atlas, São Paulo, 2000.

- BARACHO, J. A. O., *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*, Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- BARROSO, L. R., *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2011.
- BITENCOURT, C. M., y RECK, J. R., "A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto", Costa, M. M. M. da y Leal, M. C. H. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, EDUNISC, Santa Cruz do Sul, 2014.
- BRASIL, Constituição, *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, DF, Brasília, 5 oct., 1988. Disponible en <http://www.planalto.gov.br> (28 de mayo de 2018).
- BRASIL, *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artículo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de mayo de 2018).
- CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Projeto de Lei 6814, de 03 de fevereiro de 2017. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm (28 de maio de 2018).
- CAMARGO, D.A., y ANTONELLO, I.P., "O caso de inexigibilidade de licitação na região oeste: uma análise jurisprudencial do TJ/RS e do LicitaCon como forma de monitoramento das licitações", Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F., Juruena, C.G., y Giaccobo, G.E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- CARVALHO, K.G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo*, 15.ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, *Lei de Licitações: CNM entrega demandas a parlamentares durante Conselho Político*, de 4 abril de 2018. Disponible en: <http://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/lei-de-licitacoes-cnm-entrega-demandas-a-parlamentares-durante-conselho-politico> (1 de junio de 2018).
- ESPAÑA, *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE*, 26 de febrero de 2014. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>. (28 de mayo de 2018).
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, *Constituição (1989). Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*, 3 de outubro de 1989. Disponible en: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358 (30 de mayo de 2018).

Regap



NOTAS

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, *Tribunal de Contas do Estado. Resolução n. 1050/2015. Dispõe sobre o envio e a disponibilização, por meio do Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon, de dados, informações e documentos relativos a licitações e contratos administrativos dos poderes, órgãos e entidades jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.* Disponible en: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/jurisdicionados/sistemas_controle_externo/licitacon/legislacao/Resolucao_1050.pdf (30 de mayo de 2018).

FRAGA, J. M., y NUNES, L. F., “A fiscalização e o controle dos atos da administração pública nas licitações municipais: uma breve introdução aos estudos de caso”, Hermany, R., Etges, F. M., Nunes, L. F., Juruena, C. G. y Giacobbo, G. E. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

GASPARINI, D., *Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2002.

JURUENA, C.G. y MARQUES, M.P., “Casos emblemáticos envolvendo o controle de licitações públicas de municípios da região do vale do rio pardo: uma análise a partir da jurisprudência do tribunal de justiça do rio grande do sul”, Hermany, R., Etges, F.M., Nunes, L.F. y Juruena, C.G. (orgs.), *Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública*, 2 V., Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

JUSTEN FILHO, M., *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14.^a ed., Dialética, São Paulo, 2010.

JUSTEN FILHO, M., *Curso de direito administrativo*, 12.^a ed., rev., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

KRELL, J.A., *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*, Oficina Municipal, São Paulo, 2003.

KRELL, J.A., *Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

MARTINS, M.S.D’O., *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, Coimbra, Coimbra, 2003.

MEIRELLES, H. L., *Direito Municipal Brasileiro*, 10.^a ed., Malheiros, São Paulo, 1998.

MEIRELLES, H. L., *Direito administrativo brasileiro*, 36.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2010.

MORAES, A.de, *Direito constitucional*, 27.^a ed., rev. e atual, Atlas, São Paulo, 2011.

TAVARES, A. R., *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

TORRES, S. F., *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

ZIMMERMANN, A., *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.