

LICITACION Y ADMINISTRACION INDIRECTA

LUCIA VALLE FIGUEIREDO

Profesora Asistente de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo

1. El tema propuesto pretende, inicialmente, indagar acerca de su alcance.

Ante dos capítulos del Derecho Administrativo como son —“licitación” y “administración indirecta”— tan sólo nos limitaremos con este título a plantear la cuestión de cuál es la aplicación del instituto de la licitación en la administración indirecta. Desde luego, hemos de definir la Administración Indirecta para poder después trazar algunos parámetros dentro de una clasificación metodológica, sin ningún compromiso con el derecho positivo.

2. Si admitimos que las autarquías forman parte de la Administración indirecta por estar revestidas de personalidad jurídica, aunque de derecho público, y, por consiguiente, son centros de imputación, todavía tendremos incuestionablemente situaciones diferentes, toda vez que las autarquías están incluídas en la obligatoriedad de licitar por disposición expresa de la ley específica sobre licitaciones.

3. Conviene, así, destacar las autarquías de la administración indirecta, por más que el DL Federal Nº 200/67 las coloque lado a lado con las empresas públicas y sociedades de economía mixta.

Las autarquías, en realidad, son administración directa, aunque descentralizada. Están sometidas al mismo régimen jurídico de la Administración central, gracias a su personalidad jurídica.

Para nosotros, Administración indirecta es aquella cuya gestión se efectúa por medio de personas jurídicas, destacadas también de la Administración Central, pero estructuradas de forma diversa, en los moldes de las personas de derecho privado, a pesar que no se subsuman totalmente en el régimen del derecho privado.

*Conferencia pronunciada en Belo Horizonte, en el Seminario sobre Licitación, patrocinado por la Fundación Dom Cabral (octubre 1978).

4. Dicho esto, pasemos ahora a definir la licitación, aunque de una forma sencilla, y a discurrir sobre sus principios básicos.

Licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona sus proveedores, sus contratistas para obras o servicios, o finalmente, enajena bienes.

5. Siguiendo la ruta de J. R. Dromi, los principios fundamentales de la licitación son la igualdad y la concurrencia.¹

De esos dos principios, añadiríamos nosotros, dimanan todos los otros, enumerados, hasta a veces, con demasiada profusión por diversos autores. Todavía podríamos agregar el de la moralidad administrativa, cobijado expresamente en el art. 82, inc. v del texto constitucional. Sin embargo, ello se tornaría innecesario, desde el momento en que, con los principios ya enumerados, podemos explicar por qué se obliga la Administración a licitar y cuándo tórnase dispensable tal procedimiento.

6. Dar a todos un tratamiento isonómico —principio este garantizado por la Constitución—, refleja el contenido del principio de igualdad. No cabe aquí disertar sobre el concepto de la igualdad—su connotación o denotación— porque sería salir del tema.

Empero, no sería abusivo anotar tan sólo una síntesis feliz de C. A. Bandeira de Mello, sobre el referido principio, resumido así: “El punto primordial para examinar la corrección de una regla referente al principio isonómico reside en si hay o no correlación lógica entre el factor erigido como criterio de discernimiento y la discriminación legal decidida en función de él”.²

Cuando se respeta el principio de la concurrencia o competición, la Administración tiene la posibilidad de conseguir mejores contratos. Por ende, si habláramos de la publicidad, de la fiscalización de los términos del pliego de condiciones, de la confluencia donde se encuentra la Administración con lo que fue previamente establecido, serían, a nuestro parecer, corolarios lógicos emanados del respeto a esos principios enumerados arriba.

En síntesis, entendemos que podemos desdoblarse los principios de la licitación, pero en último análisis, quedarían todos reducidos a los dos ya citados.

¹Vid. J. R. Dromi, *La licitación pública*. Astrea. Buenos Aires. 1975.

²C. A. Bandeira de Mello, *El contenido jurídico del principio de igualdad*, en Anuario de Derecho Administrativo (ADA) (1977/78), 7-29.

7. Las entidades públicas y sociedades de economía mixta, administración descentralizada según algunos, indirecta según otros, o entidades paraestatales conforme a H. Meirelles, todavía constituyen motivo para intensa meditación e indagación, no sólo en el derecho brasileño, sino también en el europeo o sudamericano. Una vez más, en el Curso sobre "El Derecho Administrativo en Latinoamérica" realizado en Bogotá (julio 1978) pudimos comprobar la veracidad de tal aseveración, en los trabajos presentados, como los de Dromi, Consuelo Sarría, Ferraz, y Tafur Galvis.³

La premisa, pues, a la que se necesita llegar para entender que están obligadas o no a licitar, es básicamente la de establecer si el rótulo de personalidad privada que se les atribuyó está o no en consonancia con el contenido jurídico que poseen.

8. Las definiciones del DL 200 sobre empresas públicas y sociedades de economía mixta, preséntanse totalmente inaprovechables para solucionar el problema, ya que, de acuerdo con aquel texto legal, únicamente se las podría insituir para explorar actividades económicas, lo cual en la realidad es excepcional.

Ahora, bien sabido es que las empresas públicas y sociedades de economía mixta, formas modernas de actuar de un Estado intervencionista, son creadas casi en el 90% de los casos, para ejecutar servicios públicos. Por lo tanto, vamos a definir las tan sólo en términos lógico-jurídicos, con el fin primordial de intentar el velo de oscuridad, donde se hallan sumergidas: "Empresa pública es el cometido estatal dotado de personalidad jurídica, para conseguir un fin público, bajo un régimen jurídico con características propias, todavía no rotulado y que representa en realidad una simbiosis entre el público y el privado cuando para ello el Estado se encuentra expresamente autorizado por ley." "Sociedad de economía mixta también es un cometido estatal personalizado y asociado a capitales particulares, para conseguir finalidades públicas, revistiéndose con la forma de sociedad anónima, pero sometida también en ciertos aspectos al régimen jurídico administrativo."⁴

9. Debemos admitir desde luego que las empresas públicas y las

³El derecho administrativo en Latinoamérica. Edic. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 1978, 239-280; 361-374; 345-360; 387-408, respectivamente.

⁴Vid. nuestro *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*. Edit. Revista dos Tribunais. Sao Paulo. 1978, 82.

sociedades de economía mixta erigidas a modo de *longa manus* estatal para ejecutar servicios públicos tendrán un régimen jurídico en cierto modo diferente de las empresas que se hallan interfiriendo en el dominio económico, ya reemplazando la actividad privada, ya completándola, conforme al Art. 170 de Constitución Federal.

La distinción es de relieve, porque si pueden ser constituidas ejecutoras de servicios públicos en un nivel estatal y municipal, es porque compete al Estado y Municipios organizar sus servicios públicos de la manera que les convenga. Evidentemente, quedan coartadas por los propios límites normativos. Entendemos además que, aun cuando la actividad económica es medio de instrumentación de un servicio público, sería perfectamente lícita la organización de esas entidades en un nivel estatal y municipal.⁵

De manera que prescindimos totalmente del citado DL 200 para comprender que se infiere del sistema la posibilidad de crear empresas públicas y sociedades de economía mixta como instrumentadoras de la acción estatal. De dicho DL sería igualmente lícito tanto a los Estados como a los Municipios, establecer por ley dichas empresas.

10. Por consiguiente, una vez establecida la premisa básica de sus regímenes jurídicos, no causará ninguna sorpresa aseverar que a las referidas empresas se les aplica los principios de la licitación. Sin embargo, si quedásemos con el rótulo que se les atribuyó —entidades de derecho privado— claro está que tal aseveración podría producir cierta extrañeza dentro del régimen de derecho privado. ¿Por qué se habrían de someter a los principios de licitación si están beneficiadas con un régimen de derecho privado? ¿No deberían obrar libremente sin los obstáculos que la cosa pública trae consigo incontestablemente?

Desde luego, tórnase de capital importancia llegar a la convicción de que las empresas públicas y las sociedades de economía mixta actúan en un terreno movedizo, lindante entre el público y el privado, donde se entrelazan, como dice muy bien C. A. Bandeira de Mello, los dos ramos del derecho, independiente de cualquier rótulo que lleven.

⁵O. Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo* (2 vol.). Edit. Forense, Rio de Janeiro, II (1974) 256-259.

Recientemente, en Bogotá, S. Ferraz⁶, al tratar sobre la fiscalización de dichas empresas, las connota como personalidad jurídica mixta.

11. Las empresas públicas y las sociedades de economía mixta, como trabajan usando los recursos públicos en gran escala, deben, a nuestro juicio, total sumisión a los principios de licitación (no al procedimiento formal de la ley específica) independientemente de tal obligación esté o no expresamente señalada, ya en la ley que las haya creado, ya en el DL complementario (como en el DL N° 7/67 del Estado de Sao Paulo) o en una ley municipal.

En sentido contrario se ha manifestado Lopes Meirelles, si bien admitiendo que por ley especial o por estatutos para empresas públicas y sociedades de economía mixta se podría consagrar la obligatoriedad del procedimiento, aunque con normas diversas de las utilizadas por la Administración centralizada y autárquica. En una conferencia pronunciada en Belo Horizonte (1977) también aseguró que no hay exigencia de licitación para dichas empresas. Pero llega a afirmar que sería deseable si acataran los principios de la licitación, una vez que tratan directamente con el tesoro público.⁷

Admitiendo la hipótesis de que se sometan a los principios de la licitación, vienen al caso las siguientes interrogantes:

1. ¿Qué son los principios de la licitación? 2. ¿De qué manera se expresan? 3. ¿Las empresas públicas y las sociedades de economía mixta deben obedecer los límites impuestos a la Administración Central ya autarquías, límites estos que determina las modalidades de licitación? 4. ¿Cómo se establecen las hipótesis de la dispensa?

12. Al no existir obligatoriedad de determinadas reglas específicas de licitación, por ausencia de texto legal propio, las sociedades de economía mixta y las empresas públicas quedarían obligadas a participar en licitaciones de acuerdo a los principios básicos de ese instituto. Si no, veamos. Cualquier procedimiento de licitación que no lleve asegurado en su pliego de condiciones el cabal cumpli-

⁶S. Ferraz, *El control de las empresas públicas*, en *El derecho administrativo* cit. 345-360.

⁷H. Lopes Meirelles, en *Direito municipal* (3ª ed.) Rev. dos Tribunais. Sao Paulo. 1977, 490; también *Licitacao e contrato administrativo* (3ª ed.). Rev. dos Tribunais. Sao Paulo. 1977, 95-98; y *A licitacao nas entidades paraestatais*, en Rev. do tribunal de contas do distrito federal (Brasilia) 7 (1978) 43-50.

miento de la igualdad, brindando así la posibilidad para que afluyan a la licitación aquellos que se encuentren en condiciones de participar, por hallarse dentro de los requisitos preestablecidos, no sería licitación, y sí un mero ardid. Dígase lo mismo con relación a la puja. Sin disputa no puede haber licitación; tampoco la Administración podría conseguir mejores contrataciones, satisfaciendo así la moralidad administrativa.

La competición, basada en la más antigua de las leyes, la de la oferta y la demanda, es la que puede traer la posibilidad de una selección más amplia y en mejores condiciones.

De aquí se infiere que la sujeción a los principios de la licitación —compendiados en la concurrencia con sus corolarios lógicos, en la publicidad, en el cumplimiento de los términos del pliego de condiciones, en la moral administrativa, etc., será suficiente, por más que el texto legal expreso no lo obligue. Señala C. A. Bandeira de Mello al respecto: "De lo considerado se concluye que las sociedades formadas con recursos del Poder Público en su mayoría o en su totalidad, se ajustan a los principios fundamentales de la licitación, aun por razones puramente teóricas desentrañadas de sus fisonomías jurídicas."⁸⁻⁹

13. Otro problema que se plantea, y de importancia, es el de saber si los límites que determinan las modalidades de licitación en la Administración central y autárquica, se deben transponer a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, obligándolas a una licitación amplia (la subasta en la Administración central) o todavía más reducida (el convite) donde los eventuales interesados, y solamente ellos, presentan sus propuestas.

Parécenos que sería una incoherencia imponer los mismos límites a la Administración indirecta, en la medida que tal procedimiento produjera exactamente un estorbo a la agilidad de que deben estar dotadas.

Se ha de entender como evidente, que no se asegurarán los principios de la licitación, mientras no se señalen límites previamente,

⁸C. A. Bandeira de Mello, *Sociedades mistas e dever de licitar*, en Rev. de direito publico (Sao Paulo) 34 (1975) 6.

⁹A. De Abreu Dallari, *Licitaciones en empresas estatales*, en Seminario de la Planasa (junio 1978).

prefijándose —también por anticipado— la modalidad o tipo de licitación de la que harán uso.

También deberá ser establecido *a priori* el procedimiento que podrá ser más ágil, dotado que una elasticidad mayor que el de la Administración central.

Ha de hacerse referencia a la ley 6.223/75, la cual, imponiendo la fiscalización de esas entidades por los Tribunales de Cuentas, dejó claro, sin embargo, que tal fiscalización respetaría la forma de actuar de las mismas, con el propósito de no perjudicar sus objetivos, la naturaleza empresarial y la operación según los métodos del sector privado. Por lo tanto, dependiendo del tipo de empresa de que trate —lo que determinará la entidad de las contrataciones— se fijarán los límites dentro de un criterio de razonabilidad.

14. Por otra parte, tratándose de la obligatoriedad de licitar, usando procedimientos propios, que guarden por otra parte consonancia con los principios fundamentales del instituto, tendríamos que abordar el problema de la dispensa de licitar. ¿Habría necesidad de sujetarse a los casos de dispensa establecidos en la ley federal, estatal o municipal?

Aquí, es preciso enfrentar, aunque a "vol d'oiseau", las hipótesis que dispensan la licitación previstas en el DL 200 cit. así como en la ley estatal Nº 89/72.

Comprobamos que esos textos contienen situaciones que representan o una imposibilidad lógica de licitar, o hipótesis donde no se pone en cotejo ni el principio de la isonomía ni el de la concurrencia.

Las hipótesis que dispensan la licitación, señaladas en la ley Nº 89/72 del Estado de Sao Paulo, pueden dividirse en cuatro especies: 1. dispensa en razón del objeto; 2. dispensa en razón de la persona del contratante; 3. dispensa en razón de una situación excepcional y finalmente 4. dispensa en razón de pequeño valor.

Con respecto a la primera hipótesis de dispensa, justo es recordar lo que C. A. Bandeira de Mello ha dicho: "Sólo se licitan cosas homogéneas, intercambiables; no se licitan cosas desiguales". Por ende, hay que convocar la licitación cuando existe un objeto posible de ser licitado.¹⁰

¹⁰H. Lopes Meirelles, *Licitación e contrato* cit. 115; él habla de inexigibilidad de licitación; vid. también Dromi, *ob. cit.* 120, según el cual la licitación de aplica a los contratos susceptibles de tal procedimiento.

15. Hay dos hipótesis en que el objeto no es pasible de ser licitado —ya porque es único o porque es singular. En el primer caso, habría ciertamente una imposibilidad actual de licitar. Si sólo tengo un proveedor exclusivo ¿cómo voy a licitar? Si quiero una determinada pintura de Portinari ¿cómo licitarla? Si deseo adquirir un objeto histórico ¿de qué manera se ha de licitar?

Existen otras hipótesis en que el objeto no es único, pero se reviste de características tales, que su confrontación resulta imposible —surge aquí el objeto singular.¹¹

Queda evidente que la elección no puede recaer sobre un determinado objeto —sea único o singular a guisa de un acto de mero capricho, lo cual aunque sea posible entre particulares, no lo sería para la Administración.

La elección debe guardar una relación de pertinencia lógica con las necesidades administrativas.

De aquí se infiere que la dispensa, cuando ocurre al ser el objeto único o singular, no afronta principio alguno de licitación, pues en ese caso, no se enfrentan los principios de isonomía y de concurrencia.

Considerada la dispensa en razón de la persona contratante, tampoco se puede plantear el problema de la isonomía, puesto que de momento hay una desigualdad —las personas no se pueden encontrar ante una disputa por ser desiguales.

Esto ocurre, tanto en el caso de contrataciones de empresas públicas y sociedades de economía mixta, concesionarios de servicio público y entidades públicas, como también en los casos de notoria especialización, en que existe una singularidad subjetiva —la del ejecutor.

Hay que advertir que tampoco se podría colocar el problema de la competición, pues faltaría sentido lógico si se pusieran en confrontación proveedores de servicio público, entidades públicas, o personas altamente especializadas, como las notoriamente especializadas.

Por ser impertinente al ámbito de este trabajo, no es de nuestra incumbencia entrar aquí a delinear los límites legales que se impondrían a esas hipótesis de excepción.

¹¹Vid. nuestro *Direito dos licitantes e prerrogativas de administração*. Res. Univ. Sao Paulo, 1977, cap. II.

Empero, es necesario señalar que, en las hipótesis de dispensa por motivos de la persona, la licitación sería inútil, imposible o inconveniente.¹²

Con relación a la hipótesis de dispensa por motivo de situación excepcional, una vez que se mantenga y la presuposición factual que la pide, quedaría libre la Administración de licitar, justamente porque el procedimiento se tornaría no aconsejable, puesto que expondría otros valores merecedores de igual tutela, amenazándolos de perecer.

Los casos aquí enfocados son las razones de emergencia, el caso de sigilo por motivo de seguridad nacional, la calamidad pública, la perturbación del orden interior o huelga.

Asimismo, si investigásemos aquí los límites demarcadores del permiso legal, estaríamos sobrepasando con mucho los linderos de esta exposición.

17. Pero, de cierta forma podemos afirmar que todos los casos de dispensa, hipótesis en que se ejercita la competencia discrecional de la Administración, se hallan delimitados justamente por los propios límites de la discrecionalidad.¹³

18. Finalmente, el pequeño valor —última hipótesis de esta lista—, exige la dispensa por fuerza de la necesidad de una maleabilidad mínima que precisa tener la Administración, sumada a la ociosidad de un procedimiento dispendioso y a veces lento.

Pasando a la Administración indirecta, diríamos de la misma manera que exigen dispensa de licitación los casos donde no se pongan en juego los principios fundamentales del instituto o aquellos en que sea imposible la licitación, u ociosa o no aconsejable.

19. Réstanos algunas pequeñas consideraciones sobre los posibles vicios en el procedimiento de la licitación, que no difieren en síntesis de los vicios de cualquier otra licitación, ya sea desarrollada bajo una legislación que se refiera exclusivamente a la Administración descentralizada y autárquica, ya sea con relación a la Administración indirecta.

Todo esto porque solamente será válido aquel procedimiento que guarde absoluto respeto a las fases predeterminadas de la licitación,

¹²O Aranha Bandeira de Mello, *Da Licitação*, Sao Paulo. Bushatsky. 1971: 49.

¹³C. A. Bandeira de Mello, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, en ADA I (1975/76) 443-464.

que atienda los términos del pliego de condiciones, que permita fiscalizar el procedimiento por todos los licitantes, que cumpla todos los requisitos de la publicidad, que contenga por lo menos las cláusulas mínimas de la futura contrata y que brinde pautas objetivas para escoger las mejores propuestas. Es decir, el procedimiento que respete los principios de la competición y de la isonomía.

20. Supuesto todo esto, parécenos que tanto el "mandado de seguridad" cuanto la acción popular son remedios legales aplicables para corregir los casos ilícitos de la Administración indirecta con relación al procedimiento de licitación o a la celebración de contratos lesivos a sus patrimonios.*

21. Queda, por último, exponer sucintamente una consideración sobre si es procedente la licitación en las empresas públicas y sociedades de economía mixta, proveedoras de actividades económicas.

El núcleo de la cuestión está en interpretar con exactitud los párrafos 2º y 3º del art. 170 del Texto de la Constitución, que aquí reproducimos: "A las empresas privadas compete, preferentemente, con el estímulo y el apoyo del Estado, organizar y explotar las actividades económicas. § 1º Sólo en carácter suplementario de la iniciativa privada el Estado organizará y explotará directamente la actividad económica. § 2º En el caso en que el Estado explota la actividad económica, las empresas públicas y las sociedades de economía mixtas se han de regir por las normas que se aplican a las empresas privadas, incluso en lo referente al derecho del trabajo y al de las obligaciones. 3º La empresa pública que explote una actividad no monopolizada quedará sometida al mismo régimen de tributación aplicado a las empresas privadas".

Parécenos, por otra parte, que tal regla está dirigida sobre todo al legislador o al aplicador de la ley, en el sentido de que no se otorguen beneficios a las empresas estatales o mixtas, que vengan a desfigurar exactamente el sentido de la norma del art. 170, el cual, amparando el régimen capitalista, dio atribuciones a la actividad privada para explotar la actividad económica.

Sin embargo, al extenderse la obligatoriedad de proceder a las licitaciones, aunque por un procedimiento más elástico, de ninguna manera se estaría infringiendo el texto constitucional, el cual, a nuestro entender, más que obligar, ofrece la seguridad de que la in-

tervención estatal no debe ser sino un suplemento de la actividad privada, cuando ésta sea insuficiente. El texto constitucional pretende una igualdad de régimen, siempre y cuando esta igualdad pueda garantizar la no aniquilación de la iniciativa privada. Por lo tanto, la regla es una aplicación que mira de inmediato la actividad privada.

Más todavía, las empresas públicas y las sociedades de economía mixta no son entes comparables en todo y por todo a las empresas particulares, teniendo en vista que aquellas: a) se someten a control por parte de los Tribunales de Cuentas; b) no pueden quebrar; c) los actos de sus directores son pasibles de "mandados de seguridad"; d) la acción popular puede aplicarse como remedio jurídico, en caso de celebrar contratos que lesionen sus patrimonios.

22. Resumimos el presente trabajo con las conclusiones obtenidas a lo largo de esta exposición. En breve síntesis, son las siguientes, sin pretender que ellas sean definitivas, con características de verdades universales:

22.1. La Administración indirecta debe sujetarse a los principios de la licitación —no las reglas específicas del procedimiento relativo a la Administración centralizada y autárquica para celebrar sus contratos, aun cuando no exista un texto expreso que la obligue;

22.2. Los principios a los que se obligan son el de la isonomía y el de la concurrencia. Así, desde que dispongan de un estatuto de licitación que respete los principios señalados se sobreentiende que queda cumplida la obligación dimanante del sistema;

22.3. No hay necesidad de observar los mismos valores económicos, tomados por base en la Administración centralizada o autárquica determinadores de las modalidades de licitación, desde que haya un razonable criterio prefijado.

22.4. Las causas para dispensar la licitación básanse en resumen, en las mismas de la Administración centralizada, que toman en cuenta: el objeto, la persona que va a ser cocontratante, el valor mínimo o determinadas situaciones excepcionales, que tornen prohibida o inconveniente la licitación. Frente de esto, la licitación queda dispensada cuando no están en confrontación ni el principio de la igualdad ni el de la concurrencia.

22.5. Los vicios que el procedimiento puede contener, originanse con motivo de la infracción a los principios ya citados.

22.6. Las mismas empresas públicas o sociedades de economía mix-

ta que ejerzan actividades económicas, quedan también obligadas a los principios de la licitación, no obstante que digan los párrafos 29 y 39 del art. 170 de la Constitución, que tendrán régimen idéntico al de las empresas privadas con respecto al régimen de tributación y a los de las obligaciones. La razón es porque dichas sociedades no son iguales a las empresas privadas, aunque se puedan asemejar.

Su régimen es híbrido, una mezcla de derecho público y de derecho privado, y, como tratan con el erario público, no están eximidas de un procedimiento que, por más que no sea ideal, por lo menos de algún modo ayuda a que se cumpla la probidad administrativa y el principio de la igualdad.