

Presentación

JOSÉ LUIS BENAVIDES¹

Este número de la *Revista digital de Derecho Administrativo* se estructura en torno a dos temas genéricos, siempre presentes y de actualidad: la contratación pública y la responsabilidad.

El primero se concentra en varios artículos que abordan fuentes renovadas de la contratación pública a partir de diversas perspectivas. Partiendo de las fuentes generales, José Antonio Moreno desarrolla la construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública. Podría pensarse que el tema concierne tan solo los países europeos y su dinámica de reforzamiento del derecho comunitario, pero el desarrollo de este derecho, así como la construcción y evolución misma de la Unión Europea, ponen de presente los valores y las dinámicas globalizadas del derecho de los contratos públicos. La contratación pública constituye una herramienta privilegiada para la participación de empresas extranjeras en la actividad económica pública de los países, en particular para el suministro o abastecimiento (como se dice en la actualidad) de insumos esenciales de funcionamiento de las entidades públicas, bien sea en obras, servicios o bienes. No es entonces una simple coincidencia que desde muy temprano la Unión Europea estableciera reglas para promover la participación ampliada de las empresas en los contratos públicos de los distintos países. Las distintas generaciones de directivas de la Comisión reflejan la evolución de la construcción europea, partiendo de la unión aduanera, para evolucionar hacia un mercado común y luego la construcción de un mercado interno. El artículo nos presenta el gran aporte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al extender la aplicación de principios esenciales de la contratación al conjunto de contratos de la administración y no solo a los regidos por las directivas comunitarias, restringidas a ciertos contratos (compras) y bajo ciertos umbrales de su valor. Los valores estructurantes del Tratado de la Unión Europea, como la libre circulación de mercancías y servicios, y la libertad de establecimiento, se proyectan así sobre los principios contractuales de selección objetiva,

1 Doctor en Derecho Público, Universidad de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, Francia. Profesor investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: jose.benavides@uexternado.edu.co. Para citar el artículo: BENAVIDES, JOSÉ LUIS, "Presentación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2018, pp. 11-17. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.02>

imparcialidad, no discriminación, publicidad efectiva, transparencia, sanciones por abuso de posición dominante y acuerdos contrarios a la competencia. De manera más extendida, estos valores se proyectan a nivel mundial como parte del proceso de globalización creciente del derecho al que es particularmente sensible la contratación pública. La dinámica europea en la que el juez ha sido actor privilegiado, inspirando incluso la legislación, como nos cuenta el autor que ha ocurrido con las recientes directivas de 2014, tiene gran resonancia entre nosotros, donde los valores públicos de todo contrato de la administración se refuerzan constantemente por nuestra jurisprudencia administrativa, incluso en los contratos en los que el legislador ha decidido el régimen de derecho privado.

Como parte de esta dinámica de internacionalización, Rogério Gesta y Janrié Rodrigues Reck nos presentan las transformaciones del Estado de derecho que llevaron a la ruptura con el sistema tradicional de fuentes del derecho administrativo, inspirado en Latinoamérica por el derecho francés, en el que la legitimidad de la administración se deriva de la estricta habilitación de su actuar por el legislador. Esta concepción formal del principio de legalidad, esencialmente piramidal, donde las producciones normativas se apoyan y justifican en su subordinación a normas superiores, encontró rupturas con las reformas estructurales de los años noventa, en las que las restricciones fiscales y el cambio de modelo de relación entre la administración y los asociados, así como la creciente crisis de la legitimidad del sistema representativo, han propendido por el reforzamiento de fuentes normativas alternas, entre las cuales la regulación tiene un papel preponderante. Analizando la producción normativa de las agencias reguladoras en Brasil, los autores nos presentan el cambio conceptual frente a la potestad reglamentaria limitada a las medidas necesarias para la ejecución de la ley. Los procesos de privatización de sectores públicos estratégicos, así como la admisión de iniciativa privada en servicios públicos esenciales, han propendido por el surgimiento de las autoridades administrativas autárquicas, cuya legitimidad se apoya en las decisiones técnicas y su composición representativa de los sectores concernidos por su regulación, en particular empresas, usuarios y la administración misma que, en esta dinámica, aparece como un actor más en la actividad económica. Este dinamismo también se refleja en las nuevas aproximaciones a los procesos de contratación. Auspiciadas en parte por la necesaria agilidad para los Juegos Olímpicos y el Mundial de Fútbol, Brasil implementó diversos métodos de contratación que, independientemente de las críticas que suscitó su aplicación, reflejan tendencias contemporáneas sobre la flexibilización y la implementación técnica de instrumentos. De hecho, Brasil había estado ya a la vanguardia de la regulación de las APP en América Latina desde su ley especial de 2004.

El surgimiento de autoridades administrativas autárquicas, legitimadas en razón de su peritaje económico y técnico, a partir de los procesos de privatización de sectores públicos estratégicos y liberalización de industrias en redes se

registró en muchos países de Sudamérica siguiendo el modelo de las agencias reguladoras estadounidenses. Como ocurrió en Brasil, el escrito de Orlando Vignolo nos enseña que el nacimiento de la Administración pública regulatoria en el Perú se produjo para conciliar el ejercicio de las libertades económicas con otros imperativos de interés general. Si la proliferación de estructuras de regulación suele justificarse en Latinoamérica por lo novedoso de las potestades regulatorias, como algo intermedio entre la normatividad del Estado y aquellas reglas que son propias o que pertenecen a los mercados, caracterizadas por su carácter incitativo y de derecho blando, estas facultades no serían nada diferente, al menos para el caso peruano, a la adaptación de la actividad de policía administrativa a las circunstancias propias de los sectores liberalizados.

La presentación de nuevas fuentes de normas contractuales se refuerza luego con el artículo de Juan Carlos Morón, quien nos presenta las competencias normativas de las autoridades administrativas en materia de contratación en el Perú. Aunque desde la constitución política se establezca la competencia del legislador para la regulación de principio en contratación pública, lo que significa una reserva de ley en la materia, la concepción extendida de su desarrollo permite una competencia normativa derivada bastante difusa. El autor nos expone cómo la jurisprudencia ha establecido los limitantes concretos a la apreciable discrecionalidad administrativa para definir el alcance de la reglamentación de la ley: el desarrollo legal no puede limitar derechos ni las posibilidades de actuación de los particulares o la misma administración, reconocidos por el legislador. Sin embargo, las formidables competencias reconocidas explícitamente por el mismo legislador, e incluso por los reglamentos gubernamentales, a las autoridades administrativas contractuales hacen difícil apreciar la operatividad real de esta limitante. El autor da cuenta de 20 subórganos vinculados al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a los que se reconocen competencias extendidas de emitir directivas, documentos estandarizados y opiniones administrativas, todos, con carácter vinculante, por disposición de la misma ley. La habilitación normativa en cascada genera una formidable expansión reglamentaria de difícil control en la que la legitimación se fundamenta genéricamente en la necesidad de medidas concretas para la correcta ejecución de la ley. Además, las competencias regulatorias de este órgano rector de la contratación se complementan con la Central de compras PerúCompra. Concebida como institución ejecutora de las compras corporativas que le son confiadas por entidades públicas y la gestión de los acuerdos marco, PerúCompra ejerce igualmente una importante competencia reglamentaria en estas materias y por ello el autor realiza un análisis crítico de regulación de aspectos referidos a procedimientos de contratación, que incluso caben en ocasiones en el ámbito de los procedimientos generales, definidos y reglamentados por normas generales no contractuales.

En el mismo sentido, Mónica Safar nos presenta un análisis crítico de las potestades reglamentarias de Colombia Compra Eficiente. Creada también

como órgano rector de la contratación pública y gestor de los acuerdos marco, la agencia se amolda con dificultad a las nuevas dinámicas de fuentes normativas por su anclaje en la concepción tradicional de las tradicionales instituciones administrativas. Pese a su denominación de agencia, siguiendo apelativo a la moda, Colombia Compra Eficiente está concebida dentro del modelo clásico de institución descentralizada por servicios, adscrita al sector central (Planeación Nacional). Consecuentemente con su carácter técnico, la ley limita sus competencias a proponer políticas públicas en contratación, que serán adoptadas por el Gobierno Nacional e implementadas luego por la misma agencia. La difícil explicación de competencias reglamentarias, bajo esta concepción, se ve distraída, sin embargo, por sus competencias ambiguas para lograr eficiencia, transparencia y optimizar los recursos en materia contractual, así como la de implementación de las políticas. La autora nos presenta así la reciente providencia del Consejo de Estado que reconoce competencia a Colombia Compra Eficiente para la implementación de los acuerdos marco, aclarando que ello no constituye una habilitación general para producción normativa ni el reconocimiento de competencia reglamentaria mediante los distintos documentos que la agencia produce. No existiendo en Colombia la previsión legislativa sobre el carácter vinculante de la producción de Colombia Compra Eficiente, como se ha visto existe en Perú, el sistema colombiano no define el sentido de la amplia y creciente producción documental de la agencia, con la inseguridad jurídica que ello conlleva. En cualquier caso, no parece admisible que sea la misma agencia la que defina cuáles de sus variados tipos de documentos son vinculantes, como lo ha pretendido hacer mediante un concepto administrativo que, paradójicamente, de conformidad con una larga tradición en nuestro sistema administrativo, no es vinculante. La autora sugiere y anticipa con este artículo la esencial inquietud sobre la ubicación institucional de los organismos rectores de contratación, presentes en todos los países latinoamericanos, así como la necesaria remodelización del sistema de fuentes normativas en derecho administrativo, no solo por el reconocimiento de nuevas fuentes, sino, sobre todo, por la necesidad de redefinir las jerarquías normativas y la fuerza vinculante diferenciada. Como lo ilustra el artículo de Regéio Gesta y Janrié Rodrigues Reck, la estructura formal jerarquizada de las normas administrativas fundada en la legitimación igualmente jerarquizada y dependiente de las instituciones administrativas se ve profundamente transformada por la dinámica de la regulación y la presencia de autoridades administrativas autárquicas y su producción regulatoria, ampliada hoy con las normas técnicas de derecho blando o *soft-law*. Nuestro sistema jurídico administrativo no parece enunciar subliminalmente estas tendencias, conservando las estructuras, valores y sistemas normativos tradicionales, lo que limita sustancialmente la evolución y genera inseguridad jurídica.

La inseguridad jurídica que produce la descontrolada expedición normativa y el reformismo en materia de contratación pública es sin duda un incentivo

para las prácticas corruptas que con frecuencia observamos ocurren en ese sector. Consciente de la necesidad de prevenir y atacar la corrupción en el sistema de compras públicas, el gobierno italiano optó por la transformación de la Autoridad para la Vigilancia de los Contratos Públicos en una Autoridad Nacional Anticorrupción. Como lo enseña la investigación de Gabriella Racca, estos cambios en la estructura de la Administración pública se inscriben en las distintas estrategias sistémicas que las directivas europeas de 2014 buscan disciplinar, de manera que se superen las colusiones, conflictos de intereses y favoritismos que han obstaculizado la formación de un mercado único europeo de los contratos. Además de las funciones de vigilancia, a la nueva autoridad le han sido atribuidas funciones que pueden ser calificadas como regulatorias, sobre aspectos relacionados con los precios de referencia, costos estándar y sobre el análisis y elaboración de datos. Estas competencias normativas están principalmente dirigidas a desarrollar capacidades y un profesionalismo técnico en los funcionarios públicos que intervienen desde la definición de las necesidades hasta la terminación de la ejecución de los contratos estatales. Si la colaboración con particulares es un punto en el que se insiste para el ejercicio de las competencias de policía que han sido atribuidas al nuevo organismo, la coordinación administrativa se muestra como el elemento determinante para evitar que, en el ejercicio de sus funciones regulatorias, predomine la inseguridad jurídica de la que tanto se sirven quienes tienen la corrupción como oficio.

Humberto Gosálbez-Pequeño cierra este grupo referido a la contratación pública con un artículo destinado a los orígenes de la concesión de obras públicas en el derecho español en el siglo XIX. El texto histórico no plantea, evidentemente, el problema de fuentes contemporáneas de la contratación pública. No obstante, la mirada hacia el pasado permite, como suele ocurrir, proyectarse hacia el futuro. A pesar de que la doctrina ha puesto de presente el importante antecedente romano de las concesiones administrativas², las particularidades de la concesión contemporánea de obras públicas y de infraestructura se afincan fuertemente en la revolución industrial y, por ello, el recuento histórico de la legislación sobre las concesiones ferroviarias españolas resulta de particular interés. Los proyectos de infraestructura exigieron movilización de importantes capitales y, por ello, resultaba precario dejar la actividad a la simple iniciativa privada, como lo concibieron las primeras leyes españolas de 1830, que se limitaron a autorizar a los privados la construcción y explotación del ferrocarril. La evolución normativa expuesta por el autor también nos pone de presente el difícil equilibrio entre los intereses comerciales del privado y el cumplimiento de los fines públicos del servicio. A diferencia de Inglaterra, donde el origen del ferrocarril pudo apoyarse en la

2 SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *La concesión administrativa en derecho romano*. Tesis doctoral, Universidad de Córdoba, 1996.

inversión privada, la ausencia de capitales importantes vinculados a la inversión exigió en España una segunda fase normativa, orientada hacia la financiación de proyectos por un tiempo determinado. Pero el difícil control de la realización efectiva de proyectos por los privados, sin distraer los fondos públicos en los años cuarenta, generaría leyes de transición para lograr la financiación de los proyectos iniciados, hasta la promulgación de la primera ley general de ferrocarril en 1855, con una verdadera concesión administrativa. La transición entre la iniciativa privada y la regulación de la concesión, que incluso exigía la intervención del Parlamento en la atribución del contrato, muestran la necesaria modulación y adaptación específica de la fuente jurídica del contrato, como reflejo de las particularidades administrativas. La descripción de los orígenes de esta concesión ferroviaria en España nos pone de presente el elemento constante de adaptación a las exigencias de la administración. La necesidad de la fuerte presencia institucional, marcada por la caracterización de la concesión administrativa, e incluso la participación del Parlamento, permiten dimensionar hoy, en un ambiente distinto, tanto a nivel institucional como económico y de participación de los particulares, cómo ha sido necesario remodelar la participación del Estado en estos proyectos. En esta redefinición no solo interviene la limitación de recursos públicos que incita de nuevo acudir al capital privado, sino también una remodelación de las relaciones con los particulares, en la que la preponderancia absoluta de la administración, titular del interés general, cede ante la necesidad de ofrecer seguridad jurídica al inversionista y viabilidad financiera al proyecto. Las particularidades de las asociaciones público-privadas son reflejo de estos valores contemporáneos, al estructurar de manera técnica los riesgos contractuales, dar prioridad a la estructuración financiera del proyecto y enmarcar estrictamente los poderes de la administración en el contrato.

En cuanto a los artículos relacionados con la responsabilidad, el de Felipe Rusinque constituye un puente con la materia contractual, por cuanto tiene como tema el establecimiento y la modificación de tributos como eventos susceptibles de alterar el equilibrio económico del contrato estatal. A partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el autor describe los argumentos de quienes aceptan y de aquellos que niegan la posibilidad de alterar el equilibrio financiero por la adopción de tributos que afectan la ejecución de los contratos. Siguiendo la concepción actual del Consejo de Estado, el autor acepta la posibilidad de alteración del equilibrio bajo la teoría de la imprevisión, poniendo de presente aspectos que restringen su aplicación efectiva como la técnica de la previsión de riesgos contractuales y su distribución entre las partes, así como las regulaciones específicas por parte del legislador, como la que se dio con la reciente reforma tributaria, en lo referente a la definición de aplicación del nuevo IVA en los contratos suscritos por el Estado.

También vinculado a la materia contractual, María Juliana Santaella aborda el tema del daño y la liquidación de los perjuicios en la responsabilidad pre contractual y contractual. Aclarando la pertinencia del principio constitucional de responsabilidad del Estado, enunciado por el artículo 90 de la Carta, cuya cobertura general ha sido explicada por la Corte Constitucional en la ya clásica Sentencia C-333/96, la autora resalta que el principio de la reparación integral del daño no solo tiene base constitucional sino también convencional. A partir de esta presentación general, la autora nos presenta las distintas modalidades de daño por la actividad precontractual, así como los eventos contractuales generadores de daño resarcible.

Ya en el corazón de la problemática de la responsabilidad, el artículo de Edgar Pérez y Alinda Nettel nos presenta el derecho mínimo vital frente a la inactividad administrativa para la protección de los derechos humanos. En él se plantea cómo la inactividad de la administración ha sido concebida tradicionalmente, en el derecho mexicano, desde el punto de vista del acto administrativo, bien sea a partir del silencio administrativo, que permite la actuación jurisdiccional, o desde la violación al derecho constitucional de petición, que permite la acción de amparo, equivalente a nuestra acción de tutela. A partir de la presentación de un fallo judicial, los autores nos exponen una alternativa de enfoque, mediante las órdenes a la administración de adoptar medidas específicas administrativas para invertir recursos disponibles en la puesta en funcionamiento de una unidad de tratamiento de pacientes de VIH. Esta medida de activismo judicial refleja la caracterización de las nuevas visiones del daño y su reparación, que no se satisfacen con una indemnización, sino buscan una garantía efectiva de derechos fundamentales (y en ocasiones no fundamentales) mediante órdenes explícitas a la Administración.

El panorama variado que presentan los artículos de este número de la revista auspicia reflexiones desde distintos ángulos de estos dos temas clásicos generales del derecho administrativo, no solo por el tratamiento específico de cada contribución, sino también por las múltiples sugerencias y perspectivas que surgen del conjunto de los análisis.