

# Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales: la concesión como herramienta de planeación

EMERSON GABARDO<sup>1</sup>  
VIVIAN LIMA LÓPEZ-VALLE<sup>2</sup>

## RESUMEN

Este trabajo examina el nuevo modelo brasilero de servicios públicos prestados mediante contratos estatales relacionales, al tiempo que analiza el problema de la falta de correspondencia de un régimen legal del siglo XX con las

- 1 Profesor titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Paraná, Curitiba (PR), Brasil. Profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Federal del Paraná, Curitiba (PR), Brasil. Posdoctor por la Fordham University School of Law, Nueva York, Estados Unidos, y profesor visitante senior en la University of California - UCI (EUA-2020), Irvine (California), Estados Unidos. Correo-e: emerson.gabardo.br@gmail.com Enlace ORCID: 0000-0002-1798-526X.
- 2 Profesora titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Curitiba (PR), Brasil. Doctora y magíster en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná, Curitiba (PR), Brasil. Coordinadora del Curso de Especialización en Licitaciones y Contratos de la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Curitiba (PR), Brasil. Abogada independiente en el área de derecho público. Correo-e: vivian.lima@pucpr.br. Enlace ORCID: 0000-0002-5793-2912. Fecha de recepción: 2 de marzo de 2020. Fecha de modificación: 22 de agosto de 2020. Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2020. Para citar el artículo: GABARDO, EMERSON, Y LIMA LÓPEZ VALLE, VIVIAN CRISTINA, "Característica relacional y mutabilidad de los contratos estatales: la concesión como herramienta de planeación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 285-308. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.09>.

demandas del siglo XXI. La hipótesis de investigación sugiere la necesidad de reconocer la mutabilidad de las concesiones de servicio público, a través del método deductivo y la técnica de investigación bibliográfica. El trabajo que se presenta busca demostrar cómo la concesión, desde que se reconozca su naturaleza relacional y procesal, puede ser un instrumento de planeación para la realización de los derechos fundamentales, la estabilización de las relaciones jurídicas y para una mayor legitimidad democrática.

Palabras clave: contratación pública, concesiones públicas, políticas públicas, planeación administrativa, derechos fundamentales.

## Relational Characteristic and Mutability of Public Contracts: Concession as a Planning Tool

### ABSTRACT

This paper examines the new Brazilian model of "public services" provided through public relational contracts. It also analyzes the issue of lack of correspondence between a legal regime of the 20th century and the demands of the 21st century. The research hypothesis suggests the need to recognize the mutability of "public service" concessions. By means of a deductive method and a bibliographic research technique, the research work seeks to demonstrate how the acknowledgement of the relational and procedural nature of the concession can be a planning tool for the realization of fundamental rights, the stabilization of legal relations and a greater democratic legitimacy.

Keywords: Public Procurement, Public Concessions, Public Policies, Administrative Planning, Fundamental Rights.

### INTRODUCCIÓN

El Estado contemporáneo se presenta como un *contracting state* por el hecho de interiorizar en sus modos de acción el contrato como instrumento para la realización de sus fines institucionales<sup>3</sup>. Se trata de la realización de derechos fundamentales a partir de la orientación e implementación de políticas públicas con la ayuda de contratos administrativos, esto es, bajo una planeación estatal fundamentada en la consensualidad. De esta manera, la contratación pública asume un papel decisivo en la reconfiguración del rol del Estado y en el establecimiento de puentes de cooperación con particulares en los que, a

3 JODY FREEMAN y MARTHA MINOW, "Reframing the outsourcing debates", en Jody Freeman y Martha Minow, *Outsourcing and American Democracy*, Londres: Harvard University Press, 2019, pp. 16-17.

través de asociaciones, el Estado pasa a estar en condiciones de alcanzar los cometidos públicos definidos en la Constitución.<sup>4</sup>

La verdad es que el Estado del siglo XXI se desarrolla sobre el extenso campo de la contractualización administrativa. La contratación pública asume progresivamente una mayor relevancia en la Administración contemporánea, en sustitución o complemento de las tradicionales formas unilaterales de la acción administrativa. De esta manera, se vuelve habitual, en diferentes ordenamientos, la idea del ejercicio de la actividad gubernamental por medio de contratos<sup>5</sup>. Se configura no solo un nuevo modo de gestión de la relación jurídico administrativa, sino también una reestructuración del propio Estado, que pasa a tener la condición de Estado cooperativo, reencontrándose con la sociedad civil para el cumplimiento de sus fines y, entre estos, la realización de los derechos fundamentales. Esto significa una negativa al modelo subsidiario del Estado<sup>6</sup>, escenario en donde desde hace mucho tiempo vienen discutiéndose los presupuestos de legitimación democrática de la actividad administrativa bajo la lógica de la ponderación de intereses y la participación ciudadana. Es sobre estas bases que el *Estado administrativo contractualizado* viene dialogando de manera intensa<sup>7</sup>. Sin embargo, esta nueva tendencia sigue siendo minoritaria tanto en la doctrina como en las prácticas gubernamentales. La legislación ha avanzado, pero la mayoría de regímenes retrata un modelo que todavía no es muy relacional, en el que los contratos son unilaterales y estáticos. Este modelo típico del siglo XX no coincide con las crecientes demandas del siglo XXI. Este es el problema que justifica la investigación científica que aquí se presenta, cuestión que se complica por la falta de planeación, y en vista de la incertidumbre generada por los grandes contratos.

¿Qué modelo, entonces, debería ser compatible con las demandas del siglo XXI en el contexto legal brasileño? La hipótesis de este artículo es que una modificación del modelo es lo más apropiado para el sistema legal brasileño y sus demandas sociales. En otras palabras, el artículo asume que, debido a las demandas de satisfacción de los derechos fundamentales existentes en la

4 PEDRO COSTA GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 330-332.

5 THIAGO LIMA BREUS, *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Tesis de doctorado en Derecho, Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Paraná, 2015.

6 EMERSON GABARDO, "Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 11, n.º 3, 2019, pp. 283-299.

7 Gustavo Justino de Oliveira apuntaba hacia la presencia de los ciudadanos en el proceso de la toma de la decisión administrativa a través de la participación, que se presenta como efecto de la moderna concepción de la relación Estado-sociedad, con reciprocidad en la coordinación entre los actores. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, *Contrato de gestão*, São Paulo: RT, 2008, p. 30.

provisión de servicios públicos, el modelo anterior (estático y unilateral) no es satisfactorio. Por tal razón, dentro de la teoría contractual administrativa, la categoría jurídica que resulta más compatible con la asociación entre el Estado y la sociedad civil, para responder a la satisfacción de los derechos fundamentales, corresponde con la noción de contratos relacionales.

Desde un punto de vista metodológico, la respuesta a esta pregunta se ofrecerá a través de un análisis eminentemente teórico y deductivo. La investigación empírica no se lleva a cabo, sino por inferencia lógica, utilizando la técnica de análisis de la doctrina especializada. Asimismo, se utilizará el método analítico y no el dialéctico, es decir, se abordará el tema a partir de una descripción del modelo propuesto como una hipótesis y su capacidad lógica para apuntar a la validez y la corrección. Asimismo, el enfoque metodológico implica un análisis solo del sistema legal brasileño, particularmente de los contratos tradicionales de concesión de servicios públicos<sup>8</sup>. Aunque los supuestos utilizados tienen relevancia a nivel mundial, al menos teniendo en cuenta los países que siguen la tradición del *civil law* (con énfasis en América Latina), el texto no pretende ofrecer respuestas universales al problema. El uso tópico de la doctrina extranjera no implica, por lo tanto, la búsqueda de estudios comparativos, sino que es una técnica que apunta solo a la mejor asignación argumentativa y al reconocimiento de la doctrina relevante anterior. Si los resultados se presentan en la conclusión, estos se anticipan parcialmente en cada una de las cinco partes en que se estructura el trabajo, en la medida en que esta no es una investigación empírica sino un análisis lógico articulado del problema.

## 1. CONTRACTUALIZACIÓN PÚBLICA RELACIONAL Y EL FENÓMENO DE LA "INCOMPLETITUD"<sup>9</sup>

Las concesiones asumen un protagonismo significativo en el marco de la asociación y colaboración Estado-sociedad, al ser instrumentos que facilitan

8 Aunque el tema general de los contratos relacionales puede aplicarse a diferentes tipos de contratos estatales, no se abordarán otras formas de prestación de servicios públicos. El corte técnico del artículo se refiere a concesiones de servicio público que han existido desde principios de la década de 1990 (Ley 8.987/95) y que ahora están experimentando una transformación en su modelo contractual y de servicio.

9 El fenómeno de la *incompletud* o *incompletitud* de los contratos administrativos se refiere a la consideración de todos los posibles escenarios sobre los cuales se puede analizar la actividad contractual del Estado. Por ejemplo, que esa actividad no pueda analizarse únicamente a partir de una óptica estrictamente unilateral, sino también se considere una óptica de consensualidad que inspire el negocio jurídico y los métodos alternativos de solución de controversias en materia de contratos públicos. Esa última posibilidad imprime en el contrato administrativo una lógica de eficiencia, celeridad, economía, razonabilidad y proporcionalidad. Esa lógica está orientada a la garantía del interés público. Un asunto aún visto con cautela en el derecho administrativo brasileño, pero con más confianza en el derecho administrativo colombiano.

la prestación de servicios públicos, en sectores especiales como la energía, logística de transporte e infraestructura. Conviene resaltar que las relaciones administrativas derivadas de esos contratos no se limitan hoy exclusivamente a un modelo bilateral o trilateral como el construido en el siglo XX. En la actualidad, se trata de relaciones multipolares, que se constituyen en diferentes asociaciones con el Estado. Sabino Cassese, reflexionando sobre los nuevos paradigmas del Estado en el siglo XXI, apunta que las transformaciones que atañen al Estado ponen en discusión sus bases clásicas, habiendo una orientación para el fortalecimiento de la negociación en la esfera de la Administración pública, substituyéndose el paradigma bipolar Estado-ciudadano por uno multipolar<sup>10</sup>.

La afectación de la relación jurídico administrativa por la contractualización, sobre todo en el escenario de la realización de derechos fundamentales, lleva a visualizar el contrato como un instrumento para el desarrollo de la actividad administrativa tendiente a materializar los derechos económicos, sociales y culturales, "con una multiplicidad de sujetos de derecho en diversas posiciones más allá de los destinatarios directos de sus comandos jurídicos, lo que conlleva efectos no solo para los destinatarios directos, sino también para 'una multitud de terceros, que se ven afectados en sus derechos o intereses'"<sup>11</sup>. Hoy por hoy, la Administración procura la realización de los derechos de los administrados a través de relaciones más paritarias, colaborativas y de coordinación y conciliación entre intereses públicos y privados<sup>12</sup>. Y lo hace, significativamente, por la vía de asociaciones multilaterales en contratos de larga duración<sup>13</sup>. En particular, a través de contratos de concesión de servicios públicos (en Brasil, regidos por diferentes leyes, pero con la Ley 8.987/95 como la más importante).

Tales contratos son por su propia naturaleza incompletos, no siendo posible al Estado prever todas las relaciones y el plazo contractual. Hay de hecho una imposibilidad para determinar el futuro que circunscribe el contrato de concesión y al mismo tiempo lo habilita para la complejidad del contexto contemporáneo, exactamente, por el reconocimiento de la insuficiencia regulatoria del Estado *a priori* en el contrato y por la posibilidad de construirse y desvelar el contrato durante su ejecución. En efecto, las demandas de interés público sufren alteraciones e influencias de factores económicos, geopolíticos, sociales, ambientales, tecnológicos, sanitarios y hasta de competencia. El contrato

10 SABINO CASSESE, "La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado", en Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 159.

11 LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *A relação jurídica administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*, Coimbra: Coimbra, 2009, p. 28.

12 EMERSON GABARDO y MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE. "O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 115, 2017.

13 FRANCISCO PAES MARQUES, *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares - Contributo para a sua Compreensão Substantiva*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 5-20.

de concesión como instrumento de satisfacción de esas demandas sociales no queda incólume y es afectado por ellas. La adaptabilidad a escenarios futuros mutables capacita el contrato de concesión a interactuar en ese espacio complejo, buscando un encuadramiento más exacto de la realidad. En el ambiente concesionario, las reglas jurídicas tienen origen en aspectos extrajurídicos que requieren ser considerados, como por ejemplo la tasa de devolución de la inversión<sup>14</sup>. Sin embargo, a pesar de todas estas características, los contratos de concesión de servicios públicos firmados tradicionalmente por la Administración pública brasileña tratan la incertidumbre y los cambios futuros como anomalías. La rigidez de las cláusulas contractuales, que solo pueden modificarse debido a la aplicación de algunas teorías francesas de principios del siglo XX, resulta insuficiente para satisfacer las demandas sofisticadas de la sociedad tecnológica y dinámica del siglo XXI.

## 2. CONTRATOS RELACIONALES Y LA LÓGICA PROCESAL DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La estabilización de políticas públicas exige una racionalidad consensual en la formación del contrato y en su gestión. La visión del contratista como socio o asociado, y no como litigante, es factible y necesaria en los contratos de largo plazo para la prestación de servicios públicos, exactamente en los que viabilizan la materialización de derechos fundamentales. Y en ese punto, la noción de contratos estatales relacionales aplicada a la teoría contractual administrativa otorga respuestas al principio más compatibles con la naturaleza jurídica de esos contratos y con la propuesta de una asociación entre el Estado y la sociedad civil<sup>15</sup>.

La visión del contratista como socio o asociado para la satisfacción del bien común se desarrolla dentro de un nuevo ambiente del negocio jurídico, en el que se combinan dos elementos: tanto la lógica procesal de los contratos de concesión como la teoría relacional aquí analizada. Esa teoría relacional

14 Renata Faria Silva Lima sustenta el régimen de reposición del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo a través del funcionamiento de la tasa interna de retorno (TIR). Renata Faria Silva LIMA. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no Direito Administrativo e no Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 201 y ss. Sobre el asunto ver también: MARÇAL JUSTEN FILHO, "Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR", en EGON BOCKMANN MOREIRA (coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 425.

15 VIVIAN CRISTINA LIMA LOPEZ VALLE, "Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 72, 2018, pp. 175-208.

viabiliza la planeación del contrato, de la política pública en él inscrita y de los costos envueltos para la realización de los derechos fundamentales<sup>16</sup>. Y con eso hay una conciencia del pasado, del presente y del futuro en la relación contractual, con la consideración de la promesa individual, de la afirmación de voluntad y de la individualización del participante, donde los contratos son constituidos a partir de relaciones primarias y envuelven una red de agentes y no apenas de las partes, en la medida en que las transacciones económicas involucran el cambio de valores, inclusive no económicos.

El inicio y término contractual no son claramente definidos, pues la planeación toma en cuenta la incertidumbre del futuro, asumiendo un carácter procesal y dinámico. En el régimen concesionario, basado en la teoría relacional, los beneficios en la carga de la prueba son compartidos y hay solidaridad, cooperación y fuentes de apoyo moral y económico. Ese es el enfoque que innova en el campo contractual administrativo y permite una visión de la Administración pública como función constitutiva de la sociedad<sup>17</sup>.

Dentro de la teoría relacional, los contratos estatales imponen un cambio marcado por el comportamiento altruista, el sentimiento del tiempo, las expectativas sobre los problemas futuros, los múltiples aspectos de relaciones primarias, la emergencia de la planeación y de la cooperación y la división y socialización de la carga y de los beneficios. Al no dejar claro el futuro, anticipándolo para el presente, se permite una planeación estructural consecuente con la realidad. Por esta razón, los contratos estatales sujetos a la teoría relacional son naturalmente incompletos, pues tienden a diluirse entre el pasado, el presente y el futuro, a partir de un proceso estructural continuo, en el cual,

16 Contratos relacionales son aquellos que naturalmente no tienen una estructura jurídica preconfigurada que demanda una mutabilidad. En estos contratos, el *pacta sunt servanda* no se aplica de la misma forma que en la figura tradicional del contrato de suministro. Estos contratos relacionales evolucionan y se alteran de acuerdo con el paso del tiempo y con las demandas que van surgiendo. Asimismo, presuponen un financiamiento de proyectos y no de la persona contratante, con garantías objetivas de la contratación, las cuales conllevan a que el financiamiento es la garantía de viabilidad del proyecto. No se trata de un contrato que puede ser identificado en su integralidad, por el contrario, se presenta como un contrato incompleto. Esa incompletud debe subsanarse de acuerdo con las demandas que se presentan en la propia ejecución contractual. Ronaldo Porto Macedo desarrolla una teoría contractual relacional, alejándose de los contratos discontinuos de la Ley n.º 8666/1993 y trabajando la figura de los contratos relacionales, insistiendo en una transformación epistemológica y jurídica de los contratos de concesión, que se sustenta en una teoría del derecho contractual relacional y critica los límites de la teoría contractual clásica fundada en la discontinuidad. La teoría relacional analiza el contrato como práctica ligada a la sociedad y eso se identifica aún más con la propuesta de la función consultiva de la Administración pública. RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 2007, pp. 121-205.

17 LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 591-594.

la realidad del contrato entra a valorar elementos del pasado y a considerar posibles escenarios del futuro. Asimismo, imponen un reconocimiento de los límites de la personificación del futuro.

Por otro lado, los contratos estatales sujetos a la teoría relacional poseen, de manera intrínseca a su formación, un reconocimiento sobre los problemas del pasado, los manifiestos en el presente y una expectativa sobre los problemas que pueden aparecer en un futuro. El surgimiento de problemas y sus efectos es un hecho esperado tácita o expresamente como aspecto normal de la ejecución contractual. La expectativa de los problemas lleva a la consideración de los procesos para enfrentarlos y exige una adaptación a la nueva realidad contractual, considerándola normal, previsible e inevitable.

Además de poseer ese reconocimiento o expectativa sobre los problemas, los contratos relacionales también tienen una moral social, la cual permite vincular al todo comunitario, imponiendo reglas sobre la expectativa de daños y las prácticas para su mitigación, así como para la cooperación<sup>18</sup>.

Los contratos de concesión deben ser entendidos como "naturalmente" relacionales. Hay diferencia de complejidad y de apertura<sup>19</sup>. Son naturalmente abiertos, imprevisibles en toda su extensión. Hay un esfuerzo para la asignación de riesgos, para cuantificarlos económicamente en el contrato, para viabilizar el emprendimiento y para valorar y validar el costo de la política pública en manutención.

En el ambiente de la contractualización administrativa, los riesgos son hechos futuros e inciertos cuantificables económicamente. La elevación de lo cuantificable económicamente en determinada situación reitera la condición de riesgo y la califica de incierta. Y puesto que lo determinado como incierto

18 En la teoría contractual, la buena fe tiene el papel de asegurar la continuidad de las relaciones contractuales. Hay un nivel general de buena fe que exige un comportamiento adecuado en diferentes contextos y eso es importante frente a lo incompleto que pueden resultar en los contratos los límites de la capacidad de la previsión humana y de los costos y amenazas a la solidaridad. Los costos de transacción dentro de los contratos de concesión serían un ejemplo de la reducción de los costos de las relaciones contractuales. RONALDO PORTO MACEDO JR., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, óp. cit., pp. 121-205.

19 Ese régimen abierto parte de la visión en los contratos de concesión donde el concesionario es despersonalizado, bajo el sentido de que son diferentes actores o personas las que participan en el contrato, superando la singularidad en la regencia del contrato. Por ejemplo, esta despersonalización se percibe a través de la financiación del contrato, donde el dinero del contrato es viabilizado por un conjunto de bancos y la garantía deriva de la viabilidad del proyecto. Tal es el caso de la "sociedad de propósito específico" en una asociación pública privada que recauda el dinero del usuario y paga el financiamiento en el transcurso del plazo contractual. En ese caso, existe expectativa en cuanto a la asignación del riesgo. Los riesgos son eventos futuros cuantificables que pueden ser asignados en el contrato. En el caso de detectarse el riesgo y contemplarlo dentro del contrato ciertamente habrá una mutabilidad de sus términos. A partir de ahí, el riesgo al contrato implica la valoración del mismo y la consecuencia es la subsistencia del contrato a lo largo del tiempo.

no es cuantificable y no genera contratos con asociados o socios privados, los riesgos que dejan de ser posibles de cuantificar monetariamente se vuelven incertidumbres o imprevistos e inviabilizan el negocio jurídico. Y con eso, las condiciones para la ejecución de políticas públicas y servicios públicos realizadores de los derechos fundamentales.

Considerando que, con el advenimiento del siglo XXI, la satisfacción de los derechos fundamentales sociales sigue siendo relevante, y esta se logra muchas veces a través de contratos de concesión de servicios públicos, hay una gran necesidad de asignar los riesgos dentro de la relación contractual y dejar de lado el surgimiento de imprevistos, de modo que se permita la existencia del contrato y su ejecución durante la vigencia de la relación contractual. El interés público justifica esa realidad, especialmente considerando la prestación del servicio público módico, adecuado y universal. Y la planeación de estas variables es determinante para la realización de servicios públicos que concretizan derechos fundamentales.

La discusión sobre el riesgo en el contexto de los contratos de concesión es clave para la composición del equilibrio económico-financiero del contrato y para la ampliación del acceso y la manutención de la calidad de los servicios públicos<sup>20</sup>. Esa discusión sobre el riesgo implica una adecuada planeación contractual. Esta corresponde con la gestión de los riesgos de la mutabilidad, inherente a la constante alteración de las demandas sociales que requieren ser atendidas. Licínio Lopes Martins señala que, dado que el contrato regula el ajuste de las condiciones futuras, la posibilidad de que las partes acuerden los riesgos constituye un dispositivo de seguridad jurídica para la protección contra futuras modificaciones<sup>21</sup>. De este modo, se establece un modelo abierto

20 Egon Bockmann Moreira trata el encuadramiento del equilibrio económico y financiero del contrato a partir de los costos de oportunidad y administrativos, riesgos, inversión, amortización y también lucros. El régimen de concesión, debido a su complejidad, comporta muchas variables, y la ecuación económica y financiera debe tener como base la mutabilidad y la aptitud de aprendizaje del contrato de concesión, pues son contratos inacabados y dinámicos, y por eso considerados abiertos, y su realización depende de ese equilibrio económico y financiero. El autor señala que, en lo que se refiere a la metodología del cálculo de las condiciones económicas y financieras del contrato, es importante utilizar herramientas que posibiliten la ponderación entre los varios factores que lo componen, debiéndose utilizar instrumentos tales como valor presente líquido (VPL), tasa interna de retorno (TIR) y el costo medio de ponderación de capital (CMPC). EGON BOCKMANN MOREIRA, *Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/95 (Parte Geral)*, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 388 y ss.

21 Para el autor referido, la exploración de los riesgos y el análisis de los requisitos de seguridad jurídica en el ámbito contractual son elementos que se tornaron indisociables en la técnica contractual contemporánea, la cual supera una concepción del riesgo contractual estrictamente ligado a la inexecución o al incumplimiento. Ese análisis de riesgo inició con apenas un criterio de un derecho más seguro y básico, y fue transformándose en una cuestión social, más allá de económica y jurídica, con importancia universal, todo eso

a la recepción de diferentes variables contractuales, sujetas a una verificación posterior, tanto porque estas no hayan sido totalmente previstas por las partes—sea por el hecho de que la previsión fue insuficiente—o porque en el momento de la celebración del contrato no era posible prever todas las condiciones que podrían variar o acontecer<sup>22</sup>.

El ambiente relacional posibilita la discusión de la asignación de los riesgos por las partes como una manifestación de esta nueva concepción relacional de los contratos estatales. Dentro de ella, la asignación del riesgo sobre la parte que esté en mejores condiciones de soportarlo, así como los posibles escenarios a los que se ve sometido el contrato, entre ellos, la mutabilidad, la imposibilidad de ejecución, etc., se analizan a partir de un contenido dialógico entre el Estado y los particulares, siempre orientado a la satisfacción del interés público.

Esta naturaleza incompleta de los contratos de larga duración permite una nueva racionalidad en la planeación de políticas públicas que definen derechos fundamentales, y al mismo tiempo desafía los límites impuestos para su modificación<sup>23</sup>. Se parte de una visión procesal del contrato, un concepto dinámico y no estático, en donde la alteración de las circunstancias exige una revisión natural del equilibrio contractual, respetando las garantías sustanciales y procesales propias de cada contrato. Un ejemplo de ello corresponde con la contractualización de los servicios públicos a través del régimen de concesión. En este caso, la prestación de los servicios públicos implica una mutabilidad, naturalmente influenciada por las alteraciones de las demandas sociales.

En este tipo de contratos se exige una discusión respecto del tiempo de la decisión de las cuestiones difíciles del contrato, del modo de la tarifa frente a los imprevistos de la ejecución del objeto, de la ampliación de la demanda y hasta de la alteración de la necesidad de interés público que da origen al contrato. Esa discusión impone también cierta complejidad de los deberes públicos dentro de la contratación, pues evidencian las fragilidades del negocio, exigiendo una planeación contractual adecuada, con asignación de riesgos; la elaboración adecuada de proyectos; y la evaluación técnica, ambiental, económica y hasta social del proyecto<sup>24</sup>.

Toda actividad contractual está a merced de factores positivos o negativos, que pueden tener grandes consecuencias sobre el contrato, y de esa forma la imprevisión es un agente importante para la planeación. La matriz de riesgos de un contrato distribuye los riesgos previsibles e imprevisibles que pueden o no ocurrir durante la vigencia de la relación contractual. El contrato debe también definir responsabilidades, dado el caso, por circunstancias sobrevinientes,

dentro de un contexto que elevó la Administración a una categoría de Administración de resultados. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, óp. cit., pp. 591-592.

22 Ibíd.

23 LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas*, óp. cit., p. 749.

24 THIAGO LIMA BREUS, *O governo por contrato(s) e a concretização...*, óp. cit. pp. 5-7.

en los que su ejecución se torne excesivamente onerosa. La matriz de riesgos integra la ecuación económico-financiera del contrato, que corresponde con la relación entre encargos asumidos por el contratista y la contraprestación que recibirá por la ejecución de las actividades. Tal matriz procedimentalizada y dinámica representa una importante herramienta que puede evitar conflictos posteriores en relación con la atribución de responsabilidades<sup>25</sup>. Pues de alguna forma, al ser la matriz de riesgo un elemento natural del contrato relacional, contribuye a la subsanación de los contratos incompletos ya referenciados.

### 3. "INCOMPLETITUD", MUTABILIDAD Y EL FACTOR TIEMPO EN LA CONTRATACIÓN DEL SIGLO XXI

Como ya se ha afirmado, en la contemporaneidad, el contrato administrativo de concesión asume nuevas funciones en el sector público, derivadas de los nuevos relacionamientos Estado-sociedad<sup>26</sup>. De ser una herramienta destinada esencialmente a la atención de las necesidades instrumentales de la Administración pública, el contrato administrativo se vuelve un mecanismo de regulación de la relación Estado-sociedad, dejando de funcionar apenas como un instrumento técnico-jurídico para el ejercicio de actividades-medio, pasa a ser utilizado para la realización de actividades-fin<sup>27</sup>. De ahí que pueda afirmarse que el contrato se torna en la forma primordial de implementación de políticas públicas para el desarrollo<sup>28</sup>.

En la actualidad, la agenda de los gobiernos debe responder ante el incremento cuantitativo y cualitativo de la demanda de servicios públicos<sup>29</sup>. En Brasil, en pleno siglo XXI, se presenta un aumento de demandas por servicio

25 En lo que atañe a la atribución de la responsabilidad por el riesgo, la matriz debe valorar e incorporar todas aquellas condiciones riesgosas y su consecuente prevención o futura reparación. Asimismo, debe analizar el histórico de contrataciones similares realizadas por el Estado, comprender la maduración e importancia de la planeación, objetivando abarcar todos los eventos y eventuales responsabilidades. Apuntando también cuáles y cuántos términos adicionales serán necesarios durante la ejecución del contrato. EDGARD GUIMARÃES y JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS, *Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n. 13.303/2016 - Lei das Estatais*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 139.

26 El aumento de la complejidad contractual se debe a su mutabilidad. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de Obras Públicas*, óp. cit. p. 712.

27 FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "Do contrato administrativo à administração contratual". *Revista do Advogado*, vol. 107, 2009, pp. 74-75.

28 JAMILÉ BERGAMASCHINE MATA DIZ y ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS, "Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 65, 2016, pp. 249-275.

29 PEDRO COSTA GONÇALVES, "A relação jurídica fundada em contrato administrativo", *Seminário de Justiça Administrativa 9 - Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64. 2007, p. 36.

público con vocación de universalidad, que permitan atender y garantizar los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Federal<sup>30</sup>.

Durante el siglo XIX y hasta la última década del siglo XX, muchos servicios públicos fueron prestados directamente por el Estado o mediante concesión y permiso, como es el caso de los contratos relativos al sector industrial y de infraestructura. Hoy día, los servicios públicos son prestados en una escala mayor en estos sectores, pero con considerables espacios para la prestación indirecta por particulares en el sector de los servicios<sup>31</sup>. Por eso la prestación de servicios públicos en Brasil está vinculada a la ampliación de la figura contractual administrativa<sup>32</sup>. El contrato pasa entonces a ser un instrumento de desarrollo, esto es, pasa a ser el medio a través del cual se busca la materialización de derechos fundamentales en la sociedad más allá del mercado<sup>33</sup>. El Estado de derecho debe poseer una Administración descentralizada, de servicio público, de fomento, de planeación y de infraestructura, asumiendo una postura intervencionista. La Administración proporciona bienes y servicios, presentándose como prestadora o constitutiva de los mismos, incrementando actividades económicas, programando y planificando sus intervenciones a medio y largo plazo, contratando en lugar de utilizar las prerrogativas y utilizando formas organizativas y de actuación de derecho privado<sup>34</sup>.

- 30 DANIEL WUNDER HACHEM, "Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 55, p. 124.
- 31 Hay una alteración de la legitimación, en donde el Estado, como titular legítimo, deja de ser un prestador directo de los servicios públicos a través de estructuras típicas de la Administración pública, muchas veces bajo el régimen de monopolio, para convertirse en ser un prestador indirecto por delegación. La delegación ocurre en el ambiente del mercado, por concesión o permiso, y en el ambiente de la sociedad civil organizada, en los contratos de gestión y términos de asociación en el mercado, vía autorización. Así, el servicio público, en ese contexto, pasa a ser caracterizado no más por el vínculo con el Estado, sino por la naturaleza de su prestación.
- 32 THIAGO LIMA BREUS, *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas...*, óp. cit., pp. 3-5.
- 33 Adriana da Costa Ricardo señala que no solamente el servicio público debe ser concebido como un derecho fundamental, sino también el régimen jurídico de su prestación. Así, el régimen jurídico del servicio público posee una característica de cláusula pétrea, por tratarse de derecho fundamental, extendiendo a él, entre otras prerrogativas, la prohibición del retroceso social. A su turno, la prohibición del retroceso social significa que el contenido de la legislación que da sustancia a los derechos fundamentales no puede sufrir alteración sin tener un contenido que lo sustituya o compense tal modificación. ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER y PAULO RICARDO SCHIER, "Serviço Público Adequado e a Cláusula da Vedação do Retrocesso Social", *Revista do Direito de Administração Pública*, vol. 1, n.º 2, 2016, pp. 205-206.
- 34 JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Direito Administrativo da Economia*, vol. 1, Coimbra: Almedina. 2014, pp. 79-80.

El contrato puede asumir el papel de definir el régimen de prestación de los servicios públicos, bajo un amplio contenido normativo infraconstitucional deseable y adecuado a la natural mutabilidad de las demandas sociales. La consecuencia es que el régimen de prestación del servicio público variará dependiendo de los diferentes tipos de contrato existentes en el sistema jurídico. Sin embargo, ese incremento en el contenido normativo de la actividad contractual parte de la ley. Es decir, en Brasil, no es la actividad la que define el régimen contractual tradicional, sino los supuestos formales del sistema legal. Por ende, el contrato determina el régimen de prestación del servicio público y al mismo tiempo es condicionado por él, siempre que cumpla con las normas generales establecidas por el legislador. La ampliación en la densidad normativa infraconstitucional necesita fomentar el proceso de apertura del contrato con su propia ejecución. Esto requiere una revisión periódica de las reglas que rigen el sistema de contratación pública. La apertura del contrato, producto de esa idea relacional, enseña así su natural mutabilidad, la cual también se presenta intrínseca a la propia noción de servicio público. El principio de mutabilidad otorga, especialmente para la realidad de los contratos de larga duración, sentido y unidad, pues confiere fundamento al aspecto de la incompletitud que caracteriza esos contratos<sup>35</sup>.

Una consecuencia de la mutabilidad en los servicios públicos es el necesario dimensionamiento de la noción de tiempo para la implementación de políticas públicas, para la duración adecuada del contrato y para la estructuración suficiente para la prestación del servicio público. El tiempo de los contratos estatales no es el mismo tiempo de la economía, de la política o hasta del derecho. La repercusión de las transformaciones económicas en la dimensión temporal de los acontecimientos debe ser considerada en los contratos de larga duración, de tal forma que la comprensión del tiempo pasa a ser un dato relevante a ser considerado, incluso para fines de la evaluación de la ecuación económica contractual y para la planeación del contrato. Y, en ese punto, la mutabilidad se establece como característica importante de los contratos de larga duración<sup>36</sup>.

El fenómeno de la complejidad en la relación Estado-sociedad expone que en el siglo xx el Estado liberal se convirtió en Estado social, buscando la promoción del crecimiento económico y la distribución de los recursos colectivos y la protección de los ciudadanos menos favorecidos. El aumento de

35 MARÇAL JUSTEN FILHO, "Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos", en Romeu Felipe Bacellar Filho (coord.), *Direito Administrativo Contemporâneo*, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 194.

36 ROBERTO FREITAS FILHO y RENATO CASAGRANDE, "O problema do tempo decisório nas políticas públicas", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 47, 2010.

la complejidad social y económica exige del Estado organización y fijación de reglas programáticas para la atención de los ciudadanos<sup>37</sup>.

En el caso del contrato como instrumento de desarrollo, que exige la formulación e implementación de políticas públicas (con la toma de decisiones políticas), más allá de la realización de procesos licitatorios de selección y estructuración de todo el ámbito de la negociación, es el tiempo económico el que asume relevancia. La promoción del desarrollo a través de contratos estatales necesita conciliar lo inmediato del tiempo económico con otras variables, como el tiempo legislativo y el tiempo del Poder Judicial<sup>38</sup>. De esta manera, el factor temporal imprime relevancia para la óptica del derecho y de la economía. En la esfera del gobierno y su intervención a través de contratos como instrumentos de desarrollo, hay necesidad de una formulación y ejecución de políticas públicas que perduren a lo largo del tiempo y el contrato administrativo de larga duración aparece como una solución razonable, pues permite una planeación y conciliación de una visión a mediano y largo plazo de políticas públicas promotoras de derechos fundamentales. Bien utilizado, esta figura permite la planeación de la universalización del acceso, con distribución de los costos para la implementación de servicios públicos<sup>39</sup>.

37 Los autores analizan el problema del tiempo de decisión en las políticas públicas y señalan que el concepto de tiempo tiene importancia fundamental en los debates actuales de la teoría social, siendo un concepto sociocultural, construido colectiva y esencialmente en la historia. Para los autores, la noción de tiempo es social, y no propiamente cronológica. *Ibíd.*

38 Surgen conflictos consistentes y de difícil solución inmediata, pues las demandas gubernamentales para solucionar los problemas de impacto social exigen respuestas en el tiempo económico (dada la velocidad de la política, de la economía y de la expectativa de solución inmediata). No obstante, el tiempo legislativo observa otra lógica y ese tiempo acaba por condicionar el contrato administrativo, pues dependerá de la ley la delimitación de las fronteras contractuales (en ellas incluidas el modo de prestación de los servicios públicos, el régimen de ejecución y la relación jurídica entre el Poder Público y el contratado). Las dificultades aparecen en diferentes aspectos tanto para el poder legislativo como para el judicial. Para el Legislativo hay mitigación del proceso democrático de formulación de la política pública (con claros perjuicios futuros al contratado y a la ejecución contractual, que puede ser mal pensada, mal elaborada y mal definida). Para el Judicial, las dificultades se imponen en la medida en que se ve obligado de forma casuística y episódicamente, a dar respuestas a las demandas para la satisfacción de los derechos fundamentales y de los servicios públicos, lo que claramente perjudica la visión del contrato como instrumento de planeación y desarrollo social, pensado para un lapso temporal específico, con un equilibrio económico-financiero y una visión de universalización de acceso. *Ibíd.*

39 Al afirmar que existen varios tiempos que funcionan en paralelo (como el tiempo económico, político y legislativo) y que el derecho de los contratos administrativos requiere convivir con esos tiempos, Egon Bockmann Moreira analiza que la teoría contractual administrativa, especialmente después de la segunda mitad del siglo XX, ignoró esa realidad. En verdad, el derecho desarrolló técnicas para impedir que estos tiempos se superpongan al tiempo de los contratos y la teoría de la imprevisión es un ejemplo de esa postura. El autor apunta sobre la dificultad de la discusión del equilibrio económico y financiero del

#### 4. LA MUTABILIDAD EN LAS CONCESIONES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE PLANEACIÓN ESTATAL

La mutabilidad en los servicios públicos está relacionada con las necesidades del interés público que deben ser satisfechas. Ese aspecto es relevante para la comprensión del fenómeno de la complejidad contractual y de sus consecuencias. En la medida en que la Administración pública posee el deber de actualización del servicio público sustentado en modificaciones técnicas, jurídicas y económicas, la mutabilidad otorga subsidio teórico suficiente para sustentar un régimen jurídico contractual que no está congelado en el tiempo, proporcionando mayor armonía entre los tiempos políticos, económicos, jurídicos y contractuales<sup>40</sup>.

Hay muchas formas de implementar políticas a través de la contratación pública. No obstante, es difícil imaginar su utilidad real sin ser flexible a las demandas variables a lo largo del tiempo. La incompletitud de los contratos, por un lado, crea incertidumbre, y por el otro, permite una mejor adaptación, considerando la variación natural de los gobiernos durante largos períodos. Además, la posibilidad de realizar negociaciones durante el "proceso contractual" permite la adaptación al resultado de elecciones democráticas cíclicas (eso puede implicar un cambio en las políticas públicas). El contrato en sí es obviamente un documento que requiere estabilidad. Esta suposición no debe ser negada. A su vez, es posible construir un modelo más flexible que el que dominó el siglo XX, teniendo en cuenta que el modelo del siglo XXI necesita estar conectado con la dinámica social y tecnológica de los nuevos tiempos. Esto implica prestar atención a su transformación desde un instrumento individualista y fundado en una mera relación bilateral entre el Estado y el sector privado, hacia un modelo colectivista en el que sea un instrumento de políticas públicas para el desarrollo.

En la propuesta de los contratos estatales como instrumentos de planeación de políticas públicas, el tiempo económico estaría contemplado en los contratos de concesión y las políticas públicas establecidas por largos plazos. Este es el contexto del gobierno o regulación a través de contratos<sup>41</sup>. El derecho

contrato, por ejemplo, después de 30 años de plazo contractual, claramente demostrando la inaplicabilidad de los parámetros de la Ley n.º 8666/1993. En esa lógica, Egon Bockmann Moreira identifica que, en la relación actual del contrato administrativo con el tiempo, el contrato aparece como una técnica para buscar la sincronización de varias medidas de tiempo (económico, político y legislativo) y para establecer un tiempo jurídico para esas varias medidas indicadas. EGON BOCKMANN MOREIRA, "O contrato administrativo como instrumento de governo", en Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos da Contratação Pública IV*, Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 13 y ss.

40 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo: Dialética, 2013, p. 31.

41 JODY FREEMAN y MARTHA MINOW, "Reframing the outsourcing debates", óp. cit., pp. 16-20.

económico, identificado como derecho de los negocios, trae una posibilidad de adecuación de la visión del gobierno por medio de los contratos<sup>42</sup>. Es posible caracterizar el contrato administrativo de larga duración como un instrumento para que el gobierno pueda establecer políticas públicas en áreas que tendrían una regulación a partir de sus fundamentos. La lógica de un gobierno a través de contratos refleja la ampliación de los dominios del contrato administrativo en la contemporánea relación Estado-sociedad. José Casalta Nabais anota que el contrato se desarrolló considerablemente al ser instituido como un instrumento de actuación de la Administración pública en los bastos y complejos dominios económicos y sociales en los que el Estado es llamado a intervenir. La exigencia de una acción concertada estatal desemboca con frecuencia en una actuación contractual<sup>43</sup>.

En nuestros tiempos, el Estado brasileiro toma decisiones eficaces y válidas por un largo tiempo a través de contratos estatales de larga duración, en los que se torna posible la ejecución de políticas públicas específicas que superan los lapsos temporales, propios del calendario electoral y del tiempo tradicional de los contratos previstos en la Ley 8666/1993 (la Ley General de Licitaciones del Brasil)<sup>44</sup>. Las políticas públicas se caracterizan como el conjunto de actos, hechos y contratos que están orientados a atender un objeto predefinido, y ese conjunto es realizado buscando sintonía y armonía para la actuación del objetivo final del interés público, lo que se presenta significativamente compatible con la lógica de los contratos estatales como instrumentos de desarrollo<sup>45</sup>. En ese contexto, el establecimiento de políticas públicas a través de contratos administrativos a largo plazo influenciará el desarrollo social y económico del país y la prestación de servicios públicos.

La realidad es que existen actualmente varias políticas públicas en diferentes sectores de interés público siendo implementadas a través de contratos administrativos. Esa es la realidad en el sector de energía, en el sector de las

42 MANUEL AFONSO VAZ, *Direito económico*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 23.

43 Siguiendo al autor, la Administración pasó a tener a su disposición dos nuevos dominios para la acción contractual: a) el dominio de los contratos económicos (modalidades de acción económica del Estado), como objetivo exclusivo de intervención económica, celebrados en el ámbito de la política y del fomento económico, destinados a condicionar las decisiones de los operadores económicos; y b) el dominio de los contratos como objeto social (que no tienen finalidad exclusiva de intervención, pero intervienen indirectamente en la medida en que realizan derechos sociales). O sea, se trata de la penetración del contrato en el dominio económico y social. Queda claro que el contrato pasó a ser *modus operandi* del Estado, auxiliando en la estructuración descentralizada de la Administración pública. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Contratos fiscais*, Coimbra: Coimbra, 1994, pp. 9-84.

44 EGON BOCKMANN MOREIRA, "O contrato administrativo como instrumento de governo", *óp. cit.*, p. 13.

45 FÁBIO KONDER COMPARATO, "Novas funções judiciais no Estado Moderno", en Clèmerson Merlin Clève y Luís Roberto Barroso, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4, São Paulo: RT, 2011, p. 720.

telecomunicaciones, en la infraestructura y en la lógica industrial, en el sector de transporte, en el sector de puertos y en el sector de aeropuertos, en fin, en todas las actividades económicas y servicios públicos previstos en el artículo 21 de la Constitución Federal, para citar algunos ejemplos. Asimismo, el contrato administrativo amplía su actuación tanto como instrumento de ejecución como herramienta de formulación de políticas públicas. Los contratos estatales como medios de implementación de políticas públicas, a través de una selección estratégica, permiten en efecto buscar y concretar el interés público necesario para cada sector. Esa selección que sirve de instrumento a la implementación de las políticas públicas, también incide sobre la toma de decisión. No obstante, no se puede dejar de observar que existe una paradoja en esa realidad presentada, consistente en que las políticas públicas están naturalmente sujetas a las oscilaciones de la acción política, así como a los movimientos de impulso y de retorno, especialmente considerando el tiempo de los mandatos y las diferencias ideológicas programáticas y filosóficas entre los partidos políticos. De igual modo, están también sujetas a la oportunidad y casuística de las negociaciones parlamentarias, las cuales pueden ser sustituidas o transformadas al iniciar un nuevo mandato.

Con la formulación e implementación de una política pública a través del contrato administrativo, especialmente del contrato de concesión, hay cierta estabilidad en sus decisiones y continuidad en la toma de estas. El contrato administrativo hace posible la manutención de la política pública seleccionada por un largo plazo. Esta situación puede aparentemente establecer una paradoja con lo afirmado antes acerca de la característica natural de la mutabilidad del contrato administrativo, pero no pasa de ser una contradicción. Los contratos de larga duración son naturalmente mutables para permitir su vigencia prolongada en el tiempo, lo que no significa que las políticas públicas en ellos contenidas sean necesariamente alterables.

Se observa así que la naturaleza del contrato de larga duración, como un instrumento para alcanzar el derecho al desarrollo, revoluciona el espacio de las políticas públicas, pues permite un nuevo modelo de definición y control de políticas públicas de largo plazo, permeado por la mutabilidad. La garantía de la mutabilidad del contrato genera seguridad jurídica y estabiliza la política pública en el ordenamiento jurídico y en la sociedad civil, transformando una política pública de gobierno en una política pública de Estado.

Los servicios públicos disciplinados por contratos de larga duración poseen dimensión y tutela colectiva y su prestación a través de contratos estatales posibilita la ampliación del acceso universal, estabilidad de la prestación, eficiencia e impersonalidad en su ejecución. La larga duración de los contratos de concesión no sustentaría la relación jurídica Estado-sociedad si no permitiese la mutabilidad y maleabilidad de sus términos. La certeza en el contrato de concesión es la transformación, porque es imposible hacer presentes todas sus

relaciones para el futuro<sup>46</sup>. Por la característica de la mutabilidad, los contratos estatales de larga duración poseen la capacidad de adaptación a las necesidades de la actualidad, universalidad y acceso del servicio público. La seguridad del contrato viene de la certeza de la mutación. Ambas condiciones aparecen por ende como valores complementarios y no contradictorios<sup>47</sup>.

## 5. ESTABILIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR CONTRATO Y LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

El concepto de validez constituye una protección contra el capricho, la arbitrariedad o la locura. La legitimidad de los actos estatales se refiere a la imposibilidad de establecer un comando legal basado únicamente en la fuerza. El concepto ideal de la legitimidad del poder se basa en el reconocimiento espontáneo del orden establecido, la aceptación natural de las decisiones y la falta de cuestionamiento sobre la pertinencia de las instituciones. Algo que es muy difícil de lograr por el gobierno. A lo largo del siglo XX, la legitimidad o validez de los actos gubernamentales estuvo mucho más vinculada al acto administrativo que al contrato. Las políticas públicas fueron llevadas a cabo básicamente por entidades estatales, además de ser establecidas por decisiones unilaterales de funcionarios y administradores del gobierno. Sin embargo, desde el punto de vista del típico Estado contratante del siglo XXI, el enfoque ideal de legitimidad busca ampliar el consenso y reducir el unilateralismo. Por tanto, un modelo que hace aún más difícil lograr la legitimidad democrática del acto, ya que obtener soluciones negociadas, que pueden variar con el tiempo, es aún más complejo. Además, la alteración de decisiones previamente establecidas puede generar desconfianza y disminuir las expectativas entre las partes contratantes y los destinatarios del servicio público.

El contrato administrativo fue y es utilizado como un instrumento del Poder Público para estimular conductas privadas de interés público y la creación de

46 Egon Bockmann Moreira entiende como error el hecho de admitir subjetivamente que el contrato y todas las situaciones que se derivan de él sean previsible, pues en un contrato de plazo de 35 años no hay previsibilidad, como por ejemplo en concesión de vías, en que variantes pueden aumentar y disminuir obligaciones y la propia tarifa. En verdad, entiende el autor que la gran dificultad está en la gestión de esas variables, que no encuentran disciplina en la teoría del contrato tradicional. EGON BOCKMANN MOREIRA, "Contratos administrativos de largo plazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro", en Egon Bockmann Moreira (coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81. En el mismo sentido ver FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES, "O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição", en Egon Bockmann Moreira (coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95.

47 EGON BOCKMANN MOREIRA, "O contrato administrativo como instrumento de governo", óp. cit., p. 10.

soluciones privadas de interés público, en donde el consenso es una opción, en lugar de la coerción. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ya en el inicio del siglo XXI observaba una tendencia hacia la adopción de formas consensuales, motivadas o fundamentadas para crear más garantías contra el abuso de la autoridad, el aumento del potencial creativo, la reducción de costos, el aumento de la legitimidad y de la calidad de la decisión, así como una mayor confianza de las decisiones<sup>48</sup>. El hecho es que el aumento de la complejidad en la relación Estado-sociedad exigió la colaboración del particular y la dimensión de un Estado "suficiente" exigió mecanismos consensuales. Y en ese punto el contrato administrativo asumió un protagonismo en la relación jurídico-administrativa.

El fortalecimiento de la negociación en el contexto de la Administración pública, a través de la contractualización administrativa, permite una planeación a largo plazo en la satisfacción de los derechos fundamentales. Sabino Cassese señala que, en la contemporaneidad, la negociación asume el lugar del procedimiento, habiendo también una alteración de la tipicidad por la libertad de las formas y de la permuta en lugar de la ponderación<sup>49</sup>.

A nuestro juicio, el Estado contractualizado es un Estado cooperativo, permeado de relaciones emancipadoras con la sociedad civil, en el que la cooperación aparece como fundamento de la realización de políticas públicas promotoras de derechos. En este espacio, la Administración pública ocupa una función encaminada a la realización de los derechos fundamentales, a través de instrumentos como los contratos multilaterales que posibilitan un relacionamiento entre el Poder Público contratante y el contratista menos enfocado en la colisión entre intereses públicos y privados y más enfocados en la visión de la asociación. En este contexto, es importante la preocupación sobre la legitimación democrática en el establecimiento de una política pública por contrato a largo plazo y su consecuente estabilización. No se deja de considerar que la estabilización de políticas públicas en contratos de larga duración pueda, en cierta medida, producir un déficit democrático, especialmente si fuese considerado para fines de legitimación democrática la aprobación de un programa de gobierno por el sufragio universal. Aún así, conviene destacar que

48 Ese modelo de relación jurídico-administrativa fue denominado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como "Estado de juridicidad plena". DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 37-48.

49 SABINO CASSESE, "La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado", óp. cit., p. 157. En igual sentido, Gaspar Ariño Ortiz apuntaba que las transformaciones en la contemporaneidad producirán la noción de un Estado contractual, con la progresiva utilización de instrumentos negociales firmados entre el Estado y entidades privadas para la obtención del interés público, habiendo prevalencia de estos instrumentos sobre prácticas que privilegian la autoridad y la imposición unilateral en los procesos de la toma de decisión por el Estado. GASPAR ARIÑO ORTIZ, "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", en Gaspar Ariño Ortiz (org.), *Privatización y liberalización de servicios*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 26.

el problema no reside en el contrato de concesión en sí, sino en la selección o definición del objeto a ser ejecutado. La posible deficiencia de legitimación democrática está en el hecho de esa decisión no ser tomada por el legislador y sí por el administrador.

En ese punto, es relevante la defensa de una mayor discusión sobre la definición, naturaleza y extensión de los objetos que deben ser ejecutados. Esa característica relacional debe permitir una amplia participación de la sociedad en la formación de los proyectos que resultarán en la definición de la política pública, cristalizada en el contrato administrativo de concesión. Si hay un incremento cualitativo y cuantitativo en la participación, se reduce el nivel de pérdida de la legitimidad democrática.

La planeación y estabilización de políticas públicas para la realización de derechos fundamentales exige la ampliación del consensualismo, dirigida a permitir una discusión e influencia en la construcción del proceso de la toma de decisión contractual. Es necesario que tanto el contratista como la sociedad civil puedan influenciar la formación del contrato y la definición de la política pública por él estabilizada.

La ampliación de la discusión sobre la planeación del contrato reduce el déficit democrático, en las hipótesis en las que la alternancia del gobierno por la manifestación de la soberanía popular niega la política del gobierno anterior. Es exactamente esa realidad la que se pretende evitar. Partiendo de la máxima "*Los gobiernos van y vienen, las Administraciones permanecen*", se visualiza en la relación contractual administrativa una importante herramienta para la estabilización de políticas públicas, especialmente las que conceden o amplían derechos sociales, responsables por el acceso universal y el modo de la tarifa de servicios públicos<sup>50</sup>. Al ampliarse la discusión en la fase de planeación de la licitación, se posibilita que diferentes sectores de la sociedad puedan opinar sobre las bases técnicas, jurídicas, económicas, ambientales y hasta sociales del objeto contractual, y se permite una mayor legitimación democrática, especialmente considerando el hecho de que en los pleitos electorales muy poco se discute con la sociedad civil sobre la naturaleza de los programas de gobierno, y cuando se discute, no hay verticalización.

## CONCLUSIONES

Utilizándose como filtro el sistema constitucional, el contrato de concesión puede representar un instrumento para combatir o superar las amenazas que de alguna manera impiden la correcta y total garantía de los derechos, un valioso

50 PAULO RICARDO SCHIER y ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER, "Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 74, 2018, pp. 67-96.

espacio de reserva histórica y de estabilidad jurídica. No es razonable la deconstrucción de políticas públicas concesivas de derechos sociales implementadas a través de contratos estatales en el régimen concesionario, con retrocesos históricos y un claro perjuicio al interés público<sup>51</sup>. La contractualización del Estado produce un efecto colateral deseable, relacionado con la estabilización de las políticas públicas insertadas en el contrato de concesión. Si este representa un instrumento de planeación estatal para la realización de servicios públicos, la ampliación de la discusión y de su legitimación democrática es un aspecto relevante. Con todo, es preciso destacar que el principio de la mutabilidad permite que el contrato administrativo pueda adaptarse a diferentes y nuevas realidades, lo que significa que podría incluso sufrir alteraciones en el rumbo de la política pública en ella insertada. Eso también contribuye a la reducción del déficit democrático en la medida en que las alteraciones en su configuración original podrán derivar de manifestaciones del control social<sup>52</sup>. En este orden de ideas, es innegable que la mutabilidad y la adaptabilidad del contrato de concesión, traducidas en su capacidad de adaptación y en la visión procesal de su ejecución, puedan producir a través del consenso la legitimación democrática, desde que se posibilite la ampliación de la participación popular en el proceso de la toma de decisión para la planeación y ejecución del contrato. A partir de una conclusión lógica, podemos afirmar que la mutabilidad natural de los contratos de concesión como un modelo más apropiado para el siglo XXI es la hipótesis correcta. En última *ratio*, el Estado contractualizado viabiliza la satisfacción de derechos fundamentales y puede servir como un poderoso instrumento de ampliación democrática en la planeación estatal para la realización de servicios públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

AMORIM, JOÃO PACHECO DE. *Direito Administrativo da Economia*, vol.1. Coimbra: Almedina. 2014.

ARIÑO ORTIZ, GASPAS. "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica". En Gaspar Ariño Ortiz (org.), *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

51 FREDERICO MENEZES BREYNE, "Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 75, 2019, pp. 83-104.

52 Aunque sea forzoso reconocer que actualmente no hay en el derecho positivo brasilero instrumento alguno que posibilite la participación popular efectiva en ese nivel de la relación contractual. Esa todavía es una realidad que debe ser construida.

- BREUS, TIAZO LIMA. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. Tesis de doctorado en Derecho, Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal do Paraná, 2015.
- BREYNE, FREDERICO MENEZES. "Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 75, 2019.
- CABRAL DE MONCADA, LUÍS S. *A relação jurídica administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- CASALTA NABAIS, JOSÉ. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CASSESE, SABINO. "La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado". En Sabino Cassese, *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
- COMPARATO, FÁBIO KONDER. "Novas funções judiciais no Estado Moderno". En Clèmerson Merlin Clève y Luís Roberto Barroso, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 4. São Paulo: RT, 2011.
- FREEMAN, JODY Y MARTHA MINOW. "Reframing the outsourcing debates". En Jody Freeman y Martha Minow, *Outsourcing and American Democracy*. Londres: Harvard University Press, 2019.
- FREITAS FILHO, ROBERTO Y RENATO CASAGRANDE. "O problema do tempo decisório nas políticas públicas". *Revista de Informação Legislativa*, n.º 47, 2010.
- GABARDO, EMERSON. "Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento". *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 11, n.º 3, 2019.
- GABARDO, EMERSON Y MAURÍCIO CORRÊA DE MOURA REZENDE. "O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 115, 2017.
- GONÇALVES, PEDRO COSTA. "A relação jurídica fundada em contrato administrativo". *Seminários de Justiça Administrativa 9 - Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007.
- GONÇALVES, PEDRO COSTA. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GUIMARÃES, EDGARD Y JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS. *Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n. 13.303/2016 - Lei das Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GUIMARÃES, FERNANDO VERNALHA. "O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição". Em Egon Bockmann Moreira

(coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HACHEM, DANIEL WUNDER. "Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material". *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 55, 2014.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. "Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos". En Romeu Felipe Bacellar Filho (coord.), *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. "Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR". En Egon Bockmann Moreira (coord.), *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2013.

LIMA, RENATA FARIA SILVA. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no Direito Administrativo e no Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MACEDO JR., RONALDO PORTO. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, 2.ª ed. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES NETO, FLORIANO DE AZEVEDO. "Do contrato administrativo à administração contratual". *Revista do Advogado*, vol. 107, 2009.

MARQUES, FRANCISCO PAES. *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares - Contributo para a sua Compreensão Substantiva*. Coimbra. Almedina Editora, 2011.

MARTINS, LICÍNIO LOPES. *Empreitada de obras públicas. O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro)*. Coimbra: Almedina, 2017.

MATA DIZ, JAMILE BERGAMASCHINE Y ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS. "Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil". *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 65, 2016.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, EGON BOCKMANN. "Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro". En Egon Bockmann Moreira (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno. A lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- MOREIRA, EGON BOCKMANN. "O contrato administrativo como instrumento de governo". En Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos da Contratação Pública IV*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MOREIRA, EGON BOCKMANN. *Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da Lei 8.987/95 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- OLIVEIRA, GUSTAVO JUSTINO DE. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- SCHIER, ADRIANA DA COSTA RICARDO Y PAULO RICARDO SCHIER. "Serviço Público Adequado e a Cláusula da Vedação do Retrocesso Social". *Revista do Direito de Administração Pública*, vol. 1, n.º 2, 2016.
- SCHIER, PAULO RICARDO Y ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER. "Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação". *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 74, 2018.
- VALLE, VIVIAN CRISTINA LIMA LOPEZ. "Um novo regime jurídico para os contratos administrativos: aplicação subsidiária da condição de autoridade, inexistência de um regime geral de prerrogativas e enquadramento do contrato administrativo como instrumento de desenvolvimento". *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n.º 72, 2018.
- VAZ, MANUEL AFONSO. *Direito económico*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.