

Elaboración y retos iniciales de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos

Antonio Augusto Junho Anastasia

Máster en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG) en 1990 y licenciado en Derecho por la misma institución en 1983. Fue profesor de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la UFMG de 1993 a 2022. Actualmente es profesor de la Fundación Getúlio Vargas (FGV), el Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP), el Centro Universitario Presidente Antônio Carlos (Unipac) y el Instituto de Enseñanza Superior Presidente Antônio Carlos (IMEPAC). Fue secretario ejecutivo de los Ministerios de Trabajo y Justicia de 1995 a 2001; secretario de estado de varios departamentos en el Gobierno de Minas Gerais; vicegobernador del estado de Minas Gerais de 2007 a 2010; gobernador del estado de Minas Gerais de 2010 a 2014; Senador Federal por Minas Gerais de 2015 a 2022. Ministro del Tribunal de Cuentas de la Unión desde 2022.

Flávio Henrique Unes Pereira

Doctor y máster en Derecho Público por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Director del Departamento Jurídico de la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (Fiesp). Profesor del programa de maestría profesional del Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP). Socio del despacho de abogados Silveira e Unes Advogados. Fue asesor especial de la Presidencia del Supremo Tribunal Federal, asesor de un ministro del Superior Tribunal de Justicia y asesor de un ministro del Tribunal Superior Electoral. Expresidente de la Comisión Especial de Protección de Datos del Colegio de Abogados de Brasil (OAB Federal). Fue asesor parlamentario en el Senado Federal y la Cámara de Diputados. En el Gobierno del Estado de Minas Gerais (2011-2012), desempeñó el cargo de subsecretario estatal de la Casa Civil y Relaciones Institucionales.

Contenido: 1. Introducción; 2. El punto de ebullición de la dicotomía entre el formalismo y el resultado; 3. Proceso legislativo más allá del procedimiento: la concepción filosófica de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos; 4. Los primeros años de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos; 4.1 Resistencia a la plena vigencia: desconocimiento y temor al castigo; 4.2 ¿Ley nacional o ley federal?: entre el detalle y la innovación; 4.3 La extrema adhesión al menor precio; 4.4 Un nuevo entorno de gestión pública; 5. Conclusiones; Referencias.

Resumen: El artículo analiza los retos en la transición de la Ley n. 8.666/1993 a la Ley n. 14.133/2021, un marco regulatorio que busca modernizar la gestión pública brasileña promoviendo eficiencia, flexibilidad y calidad en las contrataciones públicas. Examina las limitaciones de la legislación anterior, el proceso de elaboración de la nueva ley y los obstáculos enfrentados en su implementación, como la resistencia de los gestores, el debate sobre el detalle normativo y la persistencia en el criterio del menor precio. A partir de un enfoque crítico, discute el papel de los diversos actores institucionales en la superación de barreras culturales y estructurales, con vistas a la construcción de una Administración Pública más alineada con las demandas contemporáneas.

Palabras clave: derecho administrativo; derecho constitucional; proceso legislativo; licitaciones; contratos administrativos.

1. Introducción

Sin un contrato administrativo, la administración pública no puede funcionar. En una estructura institucional como la brasileña, donde la Constitución formuló una serie de promesas de que el Estado actuaría para promover mejoras para la población, el estudio y la mejora de los contratos públicos se vuelve esencial.

La administración pública brasileña enfrenta desafíos relacionados con la modernización y eficiencia de sus procesos, especialmente en el ámbito de las licitaciones públicas y los contratos administrativos. No es exagerado afirmar que estos problemas se diagnosticaron en los primeros años de la Constitución de 1988 y la Ley n.º 8.666/1993. Si bien la antigua ley sobrevivió a la reforma administrativa de la década de 1990, sus instrumentos resultaron insuficientes para abordar la creciente complejidad y dinamismo de las demandas sociales y económicas contemporáneas. De hecho, la promulgación de la Ley n.º 14.133/2021 representa un hito regulatorio que busca reposicionar al Estado brasileño hacia una administración pública más moderna, ágil y eficiente.

La nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos introduce una serie de innovaciones regulatorias que buscan romper con prácticas obsoletas. Su propuesta es simplificar los procedimientos, aumentar la discrecionalidad de los administradores públicos y aplicar criterios de juicio de valor que van más allá de la simple búsqueda del precio más bajo. Sin embargo, la transición a este nuevo modelo regulatorio no ha estado exenta de contratiempos. La resistencia cultural, estructural e institucional ha dificultado la plena implementación de la legislación, creando un entorno de incertidumbre y debate sobre la efectividad de los cambios introducidos.

Este trabajo tiene como objetivo analizar los principales aspectos que marcaron la creación y los primeros años de vigencia de la Ley n.º 14.133/2021. El primer capítulo examina la transición legislativa, con énfasis en la dicotomía creada por la Constitución y la insuficiencia práctica y filosófica de la Ley n.º 8.666/1993. El segundo capítulo aborda el proceso legislativo que dio origen a la nueva ley, pero con un enfoque en el movimiento reformista que buscó rediseñar la administración pública otorgando mayor autonomía a los gestores, abandonando el formalismo y fomentando una cultura administrativa más eficiente y menos burocrática. El tercer capítulo analiza tres desafíos concretos enfrentados en la implementación de la nueva ley: (i) la resistencia a su plena vigencia, a menudo motivada por la falta de conocimientos técnicos y el temor a sanciones por parte de los organismos de control; (ii) el debate sobre el detalle de sus disposiciones y su impacto en la autonomía de las entidades subnacionales; y (iii) la persistencia de prácticas centradas en la búsqueda del precio más bajo, en detrimento de la calidad de los contratos públicos.

Articulando estos tres ejes, el artículo busca comprender por qué se promulgó la nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos y cómo va la transición hacia el nuevo régimen jurídico.

Más que un simple análisis normativo de las disposiciones de la ley o una descripción detallada de los acontecimientos del proceso legislativo, este artículo propone un debate sobre el papel de la cultura administrativa brasileña en la implementación de cambios estructurales. Ofrece un debate crítico sobre el papel desempeñado en la implementación de la nueva ley por los diversos actores institucionales, desde el Poder Legislativo en su elaboración, pasando por su aplicación en el Poder Ejecutivo, hasta la supervisión de los Tribunales de Cuentas y el Poder Judicial. En definitiva, el objetivo es comprender cómo interactúan estos elementos y qué obstáculos culturales y estructurales deben superarse para que la Ley n.º 14.133/2021 alcance su potencial transformador.

Al articular las dimensiones legislativa, administrativa y de control, este trabajo busca contribuir a la profundización del estudio sobre el sistema de compras públicas brasileño y provocar reflexiones sobre los caminos para construir una administración pública más eficiente y alineada a las demandas actuales.

2. El punto de ebullición de la dicotomía entre formalismo y el resultado

La Constitución de 1988 es el resultado de una confluencia de factores históricos, políticos, filosóficos, institucionales y sociales que dieron lugar a un ecosistema en el que la gente reclamaba la mejora del país. La movilización de la sociedad civil y la convergencia política hacia el consenso democrático crearon un nuevo orden estatal comprometido con la promoción del bienestar social mediante la garantía de los derechos individuales, sociales, políticos, económicos y culturales.

Por esta razón, el texto constitucional incorporó las demandas históricas de igualdad, dignidad y justicia social al presentar una amplia y ambiciosa lista de derechos y garantías fundamentales. La educación, la salud, la vivienda, el trabajo y la protección del medio ambiente son solo algunos de los derechos que deben ser garantizados por la acción del Estado. Esta promesa constitucional tiene su origen en una concepción programática, en la que la Constitución no solo establece normas organizativas, sino que también proyecta un poder público que garantiza derechos e impulsa transformaciones estructurales. De hecho, el constituyente fue generoso con las políticas públicas y con la exigencia de que la actividad administrativa se sustentara en el objetivo fundamental de ofrecer a la población un amplio acceso a servicios de calidad.

Al mismo tiempo, sin embargo, la transición democrática se preocupó por los abusos ocurridos bajo el régimen anterior y creó estrictos mecanismos de control en todas las etapas de la actividad estatal. Esta severidad se observa en diferentes ámbitos, como el control administrativo, el control legislativo, el control judicial y, sobre todo, el control ejercido por los tribunales de cuentas. Si bien, por un lado, estos niveles adicionales de supervisión garantizan la buena gestión de los recursos públicos, por otro lado, imponen una serie de mecanismos que pueden obstaculizar la ejecución de proyectos estratégicos.

Así, se revela que la amplia gama de derechos y mejoras previstas en la Constitución contrastaba con la rigidez de los sistemas de control establecidos para la actuación de los poderes públicos. La Constitución «impuso el reto de consolidar la democracia brasileña fomentando la participación ciudadana y aumentando la transparencia del Estado en la definición y el cumplimiento de sus funciones, en un entorno institucional marcado por una tradición autoritaria y paternalista, junto con múltiples divisiones sociales» (Vilhena, 2010).

Se ha creado un escenario de dicotomía constante en la administración pública brasileña: ¿cómo garantizar lo previsto en la Constitución sin dejar de cumplir procedimientos y requisitos de control estrictamente reglamentados?

En la práctica, esto suele resultar en dos escenarios problemáticos: la excesiva preocupación por el cumplimiento formal de los procedimientos, que muchas veces paraliza la administración pública y retrasa la entrega de políticas públicas esenciales; y la incertidumbre jurídica generada por las dudas en la interpretación de la ley y el activismo de los organismos de control, que han creado un ambiente de incertidumbre para los gestores públicos, quienes muchas veces evitan tomar decisiones por temor a sanciones.

Ante este dilema, la Ley n.º 8.666/1993 se promulgó en los albores de la Constitución para regular los procesos de licitación y contratación pública en Brasil. Como todas las leyes, la recientemente derogada ley de licitación pública es producto de su época, es decir, de los primeros cinco años del nuevo orden constitucional, un período en el que las instituciones aún estaban aprendiendo a lidiar con la dicotomía entre la rigidez de los procedimientos formales y la necesidad de implementar políticas públicas de calidad. Esta cronología tiene implicaciones relevantes para comprender la naturaleza de la mencionada ley, que buscaba implementar los principios constitucionales de legalidad, igualdad y eficiencia, pero que, sin embargo, reflejaba la visión burocrática imperante en ese momento histórico, marcada por un rígido formalismo procesal.

En realidad, la Ley 8.666/1993 respondió a la creciente desconfianza respecto a la capacidad del Estado para garantizar la equidad en las contrataciones públicas (Alves, 2017, p.530), y así optó por consolidar una estructura legal que priorizaba el control formal sobre la velocidad y adaptabilidad en las contrataciones públicas. El texto de la ley entonces detalló en detalle los pasos necesarios para llevar a cabo los procesos de licitación, desde la apertura del proceso de licitación hasta su adjudicación y ejecución del contrato. De igual manera, la ley reforzó el control externo e interno sobre los contratos administrativos, integrando la cultura de supervisión detallada que permeaba la administración pública brasileña. Estas características ampliaron el espacio para la expansión del rol de los organismos de supervisión e impusieron desafíos a la administración pública, como el aumento de la inseguridad jurídica para los gerentes que lidian con situaciones complejas o atípicas.

Es decir, el enfoque adoptado por la Ley 8.666/1993 buscaba prevenir el fraude y la malversación de fondos, un objetivo alineado con el contexto político posdictatorial, en el que la transparencia y la moral administrativa eran exigencias centrales. Sin embargo, la rigidez procesal conllevaba el riesgo de ralentizar excesivamente los procesos y obstaculizar la implementación de políticas públicas ágiles y adaptadas a las necesidades de la sociedad. Al estar diseñada para frenar el abuso, la ley contribuyó a forzar la dicotomía de la Constitución de 1988 hacia el formalismo, ya que, mientras que los derechos programáticos exigían respuestas rápidas e innovadoras, el marco procesal de la ley imponía un ritmo más lento y estrictamente controlado a la administración pública.

En este contexto, es importante destacar que la Ley n.º 8.666/1993 se promulgó dos años antes de la introducción del Plan Director de Reforma del Aparato Estatal en 1995, que sentó las bases de la llamada reforma de la gestión en Brasil. Este importante hito en la administración pública brasileña influyó en las políticas públicas en busca de una gestión basada en resultados, más centrada en la eficiencia, los resultados y la flexibilidad en las prácticas administrativas (Bresser-Pereira, 1996, p.10). En efecto, la ley se convirtió en un símbolo del modelo burocrático que sería cuestionado y combatido por la lógica gerencialista.

La tensión entre el cambio de paradigma de la Administración y la obsolescencia de la Ley n.º 8.666/1993 se hizo evidente en situaciones que exigían agilidad, como crisis económicas y emergencias, en las que la rigidez de las normas legales dificultaba la respuesta rápida del Estado. Por ello, desde la reforma de la gestión, el sistema de contrataciones públicas se ha visto modificado: (i) por numerosas modificaciones parciales del texto de la ley; (ii) por interpretaciones del Poder Judicial y los tribunales de cuentas; (iii) por la regulación creativa de las disposiciones de la ley; y (iv) por la promulgación de leyes dispersas, como la de subastas (Ley n.º 10.520/2002) y la del Régimen Diferenciado de Contrataciones Públicas (Ley n.º 12.462/2011). Lamentablemente, la fragmentación regulatoria resultante de docenas de cambios legales, decisiones judiciales y regulatorias oscilantes y la proliferación de regulaciones sublegales ha crecido como una bola de nieve hasta convertirse en un sistema cada vez más complejo, costoso e inseguro.

Así, la aplicación de la Ley n.º 8.666/1993 a lo largo de tres décadas ha revelado importantes limitaciones prácticas. Finalmente, la combinación del formalismo con la complejidad, la engorrosidad y la inseguridad del marco regulatorio ha generado una avalancha administrativa: la parálisis de las decisiones administrativas y la ineficiencia en la entrega de resultados a la sociedad. Esta realidad se caracteriza por lo que podría denominarse el dogma del procedimiento sobre los resultados, una práctica que prioriza el estricto cumplimiento de las normas formales en detrimento de la eficiencia y el bien público.

Para muchos gestores públicos, el éxito de un contrato dependía exclusivamente del cumplimiento de las normas procesales, incluso si el resultado no favorecía el interés público (Anastasia, 2022). Este afán por el formalismo, fruto de una cultura de temor a las sanciones impuestas por posibles errores procesales, contribuye al fenómeno conocido como el «apagón de plumas» (parálisis decisoria). En este escenario, los gestores se abstienen de tomar decisiones, prefiriendo esperar directrices detalladas o, en casos extremos, la autorización judicial para actuar. Como bien resumió el jurista argentino Roberto Dromi en su irónica descripción del Código de Incumplimiento: “art. 1: no se puede; art. 2: en caso de duda, abstenerse; art. 3: si es urgente, esperar; art. 4: siempre es más prudente no hacer nada” (Dromi, 1995, p.35).

Esta mentalidad pone claramente de manifiesto la incompatibilidad entre la concepción de la Ley n.º 8.666/1993 y la realidad contemporánea. El desequilibrio entre el control y la autonomía en la toma de decisiones ha propiciado la proliferación de la figura del gestor infantilizado, quien, temeroso de las consecuencias de sus actos, prefiere permanecer inerte. Por ello, la etapa final de la «Era 8.666» se caracterizó por: (i) la insatisfacción de la población con obras y servicios esenciales, que se veían frecuentemente retrasados o interrumpidos debido a la reticencia de los gestores a aprobar etapas o a afrontar imprevistos contractuales; y (ii) la complacencia de la Administración, a la espera de la tranquilidad de una decisión judicial que autorizara al gestor a actuar, ordenara qué hacer o, en última instancia, determinara cómo hacerlo. Ante este panorama, la necesidad de modernización legislativa se hizo ineludible.

3. Proceso legislativo más allá del procedimiento: la concepción filosófica de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos

Más allá de la secuencia y los debates procesales, el proceso legislativo que dio origen a la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Públicos estuvo marcado por cuestiones filosóficas que orientaron su desarrollo. A partir del reconocimiento de la inviabilidad de mantener un sistema que priorizaba el formalismo sobre los resultados, surgió un movimiento reformista que se destacó en las 54.^a y 55.^a legislaturas del Congreso Nacional, cuyas acciones fueron más allá de la simple modificación de las reglas de las licitaciones públicas y los contratos administrativos en Brasil.

El punto de inflexión inicial de esta transformación se identifica en la Ley n.º 13.129/2015, que modificó la Ley n.º 9.307/1996, que regula el arbitraje en Brasil. La inclusión del sector público en el régimen arbitral demostró que el interés público puede ser compatible con la flexibilidad en la búsqueda de soluciones eficientes. Este avance representó un hito al reconocer que la Administración podía adoptar instrumentos más dinámicos y eficaces, siempre que respetaran los principios constitucionales.

El reconocimiento de que la indisponibilidad del interés público no puede considerarse un dogma fue la base de una serie de reformas legislativas más amplias, intrínsecamente relacionadas con la reformulación del marco regulatorio de las licitaciones públicas y los contratos administrativos. Los frutos de este esfuerzo legislativo son: la Ley n.º 13.303/2016 (Ley de Sociedades Públicas), que introdujo nuevas normas para las empresas públicas y las sociedades de capital mixto; la Ley n.º 13.655/2018 (que modificó la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño; Ley de Seguridad Jurídica), que reconoció la importancia de la buena fe, la motivación adecuada y la previsibilidad como pilares para una gestión pública eficiente; y la reforma de la Ley de Faltas Administrativas (Ley n.º 14.230/2021), que restringió las sanciones a situaciones caracterizadas por dolo, mala fe o fraude.

Estos cambios legislativos se basaron en el reconocimiento de que la administración pública se enfrentaba a una parálisis en la toma de decisiones, a menudo atribuida al temor de los gestores públicos a incurrir en sanciones desproporcionadas. El nuevo paradigma comenzó a otorgar mayor confianza a los gestores públicos, brindándoles herramientas y autonomía para planificar, implementar y ejecutar políticas públicas.

En este sentido, la Ley N.º 14.133/2021 refleja un cambio de mentalidad: el enfoque ha pasado del mero cumplimiento formal de las normas a la acción orientada a resultados, con mayor libertad para que el agente diseñe, ejecute y ejecute contratos administrativos. Por ello, la reforma del marco legal de la contratación pública no se limitó a ajustes técnicos; existía la necesidad simbólica de una nueva ley que consolidara el nuevo modelo de gestión pública. Si bien muchas disposiciones se inspiran en leyes preexistentes, la diferencia radica en su estructura lógica, que prioriza la planificación y los resultados. Su concepción complementa un cambio filosófico en la comprensión de la administración pública, mediante el cual se busca adoptar un régimen más flexible y orientado a resultados.

De hecho, la promulgación de la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones Públicas marca más que un simple cambio regulatorio: simboliza el inicio de una nueva era en la contratación pública brasileña. Se elimina la punibilidad excesiva y se imponen las irregularidades calificadas, mientras que las restricciones burocráticas se imponen e incentivan a los administradores públicos proactivos. Esta transformación será esencial para fomentar la confianza en los administradores públicos y garantizar que los contratos públicos sean instrumentos eficaces para la implementación de políticas públicas, la mejora del bienestar social y la promoción del desarrollo nacional.

Sin embargo, la plena implementación de la ley requerirá no solo la adopción de nuevos procedimientos administrativos, sino también un cambio cultural integral capaz de transformar la dinámica entre la administración pública y los órganos de control. Para que la nueva ley alcance sus objetivos, es fundamental un esfuerzo conjunto y coordinado para alinear las prácticas administrativas, como las actividades de control, con las expectativas del interés público.

En este contexto, la Ley N.º 14.133/2021 sigue la línea de principios de su ley hermana, la Ley de Seguridad Jurídica, al incorporar una postura de tolerancia ante errores que no sean graves ni estén calificados de mala fe o intencionalidad. Esta dirección intencional tiene el objetivo inmediato de romper con la parálisis en la toma de decisiones y las sanciones desproporcionadas, y tiene como meta intermedia un cambio cultural: la tolerancia ante los errores debe ir acompañada de un esfuerzo conjunto entre la administración pública y el control externo. Corresponde a ambos construir un entorno de confianza mutua que, por un lado, exige a los administradores un trabajo más elaborado, un análisis exhaustivo de las circunstancias y una sólida motivación en sus acciones, pero que, por otro lado, modifica el rol del supervisor en contextos complejos e inciertos, invitándolos a colaborar

en el ciclo de las políticas públicas (Pereira, 2015). En otras palabras, es esencial que los organismos de control también se adapten a esta realidad, ajustando su rol para pasar de una postura predominantemente sancionadora a una más colaborativa y orientadora.

Al actuar como aliados en el desarrollo e implementación de políticas públicas, los organismos de control no solo pueden prevenir irregularidades, sino también fomentar buenas prácticas y apoyar la eficiencia administrativa (Sundfeld, 2021). Este cambio de rol fortalece la capacidad del Estado para servir al interés público, al reconocer que la gestión pública debe evaluarse con base en su buena fe y compromiso con los resultados, y no solo en el estricto cumplimiento de las formalidades, que son precisamente los fundamentos filosóficos del nuevo marco legislativo.

Además, uno de los pilares centrales de la Ley n.º 14.133/2021 es la valoración de la planificación como elemento esencial de la actividad administrativa. La planificación no consiste simplemente en cumplir una formalidad, sino en crear las condiciones para que los gestores públicos puedan tomar decisiones fundamentadas, basadas en la realidad de los hechos y ajustadas a las circunstancias concretas (Corrêa, 2007).

Para los gestores públicos, la planificación es una herramienta que les permite anticipar riesgos, prever los recursos necesarios y alinear los objetivos con los resultados esperados (Anastasia, 2006). Sin embargo, en la práctica, los gestores a menudo se enfrentan a situaciones de imprevisibilidad, sobrecarga de demanda y limitaciones presupuestarias. La nueva Ley de Licitaciones y Contratos Públicos, demostrando una vez más que comparte la esencia de la Ley de Seguridad Jurídica, reconoce esta realidad al otorgar a la planificación un papel central, promoviendo su realismo, adaptabilidad y pragmatismo, en lugar de ser meramente formal y burocrática.

Una planificación eficaz requiere un enfoque constante en los hechos y circunstancias de cada situación específica. La nueva ley anima a los administradores a considerar en sus decisiones: las condiciones económicas, sociales y regionales que puedan influir en la ejecución del contrato; la viabilidad técnica; los costos y beneficios proyectados; y la identificación y mitigación de riesgos, tanto para la Administración como para los contratistas.

Esto se debe a que, si bien es necesaria, la integración entre la planificación y la presupuestación no es suficiente para lograr los resultados deseados en el contexto de las políticas públicas. Planificar la visión macro que ofrecen los documentos presupuestarios fue importante en los primeros pasos de la consolidación de la reforma administrativa (Corrêa, 2007), pero ahora buscamos un paso hacia lo micro, y esto solo puede suceder si la planificación llega a los contratos administrativos.

La planificación en el ámbito de los contratos administrativos representa una de las fronteras más importantes que deben superarse para la modernización de la administración pública. A través de los contratos administrativos, el Estado facilita la prestación de servicios públicos y la implementación de las políticas públicas que demanda la sociedad, siendo este el instrumento central que conecta las necesidades de la población con las acciones concretas de la Administración. La falta de una planificación adecuada compromete no solo la eficiencia de estos contratos, sino también la capacidad del Estado para atender las demandas sociales con calidad y rapidez.

Además, al establecer la planificación como parte esencial de los procesos de licitación, la nueva ley promueve una mayor seguridad jurídica. Las decisiones tomadas con base en estudios preliminares bien elaborados, como los planes anuales de contratación, cobran fuerza y legitimidad, reduciendo el riesgo de cuestionamientos por parte de los organismos reguladores. La ejecución exitosa de los contratos administrativos depende de estudios preliminares sólidos, análisis de viabilidad y un

seguimiento continuo. Cruzar esta línea significa priorizar un Estado que reflexiona antes de actuar, garantizando mayor seguridad jurídica, eficiencia en la asignación de recursos y resultados más satisfactorios para la población. Una planificación adecuada permite una mayor adaptación práctica, alineando la contratación pública con las necesidades reales de la Administración y la disponibilidad de recursos.

Por lo tanto, el cambio cultural necesario para implementar la nueva ley implica una mayor colaboración entre la administración y el control. Si bien la planificación proporciona mayor previsibilidad y eficiencia a las acciones administrativas, los organismos de control deben actuar como colaboradores rectores, en lugar de meros inspectores sancionadores. En otras palabras, los tribunales de cuentas deben priorizar el apoyo técnico, el análisis de la buena fe y la comprensión de las limitaciones prácticas que enfrentan los administradores. Esta interacción es esencial para consolidar una administración pública que valore el mérito de las decisiones y reconozca el peso de las circunstancias específicas en las que se tomaron.

Aunque es demasiado pronto para hacer un diagnóstico, los primeros años de la Ley n.º 14.133/2021 demuestran que no será fácil lograr la ruptura idealizada en el proceso legislativo.

4. Los primeros años de la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos

La aplicación concreta de la Ley n.º 14.133/2021, en sus inicios, enfrentó importantes desafíos, que reflejan tanto las barreras culturales y estructurales de la administración pública brasileña como los avances que la nueva legislación busca lograr. Entre los principales problemas identificados se destacan la resistencia a la plena vigencia de la nueva ley, el debate sobre su carácter federal y el apego extremo al precio más bajo.

4.1 Resistencia a la plena vigencia: desconocimiento y temor al castigo

El primer y más evidente desafío fue la resistencia de los gestores públicos a la entrada en vigor de la nueva ley. Esta resistencia se debe a dos factores principales: la falta de conocimiento técnico sobre los cambios introducidos y el temor a sanciones derivadas de errores en la aplicación de las nuevas normas.

La ley rompe con prácticas arraigadas e introduce herramientas que exigen una nueva perspectiva de planificación, gestión y control. Sin embargo, el temor a enfrentarse al rigor de los organismos de control impide a muchos gerentes aprovechar las nuevas posibilidades. Esta parálisis administrativa no es nueva en Brasil, donde la cultura del formalismo se ha utilizado como escudo para evitar acciones por temor a sanciones. En la práctica, muchos gerentes preferirían seguir el modelo antiguo, más seguro, aunque sea menos eficiente y menos adecuado a las exigencias actuales.

En previsión de esto, el Congreso Nacional otorgó un período de transición de dos años para que todos pudieran adaptarse a la nueva legislación. Durante este período, los administradores que se consideraban capaces de utilizar los instrumentos de la nueva Ley de Licitaciones y Contrataciones Públicas podían hacerlo, mientras que quienes se sentían inseguros podían continuar promoviendo contratos bajo las normas de la Ley N.º 8.666/1993.

Sin embargo, la resistencia a la nueva ley fue aún mayor. El 31 de marzo de 2023, víspera del segundo aniversario de la nueva ley, se emitió una medida provisional que prorrogó la transición hasta finales

de 2023. La prórroga fue adoptada definitivamente mediante la Ley Complementaria n.º 198/2023, y, con ella, quienes se resistieron al cambio dispondrían de nueve meses más de aplicación de las leyes anteriores.

En paralelo a este debate, el Dictamen 6/2022, de la Cámara Nacional de Licitaciones y Contratos Administrativos de la Procuraduría General de la República, propuso orientación normativa en el sentido de que el gestor podría manifestar interés en promover la contratación a través de la Ley n.º 8.666/1993, aún en fase interna, y que, si así se hiciera, el proceso licitatorio se regiría por la ley anterior, aunque esta hubiera terminado su vigencia:

La expresión legal «opción de licitar o contratar», a efectos de definir el acto jurídico establecido como referencia para la aplicación de la ultraactividad de la legislación anterior, debe ser la manifestación de la autoridad competente, aún en fase preparatoria, que opta expresamente por la aplicación del régimen de licitación anterior (Ley n.º 8.666/1993, Ley n.º 10.520/2002 y Ley n.º 12.462/2011). (Brasil, 2023)

El dictamen fue objeto de debate en el Tribunal de Cuentas de la Unión (TCU), que decidió utilizar la publicación del aviso como marco para definir el momento en que aún se podrían realizar contrataciones bajo las antiguas leyes:

9.21. los procesos de licitación y contratación directa en los que hubo “opción de licitar o contratar” bajo el antiguo régimen (Ley n.º 8.666/1993, Ley n.º 10.520/2002 y arts. 1 a 47-A de la Ley n.º 12.462/2011) hasta el 31 de marzo de 2023 podrán tener sus procedimientos continuados con base en la legislación anterior, siempre que la publicación del Edicto se materialice hasta el 31 de diciembre de 2023;

9.22. Los procesos que no se ajusten a las directrices establecidas en el inciso anterior deberán observar exclusivamente los mandatos contenidos en la Ley n.º 14.133/2021;

9.23. La expresión legal «opción de licitar o contratar» incluye la manifestación de la autoridad competente que opta expresamente por la aplicación del régimen de licitación anterior (Ley n.º 8.666/1993, Ley n.º 10.520/2002 y Ley n.º 12.462/2011), aún en fase interna, en un proceso administrativo ya instituido. (Brasil, 2023)

Mediante esta decisión, el TCU estableció una interpretación de la nueva ley que comprende los temores de los gestores, pero también reconoce la labor del Congreso Nacional, que impulsó la reforma del sistema de contrataciones. Esto se desprende del voto del ministro Augusto Nardes, relator del caso, quien reconoció que «es natural que exista cierto temor a la aplicación de nuevas disposiciones. Sin embargo, esta fase solo se superará con la aplicación práctica de la nueva ley», pero enfatizó la necesidad de evitar la «posibilidad de que algunos organismos y entidades públicas sigan utilizando las antiguas leyes de licitación indefinidamente, lo que acabaría perpetuando la aplicación de la Ley n.º 8.666/1993» (Brasil, 2023).

4.2 ¿Ley nacional o ley federal?: entre el detalle y la innovación

Durante el proceso legislativo, se debatió sobre posibles violaciones a la jurisdicción de los estados, municipios y el Distrito Federal, pero se llegó a un consenso con la demanda de las propias entidades subnacionales de un texto más detallado. Este movimiento fue impulsado por la búsqueda de la tranquilidad que los proyectos de la Procuraduría General de la República brindan a los administradores locales. El resultado fue una ley con un carácter más nacional que federal, con casi

doscientos artículos, muchos de los cuales reproducen directamente extractos de reglamentos sublegales del Poder Ejecutivo Federal¹ y sentencias del Tribunal de Cuentas de la Unión².

Si bien el sistema detallado proporciona un marco regulatorio sólido, también plantea riesgos para la creatividad y la innovación en la administración pública. Experiencias previas, como el surgimiento de la acreditación en Minas Gerais, demuestran cómo los enfoques locales pueden contribuir a soluciones eficaces que finalmente se incorporan al sistema nacional. Sin embargo, la uniformidad excesiva puede frenar estas iniciativas.

La solución reside en animar a los gestores a explorar las posibilidades que ofrece la nueva ley. Muchas disposiciones requieren regulación local, y es en este ámbito donde florecerán las buenas prácticas y los experimentos razonables. El control externo no debe considerar la creatividad como una desviación, sino como una forma de mejorar la eficiencia y la eficacia de la contratación pública.

4.3 La extrema adhesión al menor precio

El uso persistente del criterio del precio más bajo en la contratación pública representa un obstáculo significativo. La nueva ley autoriza el uso de otros criterios de valoración, como la técnica y el precio, la mejor técnica o el contenido artístico, siempre que sean adecuados a la finalidad del contrato. Sin embargo, los gestores y los organismos de control suelen dudar en utilizar estas alternativas, priorizando el criterio del precio más bajo, incluso cuando no es el más ventajoso para la Administración. Esta resistencia se deriva de una visión reduccionista de las finanzas públicas, que prioriza el gasto mínimo sobre la relación coste-beneficio a largo plazo. Si bien la ley ofrece a los gestores la posibilidad de motivar las decisiones basándose en criterios cualitativos, los organismos de supervisión exigen que siempre se considere el criterio cuantitativo.

Esto no solo ocurre al definir criterios para evaluar la mejor propuesta. Un ejemplo emblemático es la interpretación del art. 59 de la Ley n.º 14.133/2021, que fue diseñada para simplificar los criterios de descalificación de propuestas en la fase de juicio. El artículo prevé cinco hipótesis distintas, incluyendo propuestas con precios inviables (artículo III) y propuestas cuya viabilidad no ha sido demostrada (artículo IV). Además, la disposición establece un criterio objetivo para el precio inviable, es decir, cuando los valores son inferiores al 75% del valor presupuestado (§ 4), y hace una excepción para la realización de la debida diligencia para evaluar la viabilidad de las propuestas, cuando esta no ha sido demostrada (§ 2). En otras palabras, en el caso del artículo IV, hay un criterio fijo, sin lugar a discusión, y en el caso del artículo III, es posible un análisis subjetivo.

Sin embargo, algunas interpretaciones erróneas han generado más obstáculos burocráticos, contradiciendo la intención original del legislador. Ha surgido un entendimiento, incluso aceptado en sentencias del Tribunal de Cuentas de la Unión (Brasil, 2024b), según el cual, incluso cuando se supera el criterio objetivo establecido por la ley, es posible realizar la debida diligencia para demostrar la viabilidad de la propuesta:

El criterio definido en el artículo 59, § 4, de la Ley n.º 14.133/2021 implica una presunción relativa de inaplicabilidad de los precios, y la Administración puede otorgar al licitador la

¹ Por ejemplo, las disposiciones de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos sobre el Sistema de Registro de Precios reflejan en gran medida el Decreto N° 9.488/2018.

² Por ejemplo, las disposiciones sobre matriz de riesgos (Sentencia n.º 1.510/2013 – Pleno), imposición de prácticas de planificación, gestión de riesgos y mejor gobernanza en la contratación pública (Sentencia n.º 2.622/201 – Pleno), entre otras (Zymler et al., 2021).

oportunidad de demostrar la viabilidad de su propuesta, en los términos del artículo 59, § 2, de la citada ley. (Brasil, 2024)

Este fenómeno no es nuevo en el sistema jurídico brasileño y refleja una cultura de litigio y cuestionamiento de normas claras y objetivas. El criterio objetivo se estableció porque el legislador entendió que, en este caso, el monto a gastar no es el más relevante. Se entendió que, si un contratista ofrece un descuento superior al 25% del precio presupuestado, su propuesta debería ser descalificada por la presunción legal de que, si la planificación establecía una directriz financiera adecuada, tal monto discrepante comprometería la ejecución y no serviría al interés público.

Este "fetichismo" por el precio más bajo socava la aplicación de la Ley n.º 14.133/2021 y perjudica los procesos de licitación al incluir nuevas etapas de diligencia debida innecesarias, según el legislador. Esta burocratización del procedimiento es precisamente lo que la nueva ley pretendía evitar. El texto introdujo un criterio objetivo y fácil de entender que determinaba que los agentes debían proceder con el proceso de licitación buscando la mejor propuesta, incluso si esta no era la más económica.

4.4 Un nuevo entorno de gestión pública

Los desafíos identificados revelan la complejidad de la transición al nuevo régimen de licitación y contratación. A pesar de las dificultades, la Ley n.º 14.133/2021 ofrece una oportunidad única para modernizar la administración pública, promoviendo una mayor eficiencia, flexibilidad e innovación.

Para que esto suceda, es fundamental que los organismos de control comprendan el nuevo entorno legal y actúen en consenso con la Administración, garantizando la seguridad de los gestores y promoviendo la aplicación de buenas prácticas. Defender a los buenos gestores, reducir la litigación innecesaria y combatir el frenesí de quejas son esenciales para lograr un equilibrio entre control y eficiencia.

La nueva ley simboliza la posibilidad de disipar la incertidumbre jurídica que ha paralizado a la Administración durante décadas, brindando a los gestores la capacidad de identificar, motivar e implementar soluciones con confianza y responsabilidad. Este es un cambio cultural que requiere esfuerzo conjunto y promete resultados transformadores para el sector público brasileño.

5. Conclusiones

El artículo buscó comprender las razones de la promulgación de la nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos a partir de la comprensión de los principales aspectos que marcaron la creación y primeros años de vigencia de la Ley n.º 14.133/ 2021.

En el primer capítulo se analizó la evolución histórica y los desafíos de la Ley n.º 8.666/1993, en el contexto de la Constitución de 1988 y de la administración pública brasileña.

Se concluyó que: (i) la Constitución estableció un difícil equilibrio entre la promoción de derechos programáticos y el control estricto de las actividades estatales, lo que impactó directamente en la implementación de políticas públicas; (ii) la Ley No. 8.666/1993 priorizó el formalismo y la prevención del fraude, pero burocratizó los procesos, los hizo lentos e incapaces de responder rápidamente a las demandas sociales contemporáneas; (iii) los cambios parciales y las leyes dispersas crearon un sistema confuso e inseguro para los gestores públicos, dificultando la implementación de políticas públicas efectivas; (iv) el énfasis en el cumplimiento de los procedimientos formales generó una administración paralizada y la infantilización de los gestores, que evitan tomar decisiones relevantes; (v) la obsolescencia de la Ley No. 8.666/1993 destacó la

urgencia de un nuevo marco regulatorio, capaz de equilibrar el control, la eficiencia y la autonomía en la toma de decisiones, respondiendo a las demandas de una administración pública más dinámica y alineada con los desafíos contemporáneos.

En el segundo capítulo se investigó el movimiento de reforma legislativa que dio origen a la nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos.

Se concluyó que: (i) la nueva ley simboliza una transformación filosófica en la administración pública brasileña, a través de una ruptura con el formalismo y el punitivismo, promoviendo una gestión pública basada en resultados, planificación y flexibilidad; (ii) el texto proporciona herramientas para que los gestores actúen con mayor autonomía, siempre que cumplan los principios constitucionales, mitigando el temor a sanciones desproporcionadas; (iii) la planificación se convierte en una herramienta esencial para decisiones informadas y ajustadas a las realidades prácticas; (iv) la colaboración entre la administración y los órganos de control es esencial para la seguridad jurídica, y (iv.i) estos deben actuar de forma más orientadora y menos punitiva, con el objetivo de mejorar las políticas públicas; (v) aunque los objetivos sean ambiciosos, un cambio cultural es una condición indispensable para la implementación de la nueva ley.

En el tercer capítulo se examinaron tres desafíos enfrentados en la implementación inicial de la Ley n° 14.133/2021: (i) la resistencia a la plena vigencia de la nueva ley; (ii) el carácter nacional o federal de la ley; y (iii) la insistencia en el criterio del precio más bajo.

Se concluyó que: (ii) muchos gerentes se resistieron a adoptar la nueva ley debido a la falta de conocimiento técnico y miedo al castigo; (i.ii) la cultura del formalismo perpetúa la parálisis administrativa, llevando a los gerentes a preferir los viejos modelos; (i.iii) la extensión del período de transición refleja esta resistencia, pero el Tribunal Federal de Cuentas logró evitar el uso perpetuo de la antigua legislación; (ii.i) la nueva ley fue estructurada en detalle para satisfacer la demanda de las entidades subnacionales de mayor seguridad jurídica; (ii.ii) aunque el detalle facilita la aplicación, también puede restringir la creatividad y la innovación; (ii.iii) alentar la regulación y la experimentación local es necesario para equilibrar la uniformidad y la innovación; (iii.i) aunque la nueva ley permite criterios más complejos y cualitativos, persiste la preferencia por el precio más bajo, y esto genera decisiones menos ventajosas en el largo plazo; (iii.ii) las interpretaciones erróneas del art. 59 de la ley burocratizan los procesos al contradecir la intención original de simplificación; (iii.iii) la adhesión automática al precio más bajo refleja una visión reduccionista que perjudica la eficacia de la contratación pública.

En definitiva, la Constitución de 1988, con su dualidad entre ambición programática y rigor procesal, es una obra que refleja tanto los sueños como los desafíos de un país en busca de justicia social.

La Ley n.º 14.133/2021 ofrece una oportunidad única para modernizar la gestión pública, promoviendo la eficiencia, la flexibilidad y la innovación. Para ello, es fundamental que los organismos de control comprendan y respeten el nuevo régimen, brindando seguridad jurídica a los gestores y reduciendo la litigiosidad innecesaria. Solo con este equilibrio será posible superar la parálisis en la toma de decisiones y transformar el modelo de contratación en una herramienta eficaz para el desarrollo.

Referencias

ALVES, Alex Cavalcante. A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988. BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, año 33, n. 6, pp. 530-546, jun. 2017.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. Antecedentes e origem do choque de gestão. In: VILHENA, R. M. P.; MARTINS, H.; MARINI, C.; GUIMARÃES, T. B. (orgs.). O choque de gestão em Minas Gerais: políticas de gestão pública para o desenvolvimento. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. A insegura segurança jurídica. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 150, n. 1, pp. 16-21, jul./dic. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 507/2023. Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. Fecha de la sesión: 22 mar. 2023.

BRASIL. Acórdão 2.378/2024. Plenário. Relator: ministro Benjamin Zymler. Fecha de la sesión: 6 nov. 2024.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Administração pública gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: Enap, 1996.

CORRÊA, Izabela Moreira. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais. Revista de administração pública, v. 41, n. 3, pp. 487-504, 2007.

DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires, 1995.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (org.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: FVG, 2021.

VILHENA, Renata Maria Paes de. O choque de gestão em Minas Gerais. In: SOUZA MARQUES, Antônio Jorge; VILAÇA MENDES, Eugênio; OLIVEIRA LIMA, Helidéa de. O choque de gestão em Minas Gerais: resultados na saúde. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2010.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. A nova Lei de Licitações como sedimentação da jurisprudência do TCU. Consultor Jurídico, abr. 2021.