

EL ROL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

THE ROLE OF PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN INTERNATIONAL LAW

*María Alejandra Sticca***

Resumen: En este breve artículo pretendemos destacar sintéticamente el rol que desempeña el principio de proporcionalidad en distintos ámbitos del derecho internacional. Si bien, a primera vista, no se discute su rol en materia de uso de la fuerza y legítima defensa, este principio también tiene un rol importante por ejemplo en materia de contramedidas, estado de necesidad, reparación del hecho internacionalmente ilícito, derecho internacional del medio ambiente, derecho del mar, derecho internacional económico, entre otros.

Palabras-clave: Principios generales del derecho - Proporcionalidad - Derecho internacional.

Abstract: In this brief article, we try to highlight in compact way the role played by the principle of proportionality in different areas of international law. Although its role in the use of force and self-defense is not at first sight discussed, this principle also plays an important role, for example in the field of countermeasures, state of necessity, reparation of the internationally wrongful act, international environmental law, the law of the sea, international economic law, among others.

Keywords: General principles of law - Proportionality - International law.

Sumario: I. Introducción.- II. Origen de la proporcionalidad.- III. Proporcionalidad y circunstancias excluyentes de ilicitud.- IV. Reparación del hecho internacionalmente ilícito.- V. El principio de proporcionalidad y la protección del medio ambiente.- VI. La proporcionalidad en el derecho del mar.- VII. Derecho internacional económico.- VIII. Conclusión. - IX. Bibliografía.

*Trabajo recibido el 15 de marzo de 2017 y aprobado para su publicación el 30 de marzo del mismo año.

**Doctora en Derecho y Cs. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Mg. en Cooperación Internacional al Derecho. Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales. Profesora de Derecho Internacional Público en la UNC y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales / UCES Sede San Francisco. Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC) - Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Email: alesticca@gmail.com.

I. Introducción

La *proporcionalidad* se define como “del lat. *proportionalitas - ātis*: 1. f. Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí” (1).

Entendemos a la proporcionalidad como un principio general del derecho (PGD) aplicable en el ámbito del derecho internacional, no como un principio del derecho internacional general (2). Siguiendo a Drnas diremos que “Los PGD han sido concebidos como enunciaciones nacidas en foro doméstico, de carácter general, abstracto, receptados en el art. 38.1. c) del Estatuto de la CIJ (fuente principal, autónoma)” (3).

Entre los principios generales del derecho podemos mencionar *i.a. pacta sunt servanda*, buena fe, no abuso de derecho, equidad, obligación de reparar el daño causado, *rebus sic stantibus*.

Barberis afirmó que “*Es preciso diferenciar entre los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional. Estos últimos son las normas fundamentales del derecho de gentes, tienen un origen consuetudinario, y por lo tanto, se hallan previstos en el art. 38.1 b) del Estatuto*” (4). Este autor considera que los PGD son “*aquellas normas jurídicas no creadas por ninguna otra manera determinada*”, y que son transferibles al orden internacional. Sigue afirmando que “*los PGD se aplican en el derecho internacional en virtud de una norma consuetudinaria que autoriza su aplicación supletoria. Es decir, una norma de costumbre indica que, en ausencia de otra norma jurídica internacional y en ciertas situaciones, se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho*” (5).

Por su parte, Sørensen (6) consideró a los PGD como principios base de cohesión del derecho internacional con el interno.

II. Origen del principio de proporcionalidad

El origen remoto del principio de proporcionalidad en el derecho se remonta a la Grecia de Aristóteles con su concepto de justicia, mas su aplicación tiene lugar siglos

(1) Diccionario de la Real Academia Española.

(2) Sobre este tema se puede consultar *i.a.* REY CARO, E. “Principios Generales del Derecho Internacional. Un tema multifacético” en *Cuaderno de Derecho Internacional*, N°VIII, Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Edit. Advocatus, Córdoba, Argentina, 2013, pp. 13- 24 obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-viii/view>.

(3) DRNAS DE CLEMENT, Z. “Principios Generales del Derecho Internacional Público como base del orden público internacional”, en *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII, Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Edit. Advocatus, Córdoba, Argentina, 2013, p. 50 ss., obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-viii/view>.

(4) BARBERIS, Julio A. *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 235.

(5) *Ibidem*, p. 252.

(6) SØRENSEN, M. “Principes de droit international public”, *Recueil des Cours*, vol. 101 (1960), pp. 1-254.

después y recién en el derecho contemporáneo se ha convertido en una pieza clave (7) (8) (9).

Ya en el derecho internacional clásico se encuentran algunas referencias a este principio, pero adquirió significación con el derecho internacional contemporáneo, especialmente a partir de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas y la consagración del principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza. Debemos destacar su carácter de *conditio sine qua non* de toda medida defensiva.

El principio de proporcionalidad puede operar en distintos campos del DIP, por ejemplo, en contramedidas, legítima defensa, derecho internacional humanitario, derecho de los derechos humanos, derecho comunitario, derecho del mar, derecho internacional del medio ambiente, tratamiento a extranjeros. Puede desempeñar distintas funciones según el área del derecho internacional en el que funcione.

Este principio se mueve en el nivel de la relación entre fines y medios, debe existir una adecuación entre los medios empleados y los objetivos perseguidos.

Peters plantea que existen tres versiones del principio de proporcionalidad. La primera se da en una relación horizontal entre Estados, en este caso el principio se refiere a la relación entre la acción (violación del derecho internacional) de un Estado y la reacción permitida al otro Estado. La segunda versión, diagonal perteneciente a individuos. En este caso la relación se da entre interés público nacional y los intereses particulares de los individuos o inversores. La tercera versión se refiere a la relación vertical entre intereses públicos globales y los intereses particulares de los Estados (10).

Es un principio estructural que incluye tres subprincipios: a) adecuación, b) necesidad y c) proporcionalidad *stricto sensu*.

- a) Adecuación requiere que los medios sean adecuados/pertinentes para alcanzar legítimos objetivos.

(7) STONE SWEET, A. y MATHEWS, J. "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 47 *COLUM. J. TRANSNATL L.* 72, 96 (2008). "From German origins, proportionality analysis spread across Europe into Commonwealth systems (Canada, New Zealand, South Africa) and Israel it has also migrated to treaty-based regimes, including the European Union, the European Convention on Human Rights, and the World Trade Organization".

(8) Sobre el tema puede consultarse: ENGLE, E. "The history of the general principle of proportionality: an overview", 10 *Dartmouth L.J.* 2012, HeinOnline.

(9) Sobre el origen del principio de proporcionalidad también se puede consultar PETERS, Anne. *Proportionality as a Global Constitutional Principle* (April 22, 2016). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2016-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773733> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773733>.

(10) Cf. PETERS, Anne. *Proportionality as a Global Constitutional Principle* (April 22, 2016). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2016-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773733> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773733>.

- b) Necesidad los medios sean necesarios para alcanzar el fin, esto es que si hay otros medios menos restrictivos/lesivos a los intereses capaces de alcanzar el mismo resultado se debería adoptar ese medio menos restrictivo. Es consecuencia del principio de adecuación y demandando una comparación y elección entre los diferentes medios con el mismo fin.
- c) Proporcionalidad *stricto sensu*.

III. Proporcionalidad y circunstancias excluyentes de ilicitud

Para Barboza ciertas causales de exclusión de ilicitud del proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hecho internacionalmente ilícito como la legítima defensa, el estado de necesidad y el peligro extremo, son miembros de la familia llamada “necesidad”. Las tres situaciones son especies de un genérico estado de necesidad (11).

La “necesidad” es el género. El peligro extremo, el estado de necesidad, la legítima defensa y las contramedidas son casos de necesidad. Todas ellas tienen los mismos caracteres básicos, las diferencias entre ellas son específicas (12). Las tres circunstancias consideradas tienen sus raíces en el carácter descentralizado del derecho internacional y de la comunidad internacional.

Para el citado autor, en los tres miembros de la familia que señalamos concurrirían los siguientes caracteres:

- a) La *necesidad*, que legitima la violación por un Estado de una obligación internacional que protege el bien jurídico de otro Estado.
- b) La *proporcionalidad*, que se manifiesta, tanto en el ámbito de la legítima defensa como en el de las represalias, en una cierta equivalencia entre acción y reacción (proporcionalidad) y en el ámbito del estado de necesidad del art. 25 una también equivalencia entre los intereses en conflicto. En suma, en las tres, la necesidad, al par que justifica el ataque a uno de los bienes jurídicamente protegidos del otro Estado, le fija un límite. Ese límite es el de obrar dentro de lo que la necesidad exige, pero sin sobrepasarlo.
- c) La *existencia de un conflicto* entre aquellos bienes jurídicamente protegidos que provocó la necesidad de sacrificar uno de ellos.

Así tenemos que ese principio actúa como un límite al poder de un Estado al momento de adoptar una contramedida. En este ámbito, la proporcionalidad no sólo debe ser analizada desde el punto de la proporcionalidad de la medida adoptada respecto del hecho ilícito precedente sino también la contramedida debe ser proporcional al objetivo perseguido cual es: que se cese en el ilícito y que se pueda solucionar la controversia.

La proporcionalidad en materia de contramedidas está expresamente concebida como una condición en el artículo 51 del Proyecto de artículos de la CDI sobre respon-

(11) BARBOZA, J. *Derecho Internacional Público*, Edit. Zavalía, Buenos Ares, 1999, p. 375.

(12) BARBOZA, J. “Necessity (revisited) in International Law”, *Essays in International Law in honour of Judge M. Lachs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984, p. 41.

sabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (13). Proporcionalidad: “las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”.

Este artículo establece un límite esencial en la adopción de contramedidas por un Estado lesionado sobre la base de la proporcionalidad. La proporcionalidad constituye una medida de seguridad en cuanto que las medidas no proporcionadas pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado que las adopta.

Sicilianos sostiene: “The obligation to respect the principle of proportionality during the application of countermeasures is generally accepted in contemporary international law. However, views differ significantly in regard to its meaning and content; this may be attributed to the flexibility and fluidity of the concept of proportionality. One may propose two basic criteria for delimiting the concept: i) the effects, or even better, the results of both the wrongful act and the reaction; and ii) the objective which the injured state wishes to achieve by its reaction. In other words, countermeasures are in conformity with the proportionality principle if their effects are proportional to the gravity of the situation created by the illegal behavior for the injured State, as well as with respect to the desired aim, as this is determined by the nature of the violation” (14).

Establecer si la reacción es proporcional y si es equivalente o no a la gravedad del hecho ilícito antecedente y a la reacción, y entre el hecho ilícito y el daño no es una cuestión fácil, por lo que se ha buscado introducir en el esquema legal de las represalias elementos de equidad (15).

La proporcionalidad también es un principio central en la noción de estado de necesidad toda vez que el hecho necesitado no debe afectar gravemente un interés esencial del otro Estado o de la comunidad internacional en su conjunto.

Encontramos algunos ejemplos en la jurisprudencia, así en el caso Naulilaa (1928 Tribunal arbitral: responsabilidad de Alemania por daños causados en colonias portuguesa en el sur de África - Angola) sostuvo *“incluso si se admitiera que el derecho de gentes no exige que la represalia guarde proporción aproximativa con la ofensa, ciertamente se deberían considerar excesivas y por tanto ilícitas, las represalias totalmente desproporcionadas con el acto que las motivó”*.

La Corte Internacional de Justicia en su sentencia del 25 de setiembre de 1997 en el *Asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, en los párrafos 83 a 87 señaló las condiciones que deben reunir las contramedidas, a saber:

(13) A/RES/56/83.

(14) SICILIANOS, L. A. “The relationship between reprisals and denunciation or suspension of a treaty”, en *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, p. 357.

(15) VILLAGRÁN KRAMER, F. “Las represalias en el Derecho Internacional Contemporáneo”, en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Prof. Ernesto Rey Caro*, edit. Lerner, 2002, p. 722 (699 - 725).

- Deben estar dirigidas exclusivamente contra el Estado autor del hecho ilícito frente al que se reacciona (16).
- El Estado lesionado debe haber invitado al Estado autor del ilícito a poner fin a su comportamiento o a repararle el perjuicio causado (17).
- Los efectos de una contramedida deben ser proporcionales (18) a los daños sufridos, teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los derechos implicados (19).
- La contramedida debe tener por fin incitar al Estado autor del ilícito a ejecutar las obligaciones que le incumben en Derecho Internacional y, por tanto, la medida debe ser reversible (20).

(16) Párrafo 83. "In order to be justifiable, a countermeasure must meet certain conditions (see *Militar and Paramilitar Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 127, para. 249. See also *Arbitral Award of 9 December 1971 in the case concerning the Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, United Nations, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), Vol. XVIII, pp. 443 *et seq.*; also Articles 47 to 50 of the Draft Articles on State Responsibility adopted by the International Law Commission on first reading, "Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May-26 July 1996", *Official Records of the General Assembly, Fifty-First Session, Supplement No. 10 (A/51110)*, pp. 144-145). In the first place, it must be taken in response to a previous international wrongful act of another State and must be directed against that State. Although not primarily presented as a countermeasure, it is clear that Variant C was a response to Hungary's suspension and abandonment of works and that it was directed against that State; and it is equally clear, in the Court's view, that Hungary's actions were internationally wrongful".

(17) Párrafo 84. "Secondly, the injured State must have called upon the State committing the wrongful act to discontinue its wrongful conduct or to make reparation for it. It is clear from the facts of the case, as recalled above by the Court (see paragraphs 61 *et seq.*), that Czechoslovakia requested Hungary to resume the performance of its treaty obligations on many occasions".

(18) Véase FRANCK, Th. "On proportionality of countermeasures in International Law", *The American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, pp. 715-767.

(19) Párrafo 85 "In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question".

In 1929, the Permanent Court of International Justice, with regard to navigation on the River Oder, stated as follows: "[the] community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others" (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*, Judgment No. 16, 1929, P. C. I. J., Series A, No. 23, p. 27). Modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly. The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube - with the continuing effects of the diversion of these waters on the ecology of the riparian area of the Szigetkoz - failed to respect the proportionality which is required by international law".

(20) Párrafo 87 "The Court thus considers that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate. It is therefore

En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a “*Las Consecuencias legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*” emitida el 9 de julio de 2004, párrafos 138 a 141, la Corte se detiene a analizar la posibilidad de invocar por parte de Israel legítima defensa y estado de necesidad en tanto que circunstancias excluyentes de ilicitud. En la exposición escrita presentada por la República de Francia ante la CIJ, se analiza un punto central para la invocación de circunstancias excluyentes de ilicitud, cual es la proporcionalidad que debe existir entre la construcción del muro y las amenazas a las que se responde (21).

De lo expuesto surge con claridad que la proporcionalidad juega un rol central en materia de contramedidas y que lo que es proporcionado no es una cuestión que pueda determinarse precisamente. La proporcionalidad debe evaluarse teniendo en consideración no sólo el elemento puramente cuantitativo relativo al daño sufrido, sino también factores cualitativos tales como la importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la violación.

La proporcionalidad se refiere a la relación entre el hecho internacionalmente ilícito y la contramedida. En algunos casos, la proporcionalidad está vinculada al requisito del propósito enunciado en artículo 49 del proyecto de la CDI antes citado “El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte”. La contramedida debe ser una medida necesaria/adecuada para cumplir su objetivo perseguido.

El artículo 25 del Proyecto de la CDI referido establece los siguientes requisitos para la invocación del estado de necesidad:

1. *Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:*
 - a) *sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y*
 - b) *no afecte **gravemente** a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la **comunidad internacional en su conjunto.***

not required to pass upon one other condition for the lawfulness of a countermeasure, namely that its purpose must be to induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law, and that the measure must therefore be reversible”.

(21) “45. While, according to Article 1 of the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in principle “[e]very internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”, wrongfulness is precluded in a number of circumstances described in Articles 20 to 25 of the draft. Thus, consideration should be given to the question whether the construction of the wall on the Occupied Palestinian Territory, even though it is, prima facie, in breach of various international obligations of Israel, can be justified by any of those circumstances. In particular, it should be considered whether this construction is proportionate (b) to the threats to which it is the response (a)”. El resaltado nos pertenece. Obtenible en <http://www.icj-cij.org>.

2. *En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:*
 - a) *la **obligación internacional** de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o*
 - b) *el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.*

Se establece la necesidad de proporcionalidad del hecho necesitado al exigirse que dicho hecho no entrañe el sacrificio de un interés del otro Estado comparable o superior.

Por un lado, la proporcionalidad determina las condiciones bajo las cuales un Estado puede dejar de cumplir una obligación y, por otra parte, sirve para determinar los límites a la medida que puede adoptar el estado necesitado. Es decir, se debe efectuar un balance entre el mal que se pretende evitar y el hecho necesitado.

En estos casos se debe evaluar la proporcionalidad entre la razonabilidad de la medida adoptada por el Estado para defender su interés y por otro lado evaluar los beneficios de tal acción frente al perjuicio/daño sufrido por los otros sujetos.

En “*BG group Plc v. República Argentina*” resuelto por UNCITRAL en diciembre de 2007 el tribunal sostuvo que la posición de Argentina de que el criterio de “*the only way*” para defensa de necesidad puede ser satisfecho con la introducción de un test de proporcionalidad y alternativa racional.

Argentina elaboró sobre el criterio apropiado que debe aplicar el tribunal: 1) si las medidas tuvieron un objetivo legítimo; 2) si las medidas estuvieron adaptadas al logro de ese objetivo; y 3) si el gobierno adoptó la medida menos perjudicial (22).

Xiuli sostiene que “the proportionality principle is more demanding and has more effects on the host state’s regulatory rights to foreign investment than the principle of nondiscrimination” (23).

IV. Reparación del hecho internacionalmente ilícito

El art. 35 del Proyecto de CDI citado, al referirse a la “restitución”, establece que el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución no sea materialmente imposible *no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.*

El párrafo 3 del art. 37 impone limitaciones a la obligación de dar satisfacción “La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”.

(22) Véase párrafo 394 del Laudo arbitral <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>.

(23) XIULI, H. “On the application of the principle of proportionality in ICSID Arbitration and proposals to Government of the People’s Republic of China”, *13 James Cook U.L. Rev.*, HeinOnline, pp. 233 2006.

V. El principio de proporcionalidad y la protección del medio ambiente

Uno de los principios neurálgicos del derecho internacional del medio ambiente es el de precaución, el que fue receptado la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (1992), en los siguientes términos:

“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados *deberán* aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El “principio de proporcionalidad”, que debe acompañar a la “precaución”, implica la necesidad de verificar si los medios elegidos (limitaciones a la actividad presuntamente riesgosa) son adecuados a la realización del objetivo pretendido y si no ha habido exceso en la relación medio-fin (*Asunto C-183/95, Affish BV / Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, sentencia del TJCE de 17 de junio de 1997). El “principio de proporcionalidad”, a más de requerir que las medidas no vayan más allá de lo necesario para lograr el fin pretendido, exige que esas medidas, siempre, sean consideradas como presunciones *juris tantum* que admiten prueba en contrario (*Asunto C-286/94, C-401/95, C-47/96. Garage Molenheide BVBA y otros/Belgische Staat*, sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997) (24).

Un ejemplo interesante y actual de aplicación del principio de proporcionalidad en la protección de especies y recursos es la sentencia pronunciada por la Corte Internacional de Justicia en marzo de 2014 en el asunto *Caza de ballenas en el Antártico* (Australia v. Japón. Nueva Zelanda interviniente) (25) (26).

VI. La proporcionalidad en el derecho del mar

En la Zona Económica Exclusiva la proporcionalidad tiene un rol importante porque el Estado ribereño tiene sólo los poderes necesarios para proteger algunos de sus intereses económicos.

También podemos mencionar el artículo 221 *Medidas para evitar la contaminación resultante de accidentes marítimos* de la *Convención sobre Derecho del Mar de 1982*, el que se refiere a la proporcionalidad.

“Ninguna de las disposiciones de esta parte menoscabará el derecho de los Estados con arreglo al Derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden *proporción*

(24) www.acaderc.org.ar/.../artprincipiosgeneralesderechointernacional/, p. 15.

(25) Traducción al español no oficial de la sentencia <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5041035.pdf>.

(26) VILLAMIZARLAMUS, F. “Comentarios a la sentencia del caso ‘Whaling in the Antarctic,’ Australia c. Japón (Nueva Zelanda interviniente)”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI), 2016, 9, pp. 81-112. Doi: [dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.03](https://doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.03).

con el daño real o potencial a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca, de la contaminación o la amenaza de contaminación resultante de un accidente marítimo o de actos relacionados con ese accidente, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales (...).”

VII. Derecho internacional económico

En el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) encontramos el artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, el que al referirse a la Compensación y suspensión de concesiones (27) establece: “4. El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el órgano de solución de diferencias (OSD) será *equivalente* al nivel de la anulación o menoscabo”. “7. El árbitro, que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es *equivalente* al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla”.

En este caso encontramos la proporcionalidad en términos de equivalencia entre medios y fines que se persiguen.

Dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC encontramos que el principio de proporcionalidad ha sido utilizado en varios casos en los que se han adoptado medidas equivalentes a una contramedida propia del régimen de responsabilidad internacional de los Estados (28).

(27) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm#22.

(28) P.3.6.1 *Estados Unidos - Hilados de algodón*, párrafos 119-120 (WT/DS192/AB/R) “(...) la parte del perjuicio grave total atribuida a un Miembro exportador debe ser proporcional al perjuicio causado por las importaciones procedentes de ese Miembro”. En contra de lo que sostienen los Estados Unidos, consideramos que la segunda frase del párrafo 4 del artículo 6 no permite atribuir la totalidad del perjuicio grave a un Miembro a no ser que las importaciones procedentes de ese Miembro hayan causado por sí solas el perjuicio grave en su totalidad. Respaldan nuestra opinión las normas generales del derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados, que exigen que las contramedidas adoptadas en respuesta al incumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales sean proporcionales al perjuicio sufrido. De forma análoga, observamos que el párrafo 4 del artículo 22 del ESD establece que el nivel de la suspensión de las concesiones será equivalente al de la anulación o menoscabo. Se ha interpretado sistemáticamente que esta disposición del ESD no justifica compensaciones de carácter punitivo. Ambos ejemplos aclaran las consecuencias del incumplimiento por los Estados de

VIII. Conclusión

La proporcionalidad es un principio general del derecho presente en prácticamente todas las ramas del derecho internacional público, que permite definir reglas de comportamiento caso por caso, y que presenta manifestaciones diferentes según la rama en la que deba ser aplicada. Coincidimos con Peters en que la proporcionalidad tiene diversas versiones que se corresponde con los planos de relación entre los sujetos involucrados.

Como principio general del derecho que es la proporcionalidad es una fuente principal del derecho internacional en los términos del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

IX. Bibliografía

AKADE, D. and LIEFLANDER, Th. Clarifying Necessity, Imminence and Proportionality in the Law of self-defence, *107 Am.J.Int'L*, HeinOnline, 563 2013 pp. 566 ss.

sus obligaciones internacionales, mientras que una medida de salvaguardia es solamente una medida correctiva de actos de “comercio leal” compatibles con la OMC. Sería absurdo que el incumplimiento de una obligación internacional fuera sancionado con contramedidas proporcionadas y, que sin que hubiera habido una infracción de esa naturaleza, un Miembro de la OMC estuviera sujeto a la atribución desproporcionada y, en consecuencia, “punitiva” de un perjuicio grave no causado íntegramente por sus exportaciones. A nuestro juicio, esta exorbitante desviación del principio de proporcionalidad en relación con la atribución del perjuicio grave sólo podría estar justificada si los redactores del *ATV* la hubieran establecido expresamente, lo que no es así.

P.3.6.2 Estados Unidos - Tubos, párrafo 257 (WT/DS202/AB/R).

... Si se permitiera que la sanción impuesta a los exportadores por una medida de salvaguardia surtiera efectos que excedieran de la parte del daño causada por el aumento de las importaciones, ello implicaría que una medida correctiva excepcional, que no está destinada a proteger contra las prácticas comerciales desleales o ilegales a una rama de producción del país importador, podría aplicarse de manera más restrictiva del comercio que los derechos compensatorios y los derechos antidumping, que sí están destinados a ello. ¿En qué habría que basarse para interpretar el *Acuerdo sobre la OMC* en el sentido de que limita una contramedida al alcance del daño causado por prácticas desleales o por una infracción del tratado pero que no limita así una contramedida cuando ni siquiera se ha alegado una infracción o una práctica desleal?

P.3.6.3 Estados Unidos - Tubos, párrafo 259(WT/DS202/AB/R). Hacemos referencia también a las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de los Estados, a las que también nos referimos en el asunto *Estados Unidos - Hilados de algodón*. Recordamos allí que las normas del derecho internacional general sobre la responsabilidad de los Estados exigen que las contramedidas que se tomen en respuesta al incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados sean proporcionadas a tales incumplimientos. El artículo 51 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos dispone que “Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión”. Aunque el artículo 51 forma parte del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, que como tal no constituye un instrumento jurídico vinculante, en esa disposición se establece un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. Observamos también que los Estados Unidos han reconocido este principio en otros lugares. En sus observaciones sobre el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, los Estados Unidos declararon que, “conforme al derecho internacional consuetudinario, se aplica una norma de proporcionalidad a la adopción de contramedidas”.

- ANDREESCU, M. Principle of Proportionality, criterion of legitimacy in the Public Law, *18 Lex. ET Scientia Int'l J.* HeinOnline, 2011.
- BARBERIS, Julio A. *Formación del Derecho Internacional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 235.
- BETHLEHEM, D. Self-Defense against an imminent or actual armed attack by non-State actors, *106 AJIL* 769 (2012).
- CASSESE, A. *International Law*, 2° edición, Oxford University Press, N.Y. 2005, pp. 188 – 194.
- COTTIER, Th. y otros. “The Principle of Proportionality in International Law”, Working Paper No 2012/38| December 2012.
- DRNAS DE CLEMENT, Z. “Principios Generales del Derecho Internacional Público como base del orden público internacional”, en *Cuaderno de Derecho Internacional*, N°VIII, Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Edit. Advocatus, Córdoba, Argentina, 2013, p. 50 ss. obtenible en <http://www.acaderc.org.ar/ediciones/cuaderno-de-derecho-internacional-viii/view>.
- ENGLE, E. “The history of the general principle of proportionality: an overview”, *10 Dartmouth L.J.* 2012, 1-11.
- FRANCK, Th. “On Proportionality of Countermeasures in International Law”, *American Journal of International Law*, 2008. Obtenible en http://www.nccr-trade.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp3/publications/Proportionality_final_29102012_with_NCCR_coversheet.pdf.
- KILCUP, J. “Proportionality in customary international Law: an argument against aspirational Laws of war”, *17 Chi. J. Int'l L.* 2016.
- LINDERFALK, U. “Towards a more constructive analysis of the identity of special regimes in International Law – the case of proportionality”, *2 Cambridge J. Int'l & Comp. L.* 2013.
- PETERS, A. “Proportionality as a Global Constitutional Principle” (April 22, 2016), Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2016-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773733> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773733>.
- REGUEIRO DUBRA, R. Tesis doctoral “La evolución del concepto de legítima defensa en Derecho Internacional Contemporáneo”, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2011. Consultar en <http://eprints.ucm.es/16665/1/T34025.pdf> (fecha consulta 23/07/2014).
- SHAMASH, H. E. “How much is too much? An examination of the Principle of Jus in Bello Proportionality”, *2 IDF L.R.*, 2005-2006, 103-148.
- SICILIANOS, L. A. “The relationship between reprisals and denunciation or suspension of a treaty”, en *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, pp. 341-359.
- STONE SWEET, A. - DELLA CANANEA, G. “Proportionality, general principles of law, and investor-state arbitration: a response to Jose Alvarez”, obtenible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5981&context=fss_papers.
- THIRLWAY, H. The sources of International Law, en *International Law*, Edit. Malcolm D. Evans, 3° Edición, Oxford University Press, U.K. 2010, pp. 104-105.
- VELAZQUEZ ELIZARRARAS, J. C. “Reflexiones generales en torno a los principios del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Jan. 2012, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/403/664>.
- XIULLI, H. “On the application of the principle of proportionality in ICSID Arbitration and proposals to Government of the People’s Republic of China”, *13 James Cook U.L. Rev.*, 2006.

LA IMPORTANCIA DEL PLANEAMIENTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*

THE IMPORTANCE OF PLANNING IN PUBLIC PROCUREMENT

*Lucimar Rizzo Lopes dos Santos***

Resumen: La función del administrador público consiste en planear, trazar metas y objetivos, con la finalidad de no causar perjuicios a la Administración Pública. De esta manera se evita la gestión ineficiente y contraria a los mandatos de la ley de licitaciones.

Palabras-clave: Contratación pública - Planeamiento - Licitación.

Abstract: The role of the public administrator is to plan, set goals and objectives, in order not to cause harm to the Public Administration. In this way, inefficient management and action contrary to the tender law are avoided.

Keywords: Public act of contract - Planning - Tender.

Sumario: I. Introducción.- II. La importancia del planeamiento en el proceso de compras.- III. La importancia de la planificación en el proceso de contratación de servicios.- IV. Consideraciones finales.- V. Bibliografía.

I. Introducción

Las reflexiones presentadas a lo largo del artículo abordan la problemática de las compras públicas en el ámbito del derecho público brasileño, aunque pueden aplicarse a cualquier país, ya que se trata de un tema relevante inserto en la economía mundial, que representa un gasto significativo del erario público.

Específicamente en relación con América Latina, se observa que tanto Brasil como Argentina poseen reglamentación para la contratación pública. Ambos países cuentan

*Trabajo presentado el 12 de febrero de 2017 y aprobado para su publicación el 2 de marzo del mismo año.

**Graduada en Administración, Centro Universitario del Distrito Federal, Brasilia DF, Brasil. Graduada en Derecho, Centro Universitario del Distrito Federal, Brasilia DF, Brasil. Docente Especialista en Gestión en Logística en la Administración Pública, Centro Universitario del Distrito Federal, Brasilia DF, Brasil. Especialista en Gestión en la Administración Pública, Centro Universitario, FAE Curitiba, Brasil. (E-mail: lucimarizzo@gmail.com).

con legislaciones constitucionales e infra constitucionales (federales en el caso de Brasil, nacionales en lo que se refiere a Argentina).

Tanto en Argentina como en Brasil el proceso de compra está evolucionando hacia un mayor grado de transparencia. Hay sistemas de gestión electrónica de compras y de contrataciones en ambos países: en Argentina corresponde al portal compra.ar y en Brasil al portal comprasgovernamentais.gov.br.

En ese sentido, el artículo presenta en su núcleo central una reflexión importante sobre la necesidad de planeamiento como una herramienta imprescindible en la ejecución de los objetivos previamente determinados, es el pilar sobre el cual se realizará la contratación pública.

Es importante que la anticipación de hechos futuros esté incorporada en la Administración Pública. Es necesario considerar la estructuración de las incertidumbres a futuro.

Debe destacarse la definición de planeamiento consignada por Brasil (1976, p. 6): "Planeamiento es la selección de los medios más eficaces (estrategia) para la obtención de los fines (política) programados".

No sería posible expresarlo mejor ni con tanta precisión. En realidad, planeamiento es la selección de los medios apropiados para la realización de fines políticos, económicos y sociales deseados para el bien común o, en la bella síntesis de Brasil (1976 p. 6), la "estrategia de una política" beneficiosa para el Estado.

Planear es pensar con antelación en los objetivos y en las acciones. Los actos administrativos deben basarse en algún método, plan o lógica y no en suposiciones. Los planes organizan y definen al mejor procedimiento para alcanzarlos, por ello dichos planes deben constituir los ejes fundamentales sobre los cuales:

- Las organizaciones obtienen y aplican los recursos necesarios para alcanzar sus objetivos.
- Los miembros de las organizaciones realizan actividades consistentes con los objetivos y procedimientos seleccionados.
- El progreso en la dirección de los objetivos puede medirse, a fin de poder realizar ajustes, en caso de necesidad.

El proceso de planear involucra por lo tanto un "modo de pensar"; un modo de pensar involucra análisis; los análisis involucran cuestionamientos sobre lo que se realizará: cómo, cuándo, cuánto, para quién, por qué, por quién y dónde será llevado a cabo.

Uno de los presupuestos básicos de la administración es el Planeamiento, que debe ser la raíz de toda práctica gerencial. En la Administración Pública el gestor debe pensar antes (prever acciones y repercusiones, prestar atención a los siguientes aspectos: selección del objeto, el más indicado en función de la necesidad; compatibilización del tiempo vs. objeto; adecuación al debate entre los encuadramientos legales posibles. En definitiva: ¿cómo hacer más operativa la compra? ¿Qué hacer primero? ¿A quién realizar el pedido? ¿Quién debe estar involucrado? ¿Quién será responsable y cuál será su grado de responsabilidad? ¿Cuáles serán los probables proveedores? ¿Qué cláusulas deben incorporarse en la minuta del contrato? (OLIVEIRA, 1998).

La práctica del planeamiento en las compras públicas pretende corregir distorsiones administrativas, facilitar la gestión, modificar condiciones indeseables para la Administración, remover obstáculos institucionales y asegurar la viabilidad de propuestas estratégicas, objetivos a ser alcanzados y acciones a desarrollar. El planeamiento es de hecho una de las funciones clásicas de la administración científica indispensable para el gestor.

Es esencial planear la adquisición de materiales y la contratación de servicios, constituye el punto de partida para una gestión efectiva de la máquina del Estado, en la cual la calidad del planeamiento dictará el rumbo para una buena o una mala gestión. (ANDRADE *et al.*, 2005).

El planeamiento es tan importante para la Administración Pública que hay un capítulo en la ley de Responsabilidad Fiscal de Brasil, ley complementaria n° 101, del 04 de mayo de 2000, Capítulo II, Del Planeamiento (art. 3 al 10) específico para el tema. El planeamiento es el punto de partida de la ley de Responsabilidad Fiscal (LRF) y está constituido por tres instrumentos: Plan Plurianual, ley de Directrices Presupuestarias y ley Presupuestaria Anual.

Se infiere, por lo tanto, que el planeamiento es un instrumento complejo, que debe prever metas, límites y condiciones para gastos tributarios y generación de gastos. El artículo 1°, inciso 1° de la Ley de Responsabilidad Fiscal brasileña no deja dudas en lo que se refiere a esta interpretación:

Art. 1

1. La *responsabilidad* en la gestión fiscal presupone la acción *planeada y transparente*, en la cual se previenen riesgos y se corrigen desvíos que puedan afectar el *equilibrio* de las cuentas públicas, mediante el cumplimiento de metas de resultados entre ingresos y egresos y la obediencia de límites y condiciones en lo que se refiere a gastos tributarios, generación de gastos de personal, seguridad social y otros, deuda consolidada y mobiliaria (valor gastado por las administraciones públicas en la compra de muebles y otras necesidades administrativas para que los organismos públicos puedan funcionar), operaciones de crédito, inclusive por anticipación de ingresos, concesión de garantía e inscripción en Restos a Pagar (el resaltado nos pertenece).

El planeamiento en el derecho público e inclusive en la Administración Pública no es una idea nueva, pero se presenta en forma expresiva y con una nueva dimensión en la LRF, por lo que adquiere un fuerte contenido. En varios pasajes, la ley insiste en la necesidad que el administrador tiene de *planear*, en el sentido de prever acciones, proyectar situaciones, diagnosticar con precisión lo que desea y dispone, inclusive en términos de recursos públicos, y en cómo deberá alcanzar concretamente las metas delineadas. La misma Constitución Federal de Brasil se refiere al planeamiento en su artículo 174. No se concibe que la Administración Pública pueda dar cumplimiento al principio de eficiencia (artículo 37, "*caput*"), en ausencia de planeamiento de acción estatal (FIGUEIREDO, 2001).

La preocupación por el planeamiento constituye la esencia de la ley. Aunque el término no aparezca en otros dispositivos, la interpretación del conjunto de la ley no

deja dudas. El gestor público no conseguirá cumplir los objetivos de la ley si falta planeamiento económico y financiero bien estructurado.

El proceso de adquisición de productos y contratación de servicios en la Administración Pública comprende tres fases: planeamiento, licitación y ejecución del contrato.

Estas fases son profundamente interdependientes. Se percibe, por las numerosas *sentencias* emitidas por el Tribunal de Cuentas de la Unión Federativa de Brasil (TCU), que la Administración Pública se está preocupando mucho por la fase de licitación, dejando relegadas a un segundo plano a las demás fases. Esto está perjudicando la eficacia de las contrataciones. Si la organización no valoriza el planeamiento, las contrataciones serán conflictivas porque la tendencia de la organización es actuar “apagando incendios”. Esto ocurre cuando las medidas de contratación solo comienzan a ser tomadas a partir del momento en que se nota la falta de algún material o servicio y es inminente la discontinuidad en la ejecución de los servicios por esta causa. Los gestores públicos son responsables de realizar un adecuado planeamiento de adquisiciones y contrataciones, principalmente de materiales de uso cotidiano como materiales de consumo y servicios que son considerados continuos.

Sobre el aspecto mencionado en el párrafo anterior, OLIVEIRA (1998) distingue tres tipos de planeamiento en los grandes niveles jerárquicos:

- Planeamiento estratégico
- Planeamiento táctico
- Planeamiento operacional

Aplicando esta doctrina, en el ámbito de las contrataciones públicas se pueden definir de la siguiente forma:

- a) Nivel estratégico
 - Establecer los objetivos institucionales.
- b) Nivel táctico
 - Establecer lo que deberá realizarse y cuáles serán los objetivos y metas a alcanzar, en función del planeamiento estratégico.
- c) Nivel operacional
 - Establecer cómo deberán realizarse las acciones a nivel operacional.

Por sus características operacionales, el proceso de contratación en el ámbito de la Administración Pública sufre la intervención de agentes internos y externos y está sujeto a diversos eventos que pueden generar riesgos y comprometer la obtención de un resultado eficaz y eficiente. Para minimizar el posible compromiso ante eventos inesperados, pero perfectamente previsibles, la instrucción del proceso de licitación debe ser planeada adecuadamente, a fin de contemplar la satisfacción de las necesidades demandadas por la Administración Pública en el contexto ofrecido por el mercado, en plena conformidad con las normas y dispositivos legales específicos y correlatos relativos al objeto licitado.

En ese sentido, resulta importante mencionar que el tiempo de reposición del sector público es mayor que el observado en el sector privado. Dicho tiempo de reposición puede dividirse en dos fases: la selección del proveedor, con la emisión de la orden

de compra o contrato, y la entrega, por parte del proveedor, del producto comprado. COSTA (1998, p. 9), al comparar el tiempo de reposición del sector privado con el público, afirma que se puede estimar el tiempo mínimo de la competencia en cerca de 90 (noventa) días. No obstante, considerando las fases de licitación, dispuestas en el artículo 27 de la Ley de Licitación y Contratos, desde el tiempo de reposición (observado a partir de la emisión de la requisición, o sea, de la formalización de la demanda) hasta la recepción del objeto, para la modalidad de competencia del tipo “menor precio”, se puede estimar el tiempo mínimo, a partir de la publicación del edicto hasta la entrega del objeto, en 120 (ciento veinte) días, sin considerar que se conduce más de un proceso por vez y si no se producen acciones judiciales que retarden aún más el proceso.

Como consecuencia de esa demora, el planeamiento debe ser muy preciso, con el objetivo de construir escenarios (proyecciones), para prever posibles acontecimientos y permitir que el gestor público pueda formular alternativas de acción. Para ello deben considerarse algunos factores como los antecedentes y los resultados pretendidos, para estar en condiciones de realizar un proceso de compra con éxito, sin causar perjuicios a la Administración Pública. De esta manera se evita la práctica de la gestión ineficiente y contraria a los dictámenes de la Ley de Licitaciones n° 866/93, como por ejemplo:

- a) Prorrogar contratos cuya continuidad ya no resulte ventajosa.
- b) Efectuar contratos de emergencia cuando se trata de servicios de naturaleza continua imprescindible y no hubo posibilidad de prorrogar el contrato que está por vencer.
- c) Atrasar la atención de las necesidades internas de la Administración llegando a comprometer la prestación de un servicio esencial para la sociedad.
- d) Comprometer todo el proceso prácticamente concluido, en razón de una propuesta de precios ya vencida, que el proponente se niega a revalidar.

Las fallas mencionadas en el párrafo anterior, que ocurren en el proceso de adquisición de productos y contratación de servicios, como consecuencia de la ineficiencia o ausencia de Planeamiento, son consideradas por el Tribunal de Cuentas de la Unión (1) como procedimientos irregulares, conforme se explicita a continuación:

- 1 - Dispensa indebida de licitación con base en el art. 24, inciso IV (emergencia/calamidad)
 - 1.1. Para ser considerado legal el TCU exige la satisfacción de las siguientes condiciones:
 - a) que la situación adversa *no sea consecuencia de la falta de planeamiento*, de la desidia administrativa o de la mala gestión de los recursos disponibles;
 - b) que exista una urgencia real de atención para minimizar riesgos para bienes o para la salud o la vida de personas;
 - c) que el riesgo, además de concreto y efectivamente probable, se muestre inminente y gravoso;
 - d) que la contratación se circunscriba a la atención de la situación de emergencia;
 - e) que el plazo máximo sea de 180 días.

(1) Licitações e Contratos. Orientações Básicas. Tribunal de Contas da União. Brasília – 2003, p. 31; Acórdão/TCU n° 85/1999 – P; Acórdão/TCU n° 33/1998 – P; Acórdão/TCU n° 78/2003 – P; Acórdão/TCU n° 21/2002 – P; Acórdão/TCU n° 84/2002.

- 1.2. Sugerencias del TCU para la corrección:
 - a) *Realizar el planeamiento de las acciones*
 - b) Controlar el cierre de los contratos
 - c) Promover licitaciones con anticipación
- 2 - Fraccionamiento de los gastos - prohibición legal: art. 23, § 5° de la ley 8.666/93
 - 2.1. Sugerencias del TCU para la corrección
 - a) Observar el principio de anualidad del presupuesto
 - b) *Planear los gastos* para todo el ejercicio financiero, a fin de establecer la modalidad de licitación adecuada
- 3 - Prórroga de contrato con posterioridad a su finalización - prohibición legal: art. 65 de la ley 8.666/93
 - 3.1. Sugerencias del TCU para la corrección
 - a) *Planear en forma técnica* el tiempo de ejecución de proyectos y actividades
 - b) Estar atentos a los plazos finales de los contratos

Confrontando los conceptos de NOBREGA (2005, pp. 7-9), el administrador público está incumbido legalmente de planear las diversas etapas de que se compone el procedimiento licitatorio. Sin embargo, más que garantizar su legalidad, de esta planificación deriva el cumplimiento de los demás principios como economicidad, razonabilidad, moralidad, igualdad, impersonalidad, publicidad, juzgamiento objetivo, vinculación al instrumento convocatorio, además de evitar contrataciones indebidas mediante dispensa de licitación bajo alegación de emergencia y/o urgencia, tan combatidas por los Tribunales de Cuentas. De allí proviene la relevancia del planeamiento.

El legislador le exige al administrador público que proceda con objetividad para que el objeto adquirido sea exactamente el deseado en lo que se refiere a la calidad y cantidad necesarias para la satisfacción del interés público. Se resalta aquí la necesidad de realizar una evaluación previa de las necesidades efectivas de la Administración para que no haya desperdicios ni gastos innecesarios.

Se constata que el riesgo que corre la Administración Pública al ejecutar por ejemplo obras públicas sin el mínimo planeamiento interno regido por la legislación es muy alto. Se constata también, que la ausencia de planeamiento culmina con la pérdida de recursos públicos en obras inacabadas, obras ejecutadas sin observancia de normas técnicas, obras pagas y no ejecutadas, obras sobrefacturadas y obras con gastos indebidos.

II. La importancia del planeamiento en el proceso de compras

La Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos, en su artículo 14, establece de forma objetiva: para que la Administración efectúe cualquier compra, primeramente, debe obedecer a dos principios fundamentales: la definición precisa de su objeto y la existencia de recursos presupuestarios que garanticen el pago resultante.

Así está determinado en el artículo 14 ya mencionado, *verbis*:

Art. 14 - Ninguna compra será realizada sin una adecuada caracterización del objeto e indicación de los recursos presupuestarios para su pago, bajo pena de nulidad del acto bajo responsabilidad de quien lo hubiere realizado.

La compra representa una parcela significativa de los gastos públicos y por ende debe merecer una ponderable atención de la Administración.

En el contexto de la administración pública federal no existen procedimientos y herramientas que realicen el relevamiento sistemático de las demandas de materiales, productos y equipamientos, en conexión con la gestión de stocks y con estrategias y políticas de compras. Por otro lado, la legislación focaliza de forma restringida, tan solo los procedimientos relacionados con la selección del proveedor y el rito de compra o contratación *stricto sensu*. La normalización y las prioridades de política en el área de compras tienden a focalizar en demasía el cumplimiento de los requisitos de regularidad legal de los procedimientos de compras, lo que con frecuencia se transforma en un puro y simple control formal del proceso (FERNANDES, 2001, 1-20).

El perfil de compras de la administración federal es el de un comprador mayorista cuando se considera en conjunto, a pesar de la reducción que producen en el valor total las actividades de numerosos organismos públicos con autonomía para efectuar contrataciones.

Las compras, por lo tanto, exigen planeamiento, de manera que se atienda a la necesidad colectiva en tiempo y forma, sin que el proceso pueda resultar comprometido. El procedimiento para comprar exige la interacción del cumplimiento de las normas legales y técnicas y de las conductas de personas y sectores que finalmente se benefician con la disponibilidad de recursos, tan escasos, si se compara con las necesidades colectivas.

A título ilustrativo se destacan a continuación algunos tópicos a seguir para realizar el planeamiento:

1. Conocer el nivel de necesidad de la compra.
2. Saber la proyección de la demanda (consumo promedio).
3. Precisar las cantidades necesarias.
4. Especificar lo que se desea adquirir (especificación, código, diseños, componentes, entre otros).
5. Estimar una durabilidad probable.
6. Establecer un plazo máximo de espera para que el pedido sea atendido.

La falta de un planeamiento general de compras tiene como efecto principal la existencia de datos no confiables, la realización de compras innecesarias y no planeadas, la ineficiencia en la atención al usuario y la pérdida de materiales, entre otros.

El planeamiento de la necesidad de materiales es una herramienta de la metodología de control de stocks. La gran ventaja de su aplicación es que permite ver en forma rápida el impacto de cualquier cambio en dicho planeamiento. Así se puede saber qué ítems faltan y tomar las medidas correctivas, y los stocks en exceso para cancelar o reprogramar pedidos, con el objetivo de mantener dichos stocks en niveles razonables. (DIAS, 2000, p. 320).

Se parte del presupuesto de que una buena compra depende de un buen planeamiento.

Además, con una economía estabilizada y un mercado abastecido no se vislumbra la necesidad de mantener un stock alto, además del hecho de que los gastos públicos deben limitarse al presupuesto.

En otros términos, vivimos la era de la limitación y de la escasez de recursos. Lo estratégico es reducir stocks, sin comprometer por ello el funcionamiento normal de la Institución, con la garantía de continuidad de los programas de gobierno. Acumular stock es una forma de desperdiciar recursos.

Con respecto al contexto abordado en el párrafo anterior, resulta claro que no está vedada al administrador la posibilidad de adquirir determinado producto en forma financiada, siempre que esta fragmentación en las compras relativas a objetos idénticos esté prevista en el planeamiento de gastos para el ejercicio, de modo que el total de cada compra no sea considerado en forma aislada, esto último a los fines de definir la necesidad de la realización de una licitación. De esta manera, se impone, en el caso del pago a crédito, que se sumen todas las cuotas previstas para el ejercicio, a fin de que se viabilice la programación previa a la realización de la licitación, así como su modalidad.

Es bastante común, aunque se trata de algo irregular e ilegal, el procedimiento administrativo de fragmentar las compras, para mantener el valor de cada adquisición individual dentro del límite impuesto por la ley 8666/93, para viabilizar la dispensa de licitación. Así, al contrario de efectuar una compra programada de determinado material, mediante proceso licitatorio, el administrador opta por fragmentar la adquisición en pequeñas compras, para que el valor individual de cada una de ellas esté por debajo del límite de R\$8.000,00, dando oportunidad de esta forma, a la dispensa de licitación.

Compras frecuentes, en pequeñas cantidades, segmentadas, bajo régimen de urgencia constituyen problemas comunes y frecuentes en el servicio público, en su mayoría por falta de planeamiento y programación de las compras, lo que genera irregularidad en el abastecimiento y riesgo de desperdicio de recursos, pues compras reducidas y bajo el régimen de urgencia tienden a presentar precios mayores. Con la organización del proceso de compras se optimizan los recursos, se racionaliza el aspecto cuantitativo de las compras y la atención es mejor.

Una solución para el problema de la adquisición de esos materiales podría ser la adopción del Sistema de Registro de Precios, según lo previsto en la ley n° 8666/93, en su art. 15, reglamentado por el decreto n° 3.931, de 19 de septiembre de 2001, el cual amplió significativamente la aplicación de este instrumento y el decreto federal n° 4.342/02, que de acuerdo con algunos pensadores, principalmente Marçal Justen Filho en su obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Dialética, 11ª edição, p. 109, introdujo ampliaciones innecesarias y hasta ilegales. Y por último el decreto n° 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

III. La importancia del sistema de registro de precios en el proceso de compras

El Sistema de Registro de Precios permite no solo que se evite la realización de licitaciones múltiples, sino que también reduce costos de almacenaje, produce mayor celeridad en la realización de las adquisiciones y permite adecuar los pagos de los proveedores a la dinámica de la ejecución presupuestaria y financiera.

De acuerdo con el pensamiento de varios especialistas e inclusive, basándose en la legislación específica, las ventajas de utilizar el Sistema de Registro de Precios son:

- a) Es independiente de la previsión presupuestaria. Ello ocurre porque no hay obligatoriedad de efectuar una contratación, por lo tanto, no hay necesidad de demostrar la existencia del recurso. Esa comprobación solo es exigida para efectivizar la contratación, cuando se concreta la compra.
- b) Es adecuado para la imprevisibilidad del consumo, porque como no hay obligatoriedad de contratación, la Administración podrá registrar los precios y, solamente cuando haya necesidad, efectivizar la contratación.
- c) Promueve la reducción del volumen del stock, porque la Administración debe solicitar el objeto cuyo precio fue registrado solamente cuando exista demanda, sin necesidad de mantener stocks. Estos quedarán a cargo del proveedor, que debe estar preparado para realizar las entregas, con la periodicidad determinada en el edicto, siempre que lo soliciten los organismos participantes del Registro de Precios.
- d) Evita el fraccionamiento de los gastos, pues el Registro de Precios exige que los Organismos Participantes *realicen un planeamiento para el período de vigencia determinado*. De esa manera, los Organismos Participantes deben relevar la demanda total y presentarla ante el Organismo Gestor para que éste la contemple en el edicto y la licite, en la debida modalidad.
- e) Promueve inclusive la reducción en el número de licitaciones, ya que un Organismo Gestor realiza la convocatoria para los demás Organismos Participantes. Además, como el período de vigencia del Registro de Precios podrá ser de hasta un año, prorrogable por doce meses más en algunos casos, posiblemente se realizará un proceso licitatorio por año.

Con el Registro de Precios se agilizarán las adquisiciones, porque la licitación ya estará realizada, las condiciones de suministro estarán ajustadas, los precios y los respectivos proveedores ya estarán definidos. De esta manera, a partir de la necesidad el Organismo Participante solamente solicitará la entrega del bien o prestación del servicio y el proveedor deberá realizar el suministro conforme condiciones anteriormente ajustadas.

Una de las principales ventajas del Registro de Precios, cuando este procedimiento se realiza con la participación de varios organismos, es la economía de escala que se obtiene, en razón del gran volumen licitado. Sin embargo, es importante resaltar que para alcanzar tal economía es *fundamental que el planeamiento de la Administración sea correcto* para no frustrar las expectativas de los proveedores.

El Registro de Precios, por tratarse de un procedimiento que involucra varios organismos, proporciona mayor transparencia, ya que todos los procedimientos son monitoreados por todos los agentes involucrados y deben ser publicados para que todos tengan conocimiento. La ley federal 8666/93, por ejemplo, exige que se realicen publicaciones trimestrales de los precios registrados, lo que amplía la transparencia del procedimiento y favorece el seguimiento de los precios por todos los ciudadanos.

Es el precio efectivamente pagado por el organismo al proveedor/prestador de servicio por un determinado ítem (es el constante de las facturas/comprobantes de servicio).

El precio registrado es el resultante de un proceso licitatorio realizado por el Sistema de Registro de Precios. Tiene una validez máxima de doce meses a partir de la fecha en que se labra el acta de registro de precios. El precio registrado podrá ser renegociado como válido, tanto por iniciativa de la Administración Pública como del respectivo proveedor/prestador de servicio, cuando en función de la dinámica del mercado se pueda caracterizar justificadamente, la necesidad de su reducción o aumento.

IV. La importancia de la planificación en el proceso de contratación de servicios

Muchos contratos de prestación de servicios de naturaleza continua, como locación de vehículos, de telefonía fija y celular, de limpieza y conservación, de mantenimiento y vigilancia de edificios, ven perjudicada su ejecución inclusive antes del término inicial previsto, en razón de la alegada “falta de partida” o tienen prórroga de su plazo de vigencia de forma excepcional, del mismo modo en que se realizan contrataciones de emergencia, para que los servicios no sufran discontinuidad simplemente porque no hubo tiempo hábil para la conclusión de la licitación.

En realidad, tal situación es consecuencia principalmente de la ausencia de planeamiento adecuado, y para evitarlo el administrador debe tener conocimiento previo y detallado acerca de la necesidad mensual e inclusive anual del servicio a ser licitado.

En la Administración muchas veces falta planeamiento de las diversas unidades de los organismos y ese control a veces es muy difícil. La situación se complica aún más cuando algunos administradores comienzan a utilizar partidas destinadas por el presupuesto para otras finalidades, para hacer frente a los gastos de aquel contrato mal planeado o para realizar numerosas adendas contractuales.

Se infiere entonces que el planeamiento, principalmente el realizado para obras y servicios de ingeniería, tiene la función de evitar sorpresas, desperdicio de tiempo y recursos públicos e inicio de proyectos inviables. Además de la finalidad moralizadora, se trata también de una cuestión económica. La buena gestión de los recursos públicos constituye un deber de la Administración: la eliminación de incertidumbres promueve la seguridad para los licitantes en lo que se refiere a los aportes contractuales que asumirán, ampliando de esta manera el abanico de participantes y con la consiguiente reducción del precio ofertado. Se refuerza una vez más la importancia del planeamiento de una licitación como factor de reducción de los precios ofertados por los interesados.

En una obra jamás podrá invocarse la urgencia en la ejecución del objeto del contrato, por lo tanto es inadmisibles la instauración de licitaciones sin la más perfecta y exacta determinación de las condiciones del futuro contrato.

Se ha verificado que la falta de planeamiento y el hecho de no identificar el grado de importancia de las obras a edificar acaban por obstaculizar el comienzo de su ejecución, y tienen como consecuencia perjudicial, por ejemplo, su no conclusión. Consta en el informe de la Comisión del Senado Federal, concluido en 1996, que las obras federales

inacabadas en Brasil, “representan un claro desperdicio de recursos públicos, ya tan escasos”. El mismo criterio se aplica a las obras estaduais y municipales.

La calidad del proyecto, casi siempre, está ligada al planeamiento de la entidad, y se vuelve mejor o peor en la medida en que éste es más o menos claro. Lo cierto es que proyectos mal elaborados, no suficientemente evaluados, redundan en presupuestos mal dimensionados, que a su vez determinan obras problemáticas. Restablecer el equilibrio requiere las más diversas adendas contractuales que determina obras más caras, o lo que es peor aún, obras inacabadas.

Por lo tanto, es moneda corriente que los responsables del desarrollo de los proyectos y de la realización del certamen licitatorio y los contratados, no corran ningún riesgo, pues existen las adendas contractuales para todo lo que ocurra en la obra “diferente de la planilla de valores cuantitativos y precios estimados”, especialmente en razón de la falta de planeamiento y deficiencias en el desarrollo de la solución elegida a fin de proveer visión global de la obra y de identificar todos sus elementos constitutivos con claridad, conforme determina la Ley de Licitaciones.

V. Consideraciones finales

Al finalizar el presente artículo es importante enfatizar que constituye una condición indispensable para la Administración Pública la adopción del sistema de planeamiento como directiva de todo y cualquier Gobierno. Programar ingresos, el gasto y las inversiones debería constituir una tarea básica, elemental y rutinaria de cualquier acción gubernamental, cualquiera sea el volumen de negocios a emprender.

Bajo esa óptica, las compras y los servicios contratados por la Administración deben ser precedidos de un planeamiento meticuloso y llevarse a cabo en oportunidades y períodos preestablecidos. La compra y el servicio deben realizarse solo una vez, con una modalidad compatible con la estimación de la totalidad del valor a ser adquirido.

Es preciso difundir cada vez más la importancia y las responsabilidades involucradas para efectuar una contratación pública. Al final de cuentas se está gastando dinero del ciudadano, de la sociedad, de una manera general, razón por la cual éste necesita ser bien utilizado: es posible comprar por un precio justo y comprar bien, con calidad, siempre que sea de manera planeada.

VI. Bibliografía

- ABRAMO, Claudio W. “Prevenção x punição para o controle do setor público”, *Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 35, número 101, julho/setembro, 2004.
- ANDRADE, N. A. et al. *Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual*, Atlas, São Paulo, 2005.
- BARBOSA, E. L. *Controle Interno da Administração Pública: instrumento de controle e de gerenciamento*, 2002, Monografía realizada como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Advocacia Municipal, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre.
- BECHARA, M. *Planejamento Estratégico: Por que muitas organizações não conseguem colocar na prática?* (<http://www.widebiz.com.br>).

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

_____. *Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.

_____. *Controladoria Geral do Estado*. Governo do Estado do Rio Grande do Norte. Informativo nº 009. Ano II. 1998 (<http://www.control.rn.gov.br/Informativos/INFO08.doc>).

_____. *Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências, 10ª edição revisada e atualizada – Curitiba: Zênite, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 2. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno. 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdãos e Decisões* (<http://www.tcu.gov.br>).

_____. Tribunal de Contas da União. *Anais do VI Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas*. Brasília: TCU, Secob, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. *Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas*. Brasília: TCU, Secob, 2002b.

_____. Tribunal de Contas de Pernambuco e os municípios: *Pareceria para uma gestão responsável. Guia de Orientação aos Novos Gestores*. Pernambuco, 2005.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdãos e Decisões* (<http://www.tcu.gov.br>).

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 2. ed, rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno. 2002.

BRASIL, Francisco de Souza. “Educação e Desenvolvimento”, *Carta Mensal da Confederação Nacional do Comércio* nº 254, maio de 1976, Rio de Janeiro.

CORREIA, Vera L. A. *Gerenciamento eficaz dos processos de contratações: gestão pública municipal efetiva*, FGV, Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, A. L. “Sistemas de compras públicas e privadas em Brasil”, em *Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração*, 22, 1998 (www.anpad.org.br).

DIAS, Marco Aurélio P. *Administração de Materiais: Uma Abordagem Logística*, Atlas, São Paulo, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed. Dialética, São Paulo, 2005.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. Dialética, São Paulo, 2002.

_____. *Pregão. Comentários à Legislação do Pregão comum e eletrônico*. 2ª ed. Dialética, São Paulo, 2003.

FERLIE, E. et al. *A nova administração pública em ação*, UNB, Brasília, 1999.

FERNANDES, Ciro Campos Christo (2001). *As Tendências Atuais na Gestão de Suprimentos diante do Marco Legal das Licitações*, Fundação Getúlio Vargas, Trabalho apresentado à disciplina Gestão de Produção e Logística do Curso de Mestrado Executivo em Gestão Empresarial. Brasília (não publicado).

FIGUEIREDO, Marcelo. “A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I nº. 9, dezembro, 2001 (<http://www.direitopublico.com.br>).

- HERMES, G. C.; GOULART, M. S.; JEIRIA, J. S. *Gerenciamento de contratos na administração pública*, Makron Books, São Paulo, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11.ed. Dialética, São Paulo, 2005.
- NÓBREGA, Airton Rocha. *Questões Relevantes nas licitações Públicas*. Brasília: Fórtium, 2005.
- OLIVEIRA, D.P.R. de. *Planejamento estratégico: conceitos, metodologia e práticas*, 12. Ed. Atlas, São Paulo, 1998.
- SENADO FEDERAL. *O retrato do desperdício no Brasil. Comissão Temporária de obras Inacabadas: relatório final*, Brasília. Senado Federal, Centro Gráfico, 1995.
- STROMBOM, Donald. "A corrupção nas compras de produtos e serviços", *Revista Eletrônica da USIA*, Vol. 3, Nº 5, Novembro de 1998 (<http://usinfo.state.gov/journals/ites/1198/ijep/ie119807.htm>).