

# **LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA. APUNTES**

---

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ

Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia

## 1. INTRODUCCIÓN

La importancia de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado es incuestionable, no sólo por la trascendencia que puede tener si se miran las cosas desde el punto de vista legal, sino también por el significativo peso que tiene dentro de la actividad económica en general, sobre todo en Estados como el nuestro, a pesar, incluso, de los intentos de reducción y retirada de campos que, en virtud de su papel intervencionista están (o estaban) comprendidos en el papel o giro ordinario de su accionar.

Tendencias privatizadoras o neoliberales, que se reflejan ya en el traspaso de funciones al sector privado -la privatización en el estricto sentido de la palabra- ora en la explotación conjunta o compartida por parte de particulares y entes públicos de mercados o servicios -la llamada liberalización de la economía-, o en la adopción de modelos de gestión propios del derecho privado o que tienden a él, tales como la aplicación de normas del tráfico entre particulares a la gestión estatal o la constitución de empresas industriales o comerciales o sociedades de economía mixta, etc.

Invocando la eficacia de la gestión estatal y el desarrollo de la economía en general, éstos y muchos otros cambios invitan a reflexionar sobre cuestiones que han sido aceptadas sin discusión alguna y que hoy bien podría decirse que deben ser recibidas con beneficio de inventario.

Así, para citar un caso, la unidad del derecho -a la cual parece querer llegarse- que desquicia la predicada autonomía del derecho ad-

administrativo, base de la teoría de la actividad administrativa y de la actividad contractual y que también se ha llevado a extremos.<sup>1</sup>

Obliga a reflexionar sobre el papel de la administración como sujeto de derecho que contrae obligaciones y cuyo incumplimiento debe acarrearle responsabilidad patrimonial como a cualquier otra persona jurídica o natural, más si se tiene en cuenta el carácter reglado de sus poderes que le impone en consecuencia un marco de acción que debe respetar en su integridad.

Ese propósito de eficacia, si en algún campo puede tener vigencia, es en el de la contratación estatal, ante las críticas de inmoralidad, corrupción, ineficiencia, lentitud, altos costos, etc., imputables no sólo a la normatividad sino también a los sujetos que intervienen en la formación de tales actos jurídicos, en especial en los previos al contrato, que constituyen los mecanismos o medios de que vale la administración pública para escoger sus contratistas.

---

<sup>1</sup> Es lo que en la teoría de los contratos de la administración, ha denominado el profesor García de Enterría la doctrina sustantivadora del contrato administrativo: "La primera objeción a la doctrina sustantivadora del contrato administrativo es que parte de una idea convencional de lo que la "autonomía" científica e institucional del Derecho Administrativo ha de pretender. Tal autonomía no necesita expresarse en una singularidad radical de sus instituciones sobre las que son propias del Derecho Civil. Por una tradición histórica bien conocida, las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil, lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente. En el Derecho Administrativo, como derecho propio de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos, como ya nos consta. El caso del contrato no es el único, supuesto lo cual el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismo, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración sobre la abstracta institución contractual. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. I. Sexta Edición. Editorial Civitas, S:A:Madrid. Pág. 660).

## 2. LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

2.1. - La Administración, como persona jurídica, celebra sus actos o escoge sus contratistas de un modo más o menos complejo no sólo por el principio formalista que la rige, por obvias razones de garantía para ella y para el ciudadano, sino también por la estructura propia de la organización que indica que a diferencia de lo que sucede con las personas naturales, la expresión de voluntad es atribuible o surge de la integración o participación de varios órganos o funcionarios, esto es, que está sometida al principio de articulación "que no es sino el principio mediante el cual todos los órganos que integran una organización se encuentran relacionados en virtud de razones de competencia, de jerarquía, de centralización y de colegialidad".<sup>2</sup>

Como lo ha dicho el Consejo de Estado español en dictamen del 2 de octubre de 1969: "Los contratos que celebra la Administración, como los suscritos por cualquier organización, sometida al principio de articulación, que significa que existen diversos órganos con competencias delimitadas que tienden a una finalidad específica y común, ofrecen particularidades que los distinguen de los que celebran las personas físicas, en los cuales la voluntad psicológica adquiere relevancia exclusivamente en el momento en que se manifiesta al exterior. Cuando estas voluntades proceden de las personas físicas, solamente se tiene en cuenta, como queda dicho, el aspecto exterior de las mismas, pero cuando proceden de organizaciones personificadas, con competencia distribuidas, hay dos momentos que se tienen en cuenta por el ordenamiento jurídico administrativo: el de la formación interna de la voluntad y el de su manifestación exterior. El contrato surge también por el acuerdo de voluntades exteriores, pero no puede olvidarse que, como soporte de ellas, existen fases con relevancia y que pueden producir efectos en la esfera contractual".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, citado por el profesor DE SOLAS RAFECAS, José María en su obra. *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Editorial Tecnos S.A: Madrid 1990.

<sup>3</sup> DE SOLAS RAFECAS, José María. Op cit. Pág. 145

Eso muestra entonces, que la formación de voluntad de la Administración está precedida de una serie de actos orientados a uno final, que es por lo general aquel en el cual se concreta la decisión: la escogencia del co-contratante.

Por eso, se dice que los mecanismos de selección del contratista son procedimientos, entendiendo por tales una serie o conjunto de actos y de hechos con una finalidad: la realización de un contrato.

2.2. - Pero es un procedimiento no sólo, por lo visto, (que encuentra justificación en la teoría del negocio jurídico), sino por la naturaleza y fines de la administración pública.

La actividad contractual es una de las facetas de la actividad administrativa, lo que presupone la existencia de unas potestades o poderes, como lo denomina algún autor, de unos límites positivos o funcionales.

Por eso, dice el profesor Héctor Escola: "El contrato administrativo no es sino una forma de actividad administrativa, es decir de aquella actividad estatal". En ese propósito de tratar de establecer la nota caracterizante de los contratos administrativos, es menester reiterar que el contrato administrativo no es sino una forma de la actividad administrativa, es decir, de aquella actividad estatal cuyo objeto es la realización de los cometidos estatales que requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos y operaciones materiales (Sayagués Laso).

"La actividad administrativa es, en su esencia, una actividad teleológica en que todos los aspectos en que se desenvuelve exige que cuente, para que sea eficaz, con ciertos poderes, facultades o jurisdicción, de cierta prerrogativa o potestad, cuyo conjunto es estudiado al tratar de la llamada teoría de las "potestades administrativas".

"Se ha dicho, con verdad, que la gran empresa administrativa, como ocurre con toda empresa, está integrada por un elemento objetivo o funcional -el conjunto de actividades y elementos que realizan el fin administrativo- y un elemento formal, el elemento poder, sin el cual no sería factible aquél, que participa del poder general del Estado, y

que se fracciona en facultades particulares, que se agrupan en tres clases de potestades: la de mando, la reglamentaria y la jurisdiccional (García Oviedo).

“La actividad administrativa es una actividad no homogénea, siendo posible reducirla a un concepto unitario al referirla al poder del Estado, del cual emana, en la que siempre estará presente esa idea de poder, de potestad o prerrogativa especial.

“En consecuencia, es posible extraer una primera conclusión: los actos administrativos son una forma de la actividad administrativa (actos jurídicos plurilaterales), y como tales, en ellos debe estar presente, de alguna forma, el poder o potestad administrativo, en todos o en algunos de sus aspectos más importantes.

“En los contratos administrativos, por tanto, se ha de advertir la vigencia de las prerrogativas propias de la administración pública; cuando ésta actúa como tal, la presencia de esas potestades es necesaria y constante.”<sup>4</sup>

Esas potestades o poderes contractuales o “precontractuales” deben ejercerse de conformidad con los principios de legalidad, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que orientan la función administrativa “al servicio de los intereses generales”. Todo de conformidad con el artículo 209 de nuestra carta constitucional, que informa entonces toda la legislación contractual y especialmente el artículo 3 de la ley 80 de 1993 que consagra los fines de la contratación estatal (“la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”).

De lo dicho deriva el carácter formalista de la administración, que implica entonces la existencia de un procedimiento previo que

---

<sup>4</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo. Volumen II*. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1984. Págs. 610, 611.

En el mismo sentido García de Enterría. *Op. cit.* Pág. 643.

garantice el logro de los fines de la organización estatal y la realización de los derechos de los ciudadanos, tales como la igualdad, la participación en la gestión pública, la iniciativa privada, la libertad económica, la libre competencia, etc.

No es tema de este trabajo el estudio de tales principios, pero indudablemente que ellos sirven (y nos servirán) de pauta o patrón para interpretar y solucionar las cuestiones y problemas de la actividad contractual.

### 3. LOS MECANISMOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

3.1 - Todos los sistemas de selección del contratista están comprendidos entre los que se califican como de libre elección y aquellos que podemos llamar de selección reglada.

A nuestro juicio, los mecanismos de escogencia del contratista tienden hacia uno u otro extremo de esa relación: la existencia de uno u otro, en su forma pura, es improbable.

3.2. - El de libre selección, "consiste en la posibilidad de que la administración pública elija directa y discrecionalmente a su co-contratante, sin tener que cumplimentar previamente para ello algún requisito especial".<sup>5</sup>

Puede decirse que es la **regla general** en la contratación de los particulares donde hay total y absoluta libertad para escoger al co-contratante. El particular tiene el "derecho" a contratar, para diferenciarlo de la "potestad" propiamente dicha. Por lo mismo puede disponer de él: contratar o no, con éste o aquél, porque es reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que tiene mayor "realce" en la contratación privada.

---

<sup>5</sup> MARIEHNOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III -A. Contratos Administrativos Teoría General. Tercera Edición. Abeledo - Perrot. Buenos Aires.

La diferencia es trascendental. Dice el profesor Solas:

“La distinción, por tanto, entre los poderes que reconoce el ordenamiento jurídico por razones distintas a la previa asignación de una “función” (caso de la autonomía privada, artículo 1.255 Cc) y aquellos otros que otorga para el cumplimiento de una “función” u “officium”, que previamente ha asignado al titular, es bien clara: mientras el titular de los primeros lo puede ejercitar para la consecución de los fines que él estime oportunos, el de los segundos ha de ejercerlos precisamente para la consecución de los fines predeterminados por el ordenamiento jurídico. Cuando el titular de esta segunda clase de poderes jurídicos sea un órgano público la finalidad a conseguir será siempre el interés público, especificado por el ámbito competencial del mismo: cuando se trate de la patria potestad, el interés del hijo sometido a ella”.<sup>6</sup>

3.3. - Contrario a aquel donde la selección es libre, está el que restringe esa libertad de escogencia; sistema que podemos llamar de selección reglada, para mostrar que la elección debe hacerse de acuerdo con unos criterios o reglas previas que determinarán la persona con la cual debe contratarse.

Esos criterios implican, como puede verse, restricciones a la libertad de elección.

3.4. - Se ha dicho que uno u otro sistema refleja la ideología imperante en el Estado. Si se trata de un Estado liberal lo propio es la selección reglada. Si de un Estado intervencionista o de economía dirigida, la libre selección.

Al referirse a este punto, expone el profesor Dromi:

“En consecuencia, según sea la forma en que se conjuguen las relaciones entre la libertad (o autoridad de los administrados) y la autoridad (o libertad de la Administración), tendremos, si prevalece la

---

.....

<sup>6</sup> DE SOLAS RAFECAS, José María Op. cit. Pág.152.



primera, un procedimiento de contratación rígido o semirígido, como ocurre en el Estado liberal, de allí que la licitación pública sea el principio general en materia de procedimientos de contratación. Por el contrario, si prevalece la autoridad propia de los Estados intervencionistas o de economía dirigida, los procedimientos de contratación serán más elásticos, flexibles o libres, toda vez que al Estado le interesa la libre elección de sus co-contratantes y la ley ha de ser más indiferente respecto de la regulación rigurosa y limitativa de las competencias y atribuciones de los órganos del poder.

Estas connotaciones políticas de los procedimientos de contratación, expuestas en abstracto, son una resultante obligada de los distintos regímenes políticos, pero, por supuesto, sólo indican una pauta general, pues en la realidad jurídica y política nunca se dan la pureza teórica con que las exponemos. En otros términos, como todos los Estados adoptan un régimen político más o menos liberal, o más o menos intervencionista, pero muy pocas veces son absolutamente liberales o totalmente intervencionistas, debemos concluir que en el derecho positivo de los diversos Estados tampoco encontraremos la regla de la licitación pública como procedimiento absoluto de contratación, aun en los Estados más liberales; y a la inversa, que la libre elección tiene también sus lógicas limitaciones en los Estados de economía dirigida".<sup>7</sup>

No obstante, si la práctica muestra que esa identidad de forma y contenido, si así puede decirse, no se ajusta a la realidad de las cosas.

3.5. - Se dice que la regla general es la libertad de elección. Dromi, asevera "El fundamento lógico jurídico de este principio de libertad de elección radica en la responsabilidad y competencia que el ordenamiento jurídico atribuye a los poderes respecto de la administración en general del Estado (art. 86, inc. 1o., Const. Nac.), el bienestar (art. 67, inc.

---

<sup>7</sup> DROMI, José Roberto. La licitación pública. 2a. Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1980. Pág. 85.

16), la prestación de servicios públicos, etc., facultándolos a esos fines en la libre disposición de los medios jurídicos pertinentes, entre ellos la atribución de celebrar contrato eligiendo a su contratante”.<sup>4</sup>

Escola, sobre el mismo punto expresa: “Se ha dicho, con todo acierto, que el principio general aplicable en cuanto a la determinación del cocontratante particular es el de su libre elección por la administración pública de modo que es ésta la que se selecciona directamente y de manera discrecional a la persona con la cual habrá de contratar, siendo la excepción el que la competencia de la administración esté trabada, desde este punto de vista (Jéze, Marienhoff).

“Es que no existe, en realidad, ninguna razón que se oponga a que la administración, como norma general, goce de esa libertad y discrecionalidad para seleccionar el cocontratante que más le convenga, teniendo en cuenta el objeto y la finalidad de la relación contractual a establecerse. Si así ocurre en el vasto e importantísimo campo de los actos administrativos, en donde se deciden cuestiones de enorme importancia, no se advierte porqué la administración pública habrá de verse limitada en el campo contractual, que no es sino una forma integrante de la actividad administrativa”.

“.....

“Pero si el principio general en materia de selección del cocontratante particular es, como queda expresado, el de la libre elección, ello no quita que el orden jurídico administrativo establezca, en la práctica, por lo común, diversos sistemas que restringen esa libertad de la administración, a veces de manera muy acentuada, al punto de que se ha llegado a entender que el principio general es, en realidad, el de la restricción y que la libertad de elección es la excepción, cuando lo correcto es lo contrario, siendo esta consecuencia el resultado de una excesiva proliferación de los sistemas de restricción.

---

<sup>4</sup> DROMI, José R. Op. cit. Pág. 82. Marienhoff lo fundamenta en el principio de la libertad formal del acto administrativo -v. Op. cit. Pág. 157-. Del mismo criterio Bercaltz y Sayaguez Laso.

— La afirmación innegable de la libre elección, como principio general, da como consecuencia irrefutable -que nunca se debe dejar de tener en cuenta- que los sistemas de restricción sólo deben ser aplicados a los casos específicamente determinados por la legislación administrativa vigente, en los cuales su aplicación es inexcusable, al punto de que su omisión no sólo generará responsabilidad administrativa sino que invalidará, además, el contrato”.<sup>9</sup>

Ese principio no se desvirtúa, agregan, por el hecho de que las legislaciones consagren en la práctica limitaciones a esa libertad de elección, antes lo confirma: la excepción es la que requiere texto positivo expreso.

Sea de ello lo que fuere, es indiscutible que a la luz de los textos constitucionales y legales, en Colombia es imperativo concluir que en la contratación estatal no hay sistemas de libre selección del contratista.

La posibilidad de que la administración y el Estado en general pudiere escogerlos (a los contratistas) de manera libre y discrecional atentaría contra los fines, los principios que rigen la actividad administrativa (ya referidos) y los derechos consagrados en nuestra carta constitucional, mífese desde la perspectiva de la conveniencia de la administración -el interés general, la economía, la eficacia, la imparcialidad- de los derechos de los ciudadanos -la igualdad, la libre competencia, la participación-.

Esa idea se concreta en la ley 80, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, específicamente de su artículo 24, numeral 1 y párrafo segundo del numeral 9, cuando dispone que la selección del contratista, **en todos los casos**, debe hacerse en condiciones de economía, transparencia y selección objetiva.

Y puede decirse que esa limitación es común a todas las entidades estatales, sométanse al Estatuto General o a normatividades es-

<sup>9</sup> ESCOLLA, Héctor Jorge. Op. cit. Págs. 650-651.

peciales, porque la norma constitucional es aplicable a todas aquellas entidades administrativas- sector central o descentralizado territorialmente o por servicios-.

Eso permite entender porqué la ley 142 o ley de servicios públicos domiciliarios establece que las empresas deben adquirir o contratar por medio de mecanismos que garanticen concurrencia e igualdad de condiciones y autoriza a las Comisiones de Regulación para determinar por vía general mecanismos de contratación como la licitación u otros que estimulen la concurrencia de oferentes, esto es, mecanismos de selección reglada.

Se explica no sólo por razones de competencia o de transparencia del mercado, sino también, por lo menos para las personas de origen público, por la norma constitucional. -Artículo 209-.

Incluso podría decirse que en Colombia no existen para el sector público mecanismos de libre selección y que no tiene vigencia la discusión respecto de la escogencia discrecional y libre del contratista, que aún para aquellos que sostienen tal tesis implica por lo menos motivación y publicidad de las decisiones en las cuales se concreta la voluntad de contratar.<sup>10</sup>

3.6. - Los sistemas de selección en Colombia son reglados, queriendo con ello significar que la escogencia del contratista debe hacerse mediante unas reglas previamente determinadas por la administración, reglas o criterios que deben conducir a una selección objetiva del mejor contratista o de la mejor propuesta de contrato.

3.7. - ¿Cuáles son los sistemas de selección reglados vigentes en Colombia?

---

<sup>10</sup> "La libre elección, como ya sabemos, si bien realmente debe ser tal, no significa que la administración no siga obligada, aun entonces, por ciertos recaudos, como el adecuado régimen de publicidad y la debida motivación del acto de determinación del contratante que deben respetarse en éste como en todo acción administrativa"-Escola. Op. cit. Pág. 653

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Colombiana se refiere a la licitación, al concurso, a la subasta y a la contratación directa.

Son, se repite, sistemas de selección reglados porque la escogencia está definida por unos criterios predeterminados en los documentos de contratación que son en esencia los que distinguen la licitación, el concurso y la subasta.

Todo, porque según el objeto del futuro contrato, se definirán los criterios y el procedimiento de selección.

Así, puede decirse, que si se trata de actividades materiales, obras, suministros donde el "mejor" contratista no se define por único factor sino por la sumatoria de varios será la licitación (propuesta más favorable); si venta de bienes a la subasta o remate (el mejor precio); si actividades eminentemente técnicas, artísticas o intelectuales, diseños, proyectos, arquitectura etc., al concurso (particulares condiciones y atributos del futuro contratista)

La regla general en Colombia es el procedimiento de la licitación. Su omisión entonces, afectaría la validez del contrato.

Al tratar el punto, dice el profesor Escola:

"Puede ocurrir, en primer lugar, que la administración, al celebrar el contrato, haya omitido totalmente el cumplimiento del procedimiento de selección prescrito por la ley. Ésta disponía, por ejemplo, el cumplimiento de una licitación pública, y el contrato se concertó siguiendo el sistema de libre elección, o cualquiera de los otros sistemas de restricción.

"En tal caso, y teniendo en cuenta que todos los procedimientos especialmente determinados son impuestos en mira del interés público y que éste debe prevalecer, ese incumplimiento total invalidará de manera absoluta el contrato así celebrado, habiéndose aceptado que tal invalidez puede ser alegada por la misma administración pública, por los contratantes particulares y por los terceros interesados, aun cuando algunos efectos podrían producirse, como la *actio in rem ver-*

so de los particulares afectados. No son aceptables, en cambio, las opiniones que sólo admiten la existencia de responsabilidades administrativas, resultantes de la omisión de la forma prescrita, sin llegar a la invalidez del contrato, o que le otorgan el carácter de una nulidad relativa y, por tanto, subsanable".<sup>11</sup>

3.8. - Tal afirmación, que compartimos, debe precisarse, porque nuestra ley de contratación parece asimilar la licitación y el concurso, cuando dispone que " Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública " Ley 80 de 1993. Artículo 30 Parágrafo.

Lo que importa pues, salvo el caso de la contratación directa, es que haya armonía o correspondencia entre el objeto del futuro contrato y la predeterminación de los criterios de escogencia, toda vez que, miradas las cosas desde el punto de vista formal, no existen diferencias sustanciales entre unos y otros.

En el procedimiento mismo, porque los plazos, etapas y demás requisitos los fija en cada caso concreto la administración atendiendo los principios generales consagrados en la ley (transparencia, economía y publicidad) y porque la concurrencia o pluralidad de oferentes es en todos los casos general e indeterminada, pues se trata de una convocatoria pública.

3.9. - Si la licitación es la regla general, significa esto que en caso de duda o a falta de norma que autorice otro procedimiento, la administración debe acudir a la licitación.

---

<sup>11</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. Op. cit. Pág. 652

➤ Con la precisión hecha en el aparte 3.8., puede afirmarse que el incumplimiento de esa regla general genera la nulidad del procedimiento por un vicio de forma.

Así ocurre cuando la administración acude al procedimiento de contratación directa sin que se configure ninguno de los supuestos que autoriza su utilización.

Todo, porque tal procedimiento es una excepción a la regla general -la licitación- y por ende la norma excepcional debe ser interpretada de manera restrictiva. Formalmente los plazos, trámites y etapas de la contratación directa son más "cortos" y la convocatoria no es general e indeterminada, sino que es más o menos limitada.

Y es un vicio de forma, porque, como dicen los profesores Viñar "Las formalidades en el procedimiento de selección de contratistas tienen, como hemos visto, una finalidad de garantía tanto frente al particular como frente a la misma administración. Ahora bien, puede ocurrir que en determinadas circunstancias, por falta de concurrencia, por razones de urgencia o simplemente por la escasa importancia del contrato, todo ese largo proceso de selección no sea una ayuda sino un obstáculo para la acertada realización de las obras. De ahí que en algunos casos se autorice a la administración a prescindir de las formalidades usuales".<sup>12</sup>

Se insiste, la contratación directa es un procedimiento de selección reglado (objetivo). No hay en Colombia, como se dijo antes, mecanismos de libre selección.<sup>13</sup>

3.10. - Surge una pregunta: ¿El procedimiento de selección es una oferta? ¿Es un pedido de ofertas?

---

<sup>12</sup> VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCÚRRA, José. Principios de Derecho Administrativo. Tomo II, Universidad de Madrid, 1983, Pág. 206. Tomado de la Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Nro. 95. 1995. Pag. 174.

<sup>13</sup> Sobre el procedimiento de contratación directa véase Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Nro. 95 - 1995. Pág. 169.

— La mayoría de la doctrina ha considerado que se trata de un pedido de ofertas y que por lo mismo de él no se deriva ningún efecto vinculante u obligacional.

Así, el profesor Bandeira de Mello dice "Por medio del llamado a licitación, la administración explica a los interesados lo que desea y aclara cuándo y dónde deberán ofrecer sus propuestas. Esclarece además, tanto la forma por la cual se examinarán y calificarán las propuestas como los criterios que regirán la elección de la mejor y así también las condiciones en que pretenden realizar el contrato.

"A pesar de todas estas especificaciones, en las mismas no se traduce una promesa de contrato, sino simplemente una convocatoria a los interesados a fin de que la administración pública decida ulteriormente si quiere o no contratar con el ofertante de la propuesta más ventajosa. En otras palabras, el llamado a licitación no obliga a la administración a contratar con alguno de los proponentes. A la inversa, los ofertantes, al hacer sus propuestas, se obligan a mantenerlas por el plazo establecido por ellos o en el propio instrumento de apertura".<sup>14</sup>

Esa misma tesis ha sido pregonada, en algunos casos, por el Consejo de Estado Colombiano, aun cuando en otras providencias ha reconocido la responsabilidad precontractual de la administración por la ruptura injustificada de negociaciones.<sup>15</sup>

---

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. "El llamado a concurso en las licitaciones". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino. El Derecho Administrativo en Latinoamérica. 1978. Pág. 169.

-En igual sentido Mariehnoff, Escola, Bercaitz.

15 Así, entre otras, en sentencia del 27 de febrero de 1992, expediente 4108. Ponente Dr. Montes Hernández, se dijo:

"No hay duda que se desarrolló un procedimiento tendiente a la celebración del contrato, el cual -como toda actuación administrativa- debe estar presidida en el principio de la buena fe hoy consagrado positivamente en el artículo 83 de la Constitución Política; su quebranto genera responsabilidad patrimonial a cargo del Estado cuando ha ocasionado perjuicios al particular vinculado en la relación precontractual".



A nuestro modo de ver, la naturaleza del procedimiento de selección es la de una verdadera oferta, acto jurídico generador de derechos y obligaciones para las partes que participan.

Por consiguiente el procedimiento debe terminar con la adjudicación del contrato o con su deserción, si es que no es posible una selección objetiva.

Abierto el procedimiento, la administración adquiere la obligación dicha; lo que en buen romance indica que hay un acto generador de efectos jurídicos.

Que es una verdadera oferta lo confirma el artículo 860 del Código de Comercio. "En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor.

Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás".

No tendría sentido, como dice Dromi "Sería sin duda arbitrario, y más aún para una concepción del contrato en función social, reconocer que una de las partes tenga un derecho ilimitado a retirar su oferta, o que el Estado licitante revoque, por razones de oportunidad, un llamado a licitación después que el oferente irrogó a su costa todos los gastos que genera presentar una oferta, o deje sin efecto un concurso de anteproyectos cuando los terceros concursantes hubieren concluido el trabajo, etcétera. Creemos que no puede negarse fuerza vinculante a la actividad pre-contractual"<sup>16</sup>

3.1.1. - Si ello es así, como lo creemos, los procedimientos de selección son distintos de los tratos preliminares o tratativas previas que no generan ninguna obligación porque no son verdaderas ofertas.

A esos tratos preliminares o previos se refiere nuestra Corte Suprema: "Dada la enorme trascendencia que en el tráfico negocial de

-----  
16 DROMI, José R. Op. cit. Pág. 75.

bienes y servicios se deriva de la oferta, ella ha sido objeto de regulación legal (arts. 845 863, Código de Comercio) y, en torno a la misma, se tiene por establecido que, para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que **para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente**; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento". (Subrayas fuera del texto)<sup>17</sup>

¿Serán admisibles esos tratos preliminares en la contratación estatal?

Si se tienen en cuenta los "límites funcionales" a los que nos referimos antes, la naturaleza de las potestades de la administración en ese campo y los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta, la respuesta sería negativa.

Lo autorizado, según la ley 80, son los procedimientos antes vistos, y atentaría contra la economía y eficacia de la gestión el sustituirlos por tales tratos previos o preliminares.

Sin embargo, si ellos se conciben como una etapa previa al procedimiento de selección misma -los estudios de todo orden que debe

---

<sup>17</sup> Revista Jurisprudencia y Doctrina. Sentencia de Casación, marzo 8 de 1995. Expediente 4473. Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta. Págs. 493 - 494.

hacer la administración antes de abrir el procedimiento mismo, atendiendo la complejidad del contrato según el artículo 25 numeral 12 de la ley 80- no se encontraría objeción alguna.

#### **4 LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN**

Los consagra la ley no sólo para la etapa precontractual, sino también para la de ejecución del contrato.

Se hacen algunas anotaciones:

##### **4.1. - El principio de la transparencia.**

Su razón de ser radica en el propósito de combatir la corrupción. Podemos decir que en él se compendian la igualdad, publicidad y competencia o libre concurrencia, principios que tradicionalmente se predicaban de la licitación como figura jurídica y que además aparecen consagrados en la C.N. como derechos fundamentales (la igualdad art. 13, la publicidad, manifestación del derecho de participación y fiscalización, arts. 40 y 103) o como derechos económicos (la libre competencia art. 336).

Concurrencia que busca que todo aquel que esté en condiciones presente, si lo desea, oferta.

Igualdad: Que todos los que hagan oferta se encuentren en la misma situación -mismas facilidades e idénticas bases para presentarla-.

Publicidad: Para que todos los que estén interesados puedan conocer el llamado a contratar y para que sean de público conocimiento las actuaciones de la administración, para efectos del control o de la fiscalización ciudadana.

Así, pueden conocerse, controvertirse y solicitarse copias de las actuaciones que se surten durante la licitación, adjudicar en audiencia pública, deben motivarse los actos administrativos, los informes, definir de forma previa y exacta los requisitos que debe contener el pliego

de condiciones, la confrontación de las propuestas en “igualdad de oportunidades”, como lo dice el artículo 30, al definir la licitación.

La participación ciudadana, que tímidamente consagra el artículo 66 de la Ley, junto con la posibilidad de demandar la nulidad absoluta del contrato, POR CUALQUIER PERSONA, es parte de este principio.<sup>18</sup>

#### **4.2. - El principio de economía.**

Busca fundamentalmente agilidad en el trámite de la licitación, reducir costos, en fin, “optimizar” la etapa de escogencia.

Este principio se fundamenta en los de eficacia, celeridad etc., (arts. 2 y 209).

Por eso, los procedimientos y fases deben ser los estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva del contratista, los plazos son preclusivos y perentorios, el impulso del trámite debe ser oficioso y debe adelantarse con austeridad de tiempo, medios y gastos, las normas de los procedimientos deben interpretarse de modo que no

-----  
18 Dispone el artículo 66 de la Ley “De la Participación Comunitaria. Todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

“Las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyan, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.

“Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprenden campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

“El Gobierno Nacional y los de las entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores.

“Las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas”.

den lugar a trámites adicionales e innecesarios o a decisiones “inhibitorias”; en el pliego de condiciones deben fijarse con claridad los plazos y términos de la licitación, deben interpretarse de manera racional exigencias en relación con aspectos adjetivos de la licitación y de las propuestas tales como formalidades relacionadas con sello, autenticaciones, el carácter adjetivo de tales requisitos, etc..

#### **4.3. - El principio de la responsabilidad.**

En la medida en que se “facilitan” los trámites de contratación, se impone a los funcionarios, al contratista, a la entidad y a los terceros asesores, la obligación de actuar de conformidad con los principios y normas previstos en el estatuto, a riesgo de comprometer su responsabilidad personal -disciplinaria o penal- y patrimonial.

Es así como puede deducirse responsabilidad a quien tenga la dirección y control del proceso de la licitación, a los funcionarios que intervengan en el proceso de escogencia del contratista, o a los contratistas en relación con sus propuestas y la información contenida en ella.

La responsabilidad recaerá, en principio, en el funcionario u órgano que toma la decisión, generalmente el director o representante legal de la entidad o en el delegatario personalmente en aquellos casos donde tal figura esté permitida, de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución Nacional.

### **5. LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA**

5.1 -Hemos dicho que el deber de selección objetiva del contratista conlleva un procedimiento de selección reglada.

Y esa aseveración tiene respaldo en su definición:

“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, favorabilidad que se deter-

mina por los criterios de valoración o adjudicación previamente fijados por la administración -artículo 29-, que son los que “restringen”, reglamentan esa escogencia”.

5.2. -Varios apuntes pueden hacerse en torno a la selección objetiva:

5.2.1. -Para que se dé es indispensable que los pliegos, términos de referencias que los pliegos, términos de referencia, solicitud de ofertas o de cotizaciones y, en general, los documentos de licitación y los criterios de valoración sean claros, ciertos, serios, reales, completos.

5.2.2. - Los criterios de valoración o adjudicación deben fijarse atendiendo la naturaleza y complejidad técnica, económica (de todo orden) del futuro contrato y las necesidades de la administración pues a su satisfacción inmediata es que tiende su celebración y cabal ejecución.

Dos aspectos deben tenerse en cuenta. No sólo la correcta identificación de lo que quiere la administración sino la mayor o menor descripción de las especificaciones del objeto. A ese respecto, dice el autor Bandeira de Mello:

“21. En cuanto a la claridad y precisión en la identificación de los textos, se comprende que lo necesario es proporcionar a los interesados conocimiento exacto de las características del bien licitado, suficientemente claras como para que aquellos puedan saber con seguridad las alternativas existentes para sus ofertas. No se trata aquí de la mayor o menor libertad para la variación de las propuestas, conferida por el llamado en vista de la configuración del objeto, sino simplemente del perfecto **esclarecimiento** del ámbito por él supuesto. Cuando los interesados puedan conocer inequívocamente todo lo que se incluye en la caracterización del objeto -e inversamente lo que se excluye- estará cumplimentando el requisito aludido. A falta del mismo, el llamado a licitación es de prestación imposible y, por lo tanto, jurídicamente viciado.

“22. Una cuestión distinta, si bien conectada en uno de sus extremos, es la del margen de libertad o discrecionalidad que asiste a la

administración para especificar el bien pretendido. Se intuye que al faltar un mínimo de especificaciones, no será posible identificar. Se puede dejar de lado esta hipótesis absoluta. Sin embargo, existe un mínimo de especificaciones necesario no para la identificación del objeto sino para que las propuestas concernientes al mismo sean razonablemente cotejables”.<sup>19</sup>

Esa complejidad y esas necesidades de la administración son las que permiten afirmar que las pautas del artículo 29 son meramente enunciativas.

La Administración, según lo dicho, puede estipular otros de acuerdo con sus necesidades, el estado de la técnica, los avances tecnológicos, la forma de ejecución de los trabajos, etc., **siempre que respeten la igualdad de los licitadores.**

Estas “necesidades” de la administración son también la razón de ser de los diversos procedimientos de selección del contratista.

Deben, por consiguiente, corresponder con el objeto u objetos de la licitación que deben ser homogéneos, equivalentes, debidamente identificados, para que se basen “en un mínimo de uniformidad capaz de afianzar decisiones respaldadas por criterios aplicables por igual a todas las ofertas”<sup>20</sup>

5.2.3. - Los criterios de selección deben fundarse en el principio de la igualdad de trato para los licitadores.

Por eso la norma prohíbe criterios subjetivos basados en razones de afecto, interés, animadversión, favorecimiento, etc., porque atentan contra el derecho a la igualdad.

Los criterios, pues, deben ser generales e impersonales para que el estudio de las ofertas y de las cotizaciones esté conforme a derecho.

<sup>19</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. Págs. 174, 175.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. Pág. 174.

→ Para garantizar esa objetividad debe existir un patrón de medida, lo que generalmente se hace mediante la asignación de puntos o fijación de índices.

Si bien es cierto que la gran mayoría de los criterios soportan tal patrón de medida (vg. La capacidad financiera, económica, técnica, operativa, administrativa, el precio, el plazo), no lo es menos que en algunos casos puede que no sea idónea o dificulte en grado sumo el manejo de la licitación.

¿Cómo -nos preguntamos- puede asignársele puntaje al criterio de “cumplimiento de contratos anteriores”? ¿Se acudirá a la magnitud del incumplimiento? ¿Al valor del contrato? ¿Al de la multa? ¿A los días de retardo?

Eso pone de presente que el factor cuantitativo puede no ser suficiente para calificar la favorabilidad de la oferta, y que allí entra a jugar la capacidad de juicio de los órganos o funcionarios que efectúan el estudio y deciden la adjudicación, lo que reafirma la idea de que la selección objetiva no es un concepto matemático o propio de una ciencia exacta.

Por eso, dice el profesor Bandeira de Mello que “Criterio es una pauta que orienta decisiones. Puede, por ello, ser más o menos estricto, ampliando, en consecuencia, algún inevitable subjetivismo en materia de evaluación de propuestas, salvo cuando obligatoriamente establece que se debe declarar ganadora a la oferta de precio más bajo. Por lo tanto no estará viciado el llamado cuyos criterios impliquen cierta libertad en la evaluación de las ofertas. Sólo existirían vicios cuando del mismo no puedan extraerse determinadas guías orientadoras de la evaluación, según normas razonablemente concluyentes. En este caso existiría, sí, ofensa a la legitimidad, pues los mismos ofertantes quedarían impedidos de orientar sus ofertas respectivas en función de un resultado pretendido, además de carecer por completo de medios para fiscalizar la ecuanimidad de la evaluación”.<sup>21</sup>

-----  
<sup>21</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit. Pág. 182.



5.2.4. - La igualdad no es absoluta, entendiendo por tal que el trato debe ser idéntico en todos los casos.

En esta materia tiene vigencia el adagio aristotélico de que la igualdad supone un trato igual para los iguales y un trato desigual para los desiguales.

Tratamiento distinto que se valida según la razonabilidad del elemento diferenciador, que debe apreciarse atendiendo las circunstancias de cada caso.

Así, por ejemplo preferencias establecidas por el legislador mediante normas generales, para productores u ofertas nacionales respecto de productores u ofertas de extranjeros, serían razonables para estimular el desarrollo de la industria o de ciertos sectores de la producción, etc.

En fin, será razonabilidad, se reitera cotejada para cada caso concreto, la que permita determinar si el criterio de valoración es subjetivo o contrario al principio de igualdad.

5.2.4.1. - Un caso concreto: se trataba de la contratación de los servicios de corretaje de seguros y uno de los factores de puntuación o valoración era la infraestructura local de servicios de los licitadores. Se decía que tal criterio era discriminatorio. Al decidir el proceso, se dijo:

“Indica lo anterior, que uno de los criterios de evaluación o valoración de las ofertas era el de la infraestructura local de servicios.

“A juicio del Tribunal este factor, no implica “per se” trato discriminatorio, ni es violatorio de los principios de igualdad, oposición o libre competencia, porque con él, aunado a los otros criterios, la administración podrá determinar cuál propuesta es la más favorable o conveniente y dentro de esa sumatoria, una buena infraestructura en la sede de la entidad oficial garantiza que el servicio de intermediación o corretaje será mucho más eficaz.”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia. Febrero 22 de 1996. Wacolda Ltda contra el Departamento de Antioquia. Radicado 931085. Magistrado Ponente, Doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

→ 5.2.4.2. - Otro: Se dijo en un pliego de condiciones para un contrato de obra pública: “Se dará un puntaje equivalente a dos (2) puntos a aquellos proponentes, sean personas naturales o jurídicas, cuyo sitio de residencia o localización de sede principal sea el Municipio de Pereira, con un mínimo de seis (6) meses anteriores a la apertura de (sic) licitación. Para efectos (sic) las personas naturales demostrarán tal condición mediante certificado de vecindad expedido por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Pereira y las personas jurídicas mediante certificado de Cámara de Comercio.

“Los proponentes que no acrediten lo referido tendrán un puntaje de cero (0) puntos en este numeral (1). En consorcios o uniones temporales el representante legal debe acreditar residencia de acuerdo a lo referido para obtener puntaje”.

Su justificación fue.

“En lo pertinente al numeral 2.19.21. (sic) de los pliegos de condiciones que se refiere a otorgar dos (2) puntos a los proponentes con residencia en el Municipio de Pereira, hemos considerado que con dicho parámetro de calificación, de ninguna manera estamos violentando la Constitución o la ley, pues ésta (Ley 80, artículo 24, numeral 5) lo autoriza cuando dice: “5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: a) se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; b) se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso...”

“Ahora bien, lo que se pretende con los dos puntos que se otorgarán a los oferentes que residan en el Municipio de Pereira, no es otra cosa que aceptar las recomendaciones de la Asociación de Ingenieros de Risaralda (A.I.R.), que ha visto cómo en otras ciudades se ha tratado en forma abiertamente discriminatoria a los ingenieros de Pereira, estableciendo requisitos que no son objetivos y que sólo pretenden eliminar de entrada a los ofertantes de Pereira. Igualmente pretendemos incentivar de alguna manera a la ingeniería de la ciudad que paga impuestos, genera empleo y, de alguna manera, aporta al desarrollo

del municipio, sin que, como se dijo antes, tal estímulo se convierta en una discriminación que impida el concurso de personas naturales o jurídicas de otras ciudades en la licitación de marras.”

Al calificar dicho criterio como discriminatorio, expuso la Corte Constitucional:

“Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado con base en un factor asociado al origen nacional o la residencia, pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. La Corte, por tanto, no desconoce que, excepcionalmente, en algunas materias y en ciertas circunstancias, la residencia pueda tener relevancia constitucional y admitirse como elemento de diferenciación.

“Los argumentos esgrimidos por Induval, en el presente caso, no desvirtúan la presunción de inconstitucionalidad que cabe predicar del indicado tratamiento diferenciado. El factor de la residencia, en estricto rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se concibe como situación existente con antelación a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las firmas locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La relativa barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no domiciliado en el municipio resultara adjudicatario de la licitación, lo cual en todo caso podría ocurrir si pese a la ventaja inicial éste último supera en más de dos puntos a las firmas que se acogen a dicho beneficio. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una firma externa la lleve a cabo. No está probado que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la

que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que sí es evidente es que se viola y restringe la igualdad de oportunidades (CP, art. 13) y la libre competencia (CP, art 333), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional lo justifique”<sup>23</sup>

5.2.5. - Los criterios además deben permitir la competencia o comparación de las ofertas.

5.2.6. - Sólo pueden tenerse en cuenta para definir la favorabilidad de la propuesta, los criterios expresa y previamente fijados en los documentos de contratación.

Así se infiere del artículo 29 de la ley, cuando dice que la escogencia se hará de acuerdo con la “ponderación precisa, detallada y concreta” de los factores contenidos en “los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa” -precisaríamos en este último caso, en la solicitud verbal o escrita de ofertas según el decreto reglamentario 855 de 1994-.

5.2.7. -La ponderación debe hacerse globalmente. En otras palabras, la favorabilidad se determina por la sumatoria de las calificaciones de cada uno de los criterios fijados en el pliego de condiciones.

Así se infiere el artículo 29 cuando dice que la favorabilidad no puede definirse por “sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación”.

Cabe advertir, que la ley pretende acabar con las prácticas irregulares que se presentaban en las licitaciones, donde los proponentes ofrecían precios o plazos de ejecución inferiores a los requeridos para el cabal cumplimiento del contrato, lo que reflejaba en las reclamacio-

---

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 14/96. Abril 17 de 1996. Actor Carlos Eduardo Robledo Gómez y Orlando Castañeda Fierro. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

nes económicas que formulaba el contratista, con el fin de compensar los bajos precios ofertados o en el retardo en la entrega de la obra o en el incumplimiento de sus obligaciones.

Aquellas, deben entenderse en su contexto, porque en casos de empate entre propuestas, la administración podrá dirimirlo acudiendo a uno o varios de los criterios expresados en los pliegos.

Desempate que podrá hacerse en razón del precio o del plazo, si éste es cierto, real etc., o de cualquier otro criterio previo, siempre que sea razonable y ajustado a los fines y principios del procedimiento de selección.

Lo aconsejable es prever en los pliegos, términos de referencia o solicitud de ofertas -para la contratación directa- la prioridad de los criterios que atendiendo la complejidad de la obra, las necesidades de la administración y los derechos de los licitadores, servirían para efectuar el desempate, si él llegara a darse.

Pero de no consagrarse esa prioridad, cualquier criterio previsto en el pliego, que por supuesto tiene que ser objetivo, serviría para efectuar ese desempate, aun el precio o el plazo, a pesar de lo que algunos quieren deducir del tenor literal de la ley.

Recuérdese que la adjudicación sólo procede por causas que no permitan una selección objetiva, y esa irregularidad no encuadra en tal concepto.

5.2.8. - La calificación de la propuesta, según la ley, debe hacerse mediante el "cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios o deducciones de las entidades o los organismos consultores o asesores designados para ello".

Infiérese entonces que el estudio o la evaluación hecha por esos organismos asesores, no es obligatorio para el órgano encargado de la adjudicación.

Si así fuere, la competencia para adjudicar recaería en el organismo asesor y no en el jefe de la entidad contratante.

Pero ello no quiere decir que puedan desconocerse sus conclusiones y recomendaciones. El jefe de la entidad podrá separarse de ellas, siempre que haya un motivo racional, técnico, que justifique la decisión.

Muchas otras cuestiones y dudas surgen del concepto "selección objetiva". A modo de conclusión podría decirse que si ésta (la selección objetiva), se aplica en todos los casos, muy posiblemente se realizarían esos principios de transparencia, de economía, publicidad, eficacia y moralidad de la actividad contractual.