

EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION DIRECTA EN LA LEY 80 DE 1993

Por : Jorge Octavio Ramírez R.

Magistrado Tribunal Contencioso Administrativo.
Profesor en Postgrado de Derecho Administrativo U.P.B.

El procedimiento de contratación directa, que es un procedimiento de selección del contratista, está regulado en lo fundamental en la Ley 80 de 1993 y en el Decreto Reglamentario # 855 del 28 de abril de 1994.¹

Todo, porque existen y pueden existir otras normas que también tratan el punto, entre otros el Decreto Reglamentario 2681 del 29 de diciembre de 1993 con relación a operaciones de crédito público o disposiciones como los artículos 38 y 76 de la Ley que en el caso de las entidades allí relacionadas pueden o tienen un régimen especial, para citar algunos ejemplos.

Antes de entrar en el tema, deben hacerse algunas precisiones:

1.- De acuerdo con el artículo 150, inciso final, la competencia para expedir normas de contratación es del Congreso de la República, por ende, en virtud del principio de legalidad no se puede delegar esta atribución en autoridades departamentales, municipales o en órganos de entidades descentralizadas por servicios.

Esto permite entender el porqué en materia de contratación directa no pueden las entidades expedir normas generales y abstractas, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, donde las entidades descentralizadas podían dictar normas referidas «a la formación y adjudicación de los contratos que celebren».

2.- Principios rectores de la actividad contractual son, por decirlo de alguna manera, el interés público y la realización de los derechos de los ciudadanos; básicamente la libre competencia, la libertad económica, la libre empresa, la igualdad; principios éstos que tienen o deben tener plena operancia en los diferentes procedimientos de selección de los contratistas, incluido el de contratación directa.

Son manifestaciones de ese querer del legislador, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, que descriptivamente podemos definir así:

2.1.- El principio de la transparencia. Se busca con este principio garantizar la imparcialidad de la administración durante la licitación y por

¹- Sobre los procedimientos de selección - véase nuestro artículo «Los procedimientos de selección del contratista y el Estatuto de Contratación», en «Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», Autores Varios, Primera edición 1994, Librería Jurídica Sánchez R. Medellín.

ende que la escogencia se hará de acuerdo con unas reglas claras, completas y objetivas que permitan que la adjudicación recaiga en la propuesta más favorable.

Por lo mismo, el procedimiento y la actividad precontractual debe ser público y con posibilidad de contradicción: ejemplo, la audiencia pública de adjudicación, artículo 273 de la Carta-

2.2.- El principio de economía. Busca fundamentalmente agilidad en el trámite de la licitación, a través de la determinación de plazos preclusivos y perentorios determinados de acuerdo con la complejidad y naturaleza del bien o servicio a contratar- el objeto del contrato-

2.3.- 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 previstos en el estatuto, a riesgo de comprometer su responsabilidad personal -disciplinaria o penal- y patrimonial.

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 - artículos 7 y 14 Decreto 679/94 -.

3.- Cuando hablamos de procedimientos de selección, aludimos a aquellos mecanismos o trámites que utiliza la administración pública para escoger a sus contratistas, mecanismos o sistemas que pueden ser de libre elección o de selección reglada.

En esa materia el Estatuto dispone, como principio general, que la selección del contratista deberá hacerse mediante procedimientos que garanticen una escogencia objetiva, transparente y económica.²

²- Permite lo anterior afirmar que en Colombia, por disposición legal, la selección del contratista es reglada y que excepcionalmente podría acudir al sistema de libre elección. Sobre el particular, véase «Tratado de Derecho Administrativo», Miguel S. Marienhoff - Tomo III A, pág. 157, Tercera Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Aun en los casos de contratación directa, deben acatarse tales pautas, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 24, de la Ley 80 de 1993.

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», favorabilidad determinada de acuerdo con los criterios de adjudicación, que se enuncian en el artículo 29 de la Ley.

4.- La Ley, en términos generales, consagra como procedimientos de escogencia del contratista, la licitación, el concurso, el remate o subasta y la contratación directa, a los cuales se acudirá, según el futuro objeto contractual, pues de acuerdo con la naturaleza de la obligación se definirán los criterios objetivos de selección. Así, en la licitación, la propuesta más favorable, en el remate o subasta el precio, y en el concurso las calidades técnicas, artísticas, estéticas o el estudio o proyecto.

5.- El nuevo Estatuto mantiene la regla general, consagrada también en el Decreto 222 de 1983, de la licitación como procedimiento de escogencia del contratista.

La contratación directa es un mecanismo de uso excepcional y en ese sentido es claro el numeral 1º del artículo 24.

Burlar la regla general cuando ésta sea obligatoria, comportaría un vicio de forma que afecta de nulidad el procedimiento de escogencia. Esto, pues, para destacar que ni las entidades ni los funcionarios pueden optar por otro procedimiento de selección cuando el indicado sea la licitación.

LA CONTRATACION DIRECTA

Si como vimos la regla general es la licitación pública, es forzoso afirmar que la contratación directa es un procedimiento excepcional, de aplicación restrictiva, y que sólo podrá acudirse a él cuando se configuren los supuestos fácticos y normativos previstos de manera expresa por el Legislador.

Tiene que decirse también que el procedimiento de contratación directa es facultativo, entendiéndose por tal que si la administración lo considera conveniente y necesario, puede acudir a la licitación, aunque se den los su-

puestos para la contratación directa, vg., si se declara desierta la licitación y la entidad considera del caso abrir otro procedimiento licitatorio. No podría predicarse la nulidad del procedimiento de selección, porque así se garantiza con más realce el principio de selección objetiva.

Por eso algunos autores expresan que la contratación directa es un procedimiento renunciabile, pues es la administración la que puede escoger o renunciar a él.

Las razones que justifican el procedimiento de contratación directa pueden resumirse en las siguientes hipótesis:

- 1.- Por disposición legal, esto es, cuando la ley prescinde expresamente de la licitación.
- 2.- Imposibilidad por la naturaleza del objeto contractual o del hecho mismo.
- 3.- Razones de Estado o de seguridad pública.
- 4.- Por el monto de la contratación.

Dicen los Profesores Villar Palasi y Villar Ezcurra que «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»³.

En otras palabras, la contratación directa se justifica por razón del objeto, la naturaleza del contrato u otras circunstancias claramente justificables que hacen innecesaria o inconveniente la licitación.

Sin embargo, debe insistirse en que la contratación directa, no implica la libre elección del contratista, entendiéndose por tal la posibilidad de que la

³.-"Principios de Derecho Administrativo", José Luis Villar Palasi - José Villar Ezcurra, Tomo II, Universidad de Madrid, 1983, pág. 206.

administración pueda concertar libremente el contrato y escoger sin ningún procedimiento o condiciones previas su contratante, pues el principio de selección objetiva impone una selección reglada. Esa es la regla general.

Así las cosas, la contratación directa es, al igual que la licitación, un procedimiento de selección objetivo, reglado, predeterminado, radicando entonces esencialmente la diferencia, entre uno y otro procedimiento, en la «publicidad» del llamado, que en la licitación se hace en forma general e indeterminada - a todos los posibles interesados - y en los términos y actos previos a la escogencia o adjudicación que son, por decirlo de alguna manera, más elásticos, más ágiles en la contratación directa, como lo impone la razón de ser de este tipo de trámite.

En la contratación directa la invitación puede ser más o menos restringida, de acuerdo con la complejidad del contrato y esto explica el porqué la licitación privada desapareció como procedimiento de escogencia del contratista.

Tienen en común, según el caso, lo atinente a la selección objetiva, el deber de la administración de identificar con precisión el objeto contractual, de culminar el procedimiento, la motivación de los actos, el carácter público de la actuación, la definición de los criterios de adjudicación, el cotejo de las ofertas en igualdad de oportunidades, apropiación presupuestal, entre otros.

Recuérdese que su finalidad también es escoger el proponente más idóneo en razón de la igualdad y del interés público.

También le son aplicables los mecanismos de desconcentración y delegación previstos en los artículos 12 y 15 de la Ley 80 y 7 y 14 del D. R. 679 de 1994, para los procedimientos de selección.⁴

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 establece la contratación directa como un mecanismo excepcional de selección que será utilizado cuando se dé uno de los supuestos previstos en su artículo 24, literales a) a m), bien por la menor

⁴- La desconcentración se refiere a los actos y trámites precontractuales, salvo la adjudicación, en tanto que la delegación contempla facultades con relación a la adjudicación y los actos contractuales propiamente dichos, tales como prórrogas, adiciones, celebración o liquidación del contrato, lo que indudablemente se reflejará en la mayor o menor responsabilidad que pueda haber al órgano desconcentrado o delegado y en el que traspasa competencias.

cuantía del contrato - definida de acuerdo con el presupuesto de cada entidad y sobre salarios mínimos -, por tratarse de contratos interadministrativos, de empréstito, por la notoria especialización de los servicios o trabajos artísticos requeridos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, por la deserción del procedimiento, por no existir pluralidad de ofertas, tratándose de contratos de arrendamientos o adquisición de inmuebles, de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional y en los casos de urgencia manifiesta.

Si se coteja lo dispuesto en la nueva Ley, con el artículo 43 del Decreto 222 de 1983, se colige que la «contratación directa», tiene un tratamiento más o menos semejante.

Se encuentra también como norma reguladora del procedimiento en cuestión el Decreto Reglamentario # 855 del 28 de abril de 1994, dictado por el Gobierno en desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 24, de esa Ley, que ordenaba «expedir un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva».

De acuerdo con las normas invocadas para su expedición, el decreto es de naturaleza reglamentaria -. Repárese que invoca el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional -.

Es pues, un decreto que busca «la cumplida ejecución de la Ley», que es una Ley ordinaria, para distinguirla de las Leyes orgánicas, estatutarias o Leyes Marco.

Súmese a lo anterior que el Gobierno habla de reglamentación parcial, lo que da la idea que la posibilidad de reglamentación en esta materia no se ha agotado.

Que es un decreto reglamentario, se colige también del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de marzo 4 de 1994, donde se dijo:

«3º El art. 24, parágrafo 2º de la ley 80 de 1993, prescribe que el Gobierno debe expedir en el plazo de 6 meses el decreto reglamentario relativo a la contratación directa y que, si ello no ocurre, no es posible celebrar «contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de nulidad».

«Sin embargo, la sala considera que la mencionada disposición contraría la

Constitución y que, - en el caso específico que ocupa su atención -, no debe ser aplicada porque, según el art. 189, num. 11 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", como una facultad discrecional que puede o no ejercer en cualquier tiempo, según considere o no necesario expedir cualquiera de las medidas que menciona la transcrita disposición para facilitar la ejecución de una ley.

«En consecuencia, mal puede la ley, - como el art. 24, parágrafo 2º de la Nª 80 de 1993 -, prescribirle al Presidente de la república un plazo perentorio para el ejercicio de una facultad discrecional que le confiere la Constitución y disponer que sin el decreto reglamentario no es posible ejecutar la ley». ⁵

El Decreto, aplicable a las entidades destinatarias de la Ley 80, fija unas normas generales para los eventos de contratación directa, respetando otros procedimientos del mismo talante, para casos especiales como las operaciones descritas en el Decreto 2681 de 1993, lo dispuesto en la Ley 104 de 1993 - protección a intervinientes en el proceso penal- y para actividades y servicios de telecomunicaciones (Ley 72/89, Decreto 1900/90, Decreto 2122/92) - Véanse sus artículos 5, 6, y 21 -.

SUPUESTOS DE CONTRATACION DIRECTA.

1.- El primer supuesto hace referencia a las contrataciones de menor cuantía, definida en el artículo 24, literal a) del Estatuto de Contratación, así:

«Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales».

La excepción se justifica porque el monto o valor del futuro contrato, en criterio del legislador, permite calificar como inconveniente el procedimiento licitatorio, amén de que con el mecanismo adoptado se busca mantener unos valores reales.

⁵- Concepto de Marzo 4 de 1994, Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo, radicado # 587, publicado en la Revista Foro Colombiano, Mayo de 1994, páginas 488 y ss.-

2.- Por no resultar conveniente o necesaria la licitación, se prevé este mecanismo para el caso concreto de empréstito, arrendamiento y adquisición de inmuebles, y tratándose de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.

3.- Cuando se trate de contratos interadministrativos, salvo el contrato de seguro que debe someterse a la licitación pública.

Se modificó así lo dispuesto en el Decreto 222 de 1983 que establecía un privilegio en favor de las aseguradoras estatales - caso de la Previsora -. En el momento actual, todas las aseguradoras actúan, en principio, en igualdad de condiciones.

4.- Cuando se trate de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas legalmente constituidas. Su justificación radica, a nuestro juicio, en que se trata de bienes para cuya adquisición lo determinante es el precio, resultante de una relación de oferta-demanda que permite fijar su valor en condiciones de igualdad, competencia, uniformidad y transparencia.

5.- Contratos celebrados para la prestación de servicios de salud, donde la justificación puede radicar en la naturaleza del servicio.

6.- En los casos de urgencia manifiesta: El Decreto 222 de 1983, no definía qué era «urgencia manifiesta».

El nuevo Estatuto la define indicando que hay urgencia manifiesta «cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con el estado de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos».

Agrupada en una sola causal, las descritas en forma separada en los numerales 16, 18 y 22 del artículo 43 del Decreto 222 de 1983.

A primera vista, podría decirse que la definición es demasiado amplia y se afirma esto, porque no debe olvidarse que por tratarse de una norma excepcional, su interpretación debe ser restrictiva y que la situación de urgencia debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, como lo han

sostenido la doctrina y la jurisprudencia, con el fin precisamente de evitar la violación de la regla general de la licitación que también consagra el estatuto.

Concreta para un caso particular, individualizado, no es una urgencia abstracta general, común; inmediata que sea actual, presente, impostergable, ésto es, que no pueda esperarse; probada que se demuestre que sea cierta; objetiva, es decir que sea una necesidad pública, que sea una exigencia estatal, no un capricho de los funcionarios.⁶

En cada caso concreto, habrá de determinarse si se dan o no tales calidades, agregando que no podría acudir a la urgencia manifiesta cuando se trata de hechos que suceden ordinariamente, que son previsibles o que obedecen a incuria o negligencia de los funcionarios. Empero, señala Gordillo, citado por Dromi, que «la diferencia no carece de importancia, pues si los funcionarios han sido negligentes en la realización de determinadas obras, y éstas se toman gravemente imperiosas por el transcurso del tiempo, no podrá por tal causa negarse a la Administración la posibilidad de satisfacer la necesidad pública con la verdadera urgencia que la misma requiere. Lo que corresponde es hacer responsables, administrativa y civilmente, a los funcionarios en cuestión, sin perjuicio de solucionar el problema de la urgencia que el mismo objetivamente requiera».

La Sala de Consulta y Servicio, y sobre el mismo tópico, en el concepto ya citado de marzo 4 de 1994, Ponente Dr. Humberto Mora Osejo - Radicación 587, expresa:

«1º El art. 24, literal f), de la ley 80 de 1993, entre otros casos, permite contratar directamente cuando existe «urgencia manifiesta». Y según el artículo 42 *ibidem*, ella existe «cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas, y en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso público». Según la transcrita disposición, los motivos de «urgencia

⁶- Véase - «La Licitación Pública» - José Roberto Dromi, Editorial Astrea, 2a. Edición, Reimpresión, 1980, páginas 166 y siguientes.

manifiesta» deben evaluarse específicamente y se presentan en todos los casos en los cuales, según las circunstancias de hecho, resulte imposible acudir a un procedimiento de selección o concurso público».⁷

Esa urgencia manifiesta, debe ser declarada por la administración mediante acto administrativo debidamente motivado. ¿Será susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa?

7. Al referirse al supuesto de urgencia en el régimen del Decreto 150 de 1976, artículo 31, dijo esa misma Sala:

«14. Cuando hubiere urgencia evidente calificada por el Consejo de Ministros que no permita el tiempo necesario para la licitación. La urgencia evidente supone solamente necesidades inmediatas de orden público, seguridad nacional o calamidad pública.

«La procedencia de esta causal exige de ciertos presupuestos esenciales, en cuya consideración estima la Sala pertinente detenerse.

«La primera exigencia de la norma es que se esté en presencia de una «urgencia evidente»... que no permita el tiempo necesario para la licitación».

«3. Pero, ¿qué es la urgencia» y qué es lo evidente?»

«El diccionario de la Real Academia de la Lengua, décima novena edición, define «urgencia» como «la necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio, como «necesidad», todo aquello a lo cual es imposible de sustraer o resistir». A su vez define como «evidencia» aquello que es «cierto, claro patente y sin la menor duda».

«De acuerdo al contenido de estas expresiones, el concepto de «urgencia evidente» es el representativo de la existencia de una necesidad o falta apremiante, pero además cierta y patente, cuya existencia no deja la mejor duda, y para cuya solución la administración no dispone de otra alternativa que la que le ofrece la vía de la contratación directa.

«Esa característica de «evidente» que predica la norma con relación a la «urgencia», expresa la necesidad de que la situación en que se encuentre la administración sea apremiante, real y objetivamente, es decir, que la administración puede reconocer sin necesidad de mayor raciocinio la conformidad entre dicha situación y la verdad objetiva de la misma.

«4. Referida al tiempo, la «urgencia» debe tener además el carácter de impostergable, lo cual indica que debe ser actual, presente.» - Concepto de Agosto 4 de 1980, Ponente Dr. Jaime Paredes Tamayo. Radicado 1442, publicado en Diccionario Jurídico DIKE - Tomo IV, pág. 209 -.

Lo dicho es válido en lo pertinente en vigencia del Decreto 222 de 1983, artículo 24, numeral 16:

«Cuando hubiere urgencia evidente calificada por el Consejo de Ministros, que no permita el tiempo necesario para la licitación o concurso.».

La respuesta, a nuestro modo de ver, es afirmativa. Se trata de un acto administrativo o una decisión ejecutoria que como tal puede ser impugnada, sin perjuicio del control que debe ejercer el organismo fiscalizador - Las Contralorías - respecto de la veracidad, procedencia y justificación de la declaratoria de urgencia, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley y la eventual responsabilidad disciplinaria y patrimonial que pueda imputarse al funcionario autor del respectivo acto.

Todo, sin embargo, depende de la «calificación» que pueda darse a la omisión de la licitación - invocando la urgencia manifiesta -ésto es, si afecta de nulidad el procedimiento - o si sólo traería como consecuencia la responsabilidad personal y patrimonial de los funcionarios.

El proyecto presentado por el Gobierno establecía una especie de control previo de tal declaratoria por los Jueces Administrativos, pero ello no fue aprobado durante su discusión.

7.-También puede seleccionarse el contratista en forma directa cuando se trate de contratos que «tengan por objeto directo las actividades comerciales propias de las empresas industriales y comerciales estatales, y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley» -artículo 24, literal m) -.

Tal modificación surgió de las objeciones formuladas por el Gobierno al proyecto aprobado en el Congreso, fundadas esencialmente en la inconveniencia de someter a licitación los contratos que celebren estas entidades dentro del giro ordinario de sus negocios, generalmente en competencia con particulares, que imponen entonces que tengan un mismo tratamiento para garantizar su competitividad.

En consecuencia, los que no se refieran al giro ordinario, su actividad comercial o industrial, sí se someterán a la regla general expuesta.

No se refieren al giro ordinario de sus negocios, de acuerdo con el artículo 24, literal m), los contratos enunciados en el artículo 32, ésto es los contratos de obra, consultoría, de prestación de servicios, de concesión y de fiducia pública, aun cuando el artículo 18 del Decreto 855, parece definir tal punto - en una forma incierta - tomando como referencia la relación directa o indirecta, inmediata o mediata del contrato con el objeto de la empresa. Dice así tal artículo:

«Para efectos de lo dispuesto en el literal m) del numeral 1º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, la compraventa, permuta, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como de los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios».

8.- En los casos de deserción de la licitación o concurso. El nuevo Estatuto limita las causales de deserción del procedimiento licitatorio a aquellos casos en los cuales no pueda hacerse una selección objetiva, tales como acuerdos entre los licitadores, violación de la reserva de las propuestas, propuestas incompletas o inadmisibles, cuando no hay pluralidad de oferentes, etc., etc..

En este orden de ideas la administración no podría declarar desierta la licitación, por causas diferentes, so pena de comprometer su responsabilidad y la de los funcionarios que intervinieron en el trámite de conformidad con el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la ley.

Adviértase además, que el Decreto 855 de 1994 dispone que no podrá contratarse directamente con aquellos que hubieren presentado en la licitación propuestas artificialmente bajas y que no podrá variarse el objeto a contratar, ni modificar sustancialmente los términos de referencia.

La razón es clara: una modificación en tal sentido implicaría un nuevo llamado a licitación diferente del que culminó con la declaratoria de deserción y que es el que justifica la contratación directa - artículo 12 del Decreto 855 del 28 de abril de 1994 -.

9.- Tratándose de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.

Se explican estos supuestos, por tratarse de actividades donde predomina el factor intelectual, cuando no existen posibilidades de concurrencia de personas que aseguren la mínima capacidad e idoneidad artísticas que el tra-

bajo exige o cuando se trata de las actividades científicas o tecnológicas descritas en el artículo 2º del Decreto 591 de 1991: proyectos de investigación, desarrollo de nuevos productos, creación y apoyo de centros científicos y tecnológicos, redes de investigación y difusión científica y tecnológica en general.

10.- Cuando no existe pluralidad de oferentes, cuando no se presente propuesta alguna, cuando ninguna se ajuste al pliego de condiciones o términos de referencia y en general, cuando falte voluntad de participación.

La razón de ser de esta disposición radica en que por imposibilidad física, por decir de alguna manera, no es posible que el contrato se celebre previa licitación pública.

Incluso, algunos de esos supuestos podrían encajar dentro de las razones que justifican la deserción del procedimiento de selección.

Vale la pena hacer los siguientes comentarios:

10.1.- El Decreto 855 del 28 de abril de 1994 dispone que no hay «pluralidad de oferentes» cuando no hay más de una persona inscrita en el registro para aquellos contratos que exigen la inscripción previa, o cuando solo exista una persona que pueda proveer el bien o servicio por ser titular de los derechos de propiedad industrial, derechos de autor o proveedor exclusivo, de acuerdo con la Ley.

10.2.- Para determinar si hay pluralidad o no de oferentes en el caso de contratos que no exijan inscripción en el Registro de Contratistas, el decreto faculta a las entidades estatales para establecer lo que la norma denomina «directorios», conformados por las personas que manifiesten su interés en contratar con la respectiva entidad. La inscripción será gratuita y solamente contendrá la información necesaria para identificar al interesado, su actividad, domicilio y experiencia y, dice el decreto, que no constituirá requisito para la contratación.

Esta inscripción entonces no puede ser requisito de admisibilidad o causal de rechazo de ofertas, como sí ocurre para los contratos que requieren inscripción en el Registro de Proponentes.

Sin embargo, no deja de crear desazón tal norma, pues en la práctica puede convertirse en un registro paralelo desvirtuando la intención de la ley que fue crear un registro único de contratistas.

En ese sentido la ley se quedó corta si se tiene en cuenta que el registro solo es obligatorio en los casos de contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles.

Si la finalidad de un registro de contratistas y proveedores es precisamente la de garantizar y «unificar», por lo menos en Colombia, la idoneidad técnica, económica y operativa de los posibles contratistas, no se explica el porqué, respecto de otros contratos no se buscó ese mismo fin.

10.3.- Destácase que la Ley modificó, con muy buen criterio, la regla del Decreto 222 de 1983 que establecía la necesidad de que en la licitación hubiere por lo menos dos propuestas que cumplieran, so pena de declararla desierta.

Por eso dispuso que podría acudirse a la contratación directa, «cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o término de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación» (Ley 80 de 1993, artículo 24, literal h).

Si hay pues una oferta que se ajuste al pliego y sea cierta, seria y real; en suma, que permita una «selección objetiva», no tendrá que declararse desierta la licitación, ni «tendrá» que acudirse a la contratación directa.

Y esto, porque la oferta única no invalida ni afecta «de modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes».

«La inadmisibilidad del ofertante único importa adherir a un criterio sumamente formalista y dañoso para la economía y celeridad del obrar administrativo, pues además del tiempo perdido y del costo que acarrea la renovación o reiteración del procedimiento, nada impide que el mismo y único oferente altere el precio propuesto en perjuicio de la administración, sea para prevalerse de su situación de único interesado o simplemente en prevención de inflación».

«La comparecencia de apenas un proponente no invalida por sí la licitación. La regla de tratamiento igualitario es respetada con el llamamiento a eventuales interesados. Por el contrario, habría una lesión al principio de igualdad, si un interesado idóneo que cumplimentó los presupuestos de su oferta, fuese igualado a terceros desinteresados. El oferente único tiene dere-

cho a que su oferta sea considerada, aunque nada impide que esa propuesta sea posteriormente desestimada por inconveniente». ⁸

ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO

En lo que toca con el procedimiento mismo, pueden sentarse las siguientes reglas, de acuerdo con el Decreto 855 del 28 de abril de 1994, tantas veces citado:

11.- Obtención previa de por lo menos dos ofertas.

La solicitud de ofertas puede ser verbal o escrita -atendiendo la complejidad del asunto - y debe contener la información que permita identificar el objeto del contrato y la forma de pago.

La oferta, en todo caso, deberá ser escrita y al parecer es éste el mecanismo que tiene vocación de generalidad.

En el caso previsto en el inciso 5º del artículo 3º del Decreto que se examina, deberá fijarse aviso en un lugar visible de la entidad por un término no menor de dos días, pero podrá prescindirse de él cuando la necesidad inminente del bien o servicio no lo permita, de lo cual se dejará constancia escrita.

Esto no desvirtúa lo afirmado en el sentido de que la convocatoria no tiene los atributos de generalidad e indeterminación que se predicán de la licitación, pues como puede verse la publicidad del llamado no es tan amplia.

Como excepción, podrá contratar directamente con quien esté en capacidad de ejecutar las prestaciones, sin obtener previamente dos o más ofertas, cuando solicitadas solo haya recibido una de ellas; cuando no existan varios oferentes; cuando se trate de contratos *intuitu personae* o por la necesidad inminente del bien o servicio, de todo lo cual deberá dejarse constancia escrita lo mismo que en los eventos no previstos en el Decreto.

Se tendrá en cuenta para el ajuste de voluntades los precios del mercado y los estudios y evaluaciones que hubieren.

⁸. José Roberto Dromi. Obra citada. Páginas 348 y ss.

Tampoco se requiere obtención previa de ofertas, tratándose de contratos cuya cuantía no supere el 10% de los montos de los contratos de menor cuantía - artículo 24 de la Ley 80 de 1993 -.

Da la idea el Decreto, por lo menos en este caso, que la administración no solicita ofertas sino que simplemente pide una cotización que no genera ningún vínculo jurídico u obligacional, como sí sucede en el primer caso - solicitud de ofertas-.

También podrá contratarse directamente y bajo las mismas condiciones en los casos de deserción de la licitación o falta de participación.

Tratándose de contratos interadministrativos- salvo las excepciones ya vistas: Seguros, encargo fiduciario y fiducia pública- y del proveedor único, la escogencia es directa y «Libre», por obvias razones.

Adviértase que tratándose de contratos interadministrativos es indispensable su publicación en el Diario Oficial o las Gacetas Departamentales o Municipales, según el caso.

La publicación de los contratos la impone en forma general el artículo 41 parágrafo 3º de la Ley.

Si se trata de productos de origen o destinación agropecuaria, la contratación se hará en los términos de la Ley que regule dichos mercados.

12.- Otros aspectos de la contratación directa que merecen destacarse, son:

12.1.- Lo relacionado con los contratos de seguros y de corretaje.

12.1.1.- El valor del contrato se define por el monto de las primas, no por el valor asegurado que es propiamente el valor del contrato de seguro.

12.1.2.- El corretaje, cuando no implique erogación para la entidad, se hará mediante concurso, salvo cuando la actuación del corredor sea en contratos que no requieren licitación pública.

El concurso debe hacerse mediante invitación pública indeterminada en periódicos de amplia circulación en la cual deben determinarse los criterios de selección de acuerdo con la capacidad técnica, patrimonial, la idoneidad e infraestructura operativa que pongan los interesados a disposición de la entidad contratante.

Otro tipo de intermediación en seguros que no reúna estas características debe someterse a la regla general de la Ley - ésto es, la licitación o el concurso - ver artículo 30-.

Aunque aparentemente lo dispuesto concilia el interés público y la eficacia y eficiencia de la gestión estatal con los principios de selección objetiva, la igualdad, la competencia, etc., entrando en detalle y mirando la práctica contractual es probable temer que en este tipo de contratos se evadan los principios generales ya expuestos, pues por su monto - el valor de la prima - casi todos podrán contratarse en forma directa.

12.2.- En materia de garantías, establece que tratándose de contratos de menor cuantía y que no requieran de formalidades plenas -artículo 39 de la Ley-, la entidad, atendiendo la complejidad del asunto, determinará si es del caso exigir garantía única o prescindir de ella.

12.3.- Establece que las entidades podrán dar en venta bienes de su propiedad que no requieran para su servicio, lo cual podrá hacerse a través del sistema de martillo, cuando la ley así lo prevea.

En los demás casos, deberá sujetarse a los procedimientos de selección previstos en la Ley 80 de 1993.

Para saber si debe acudirse a la licitación o a la contratación directa, tratándose de venta de bienes muebles, el valor será el que resulte de un avalúo comercial; o si es venta o adquisición de inmuebles, por el avalúo hecho por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o en su defecto, si no fuere atendida su solicitud en un lapso de 15 días o el Instituto manifestare que no puede hacerlo, podrá contratarse un experto para ese fin.

Si se trata de contratos de venta o enajenación de bienes de menor cuantía, deberá publicarse mediante avisos fijados en la sede de la entidad; si su valor es de más de 250 salarios mínimos la invitación debe hacerse en un medio de comunicación de amplia circulación en el lugar de la venta.

12.4.- Por último, establece una preferencia para cooperativas, fundaciones, juntas de acción comunal y similares, quienes podrán ser seleccionadas preferencialmente siempre que exista igualdad de condiciones entre las ofertas o cotizaciones.

13.-NOTA FINAL.

Llegar a otras conclusiones es difícil, por tratarse de normas cuya conveniencia y utilidad solo podrá calificarse una vez hayan sido confrontadas con la práctica contractual y una vez se establezca la legislación, que paradójicamente va camino de ser más reglamentarista y abundante que la sustituida.